REPUBLICA DE COLOMBIA

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO CXLII



BOGOTA, D. E. — IMPRENTA NACIONAL — 1973

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

SALA PLENA

Doctor JUAN BENAVIDES PATRON, **Presidente.**
Doctor AURELIO CAMACHO RUEDA, **Vicepresidente.**
Doctor **Heriberto Caycedo Méndez,** Secretario.

SALA DE CASACION CIVIL

Doctor JOSE MARIA ESGUERRA SAMPER, **Presidente.**
Doctor **Heriberto Caycedo Méndez,** Secretario.

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

SALA DE CASACION PENAL

Doctor LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO, **Presidente.**
Doctor **Evencio Posada,** Secretario.

MAGISTRADOS: Doctores **Mario Alario 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

Doctor MIGUEL ANGEL GARCIA B., **Presidente.**
Doctor **Vicente Mejía Osorio,** Secretario.

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

SALA DE CASACION CONSTITUCIONAL

Doctor GUILLERMO GONZALEZ CHARRY, **Presidente.**
Doctor **Luis F. Serrano,** Secretario.

MAGISTRADOS: Doctores **José Gabriel de la Vega.**
Guillermo González Charry.
Luis Sarmiento Buitrago.
Eustorgio Sarria.

RELATORES: Doctores **Héctor Roa Gómez,** Sala Civil.
Jaime Bernal Cuéllar, Sala Penal.
Ignacio Gómez Zapata, Sala Laboral.
Rodolfo Mora Mora, Sala Constitucional.

Enero a junio de 1972.

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. RODOLFO MORA MORA

TOMO CXLII — Bogotá - Colombia — Enero a Junio de 1972 — Números 2352 a 2357

SALA CIVIL

COMPROMISO Y CLAUSULA COMPROMISORIA

Las normas procesales que lo regulan son de orden público, sin que puedan modificarlas los árbitros ni las partes.

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

(Magistrado ponente: doctor José María Esguerra Samper).

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga mediante sentencia proferida el 6 de octubre de 1970, desató el segundo grado de jurisdicción en el juicio ordinario promovido por Francisco Esteban Altamiranda Centero y otros contra Luis E. Quiñónez y otros, fallo contra el cual la parte demandante interpuso el recurso de casación que ahora se decide.

El litigio.

I. La sociedad "Flota Petrolera de Transportes Ltda.", fue constituída por la escritura número 886 del 1º de julio de 1961 en la Notaría Segunda de Barrancabermeja, en cuyo artículo 23 pactaron los otorgantes que todas las diferencias que surgieran con motivo de ese contrato de sociedad serían sometidas a laudo arbitral de acuerdo con la ley.

II. Presentose una controversia entre los socios de la compañía mencionada que lo son las partes en este juicio, y en virtud de lo convenido en la cláusula compromisoria, sometieron su decisión

a un tribunal de arbitramento que se constituyó de acuerdo con lo estipulado y que, previos los trámites de rigor, profirió su laudo el 10 de junio de 1966, el cual fue notificado en Barrancabermeja el 15 de los mismos, inscritos en la oficina de registro de esa ciudad y finalmente protocolizado.

III. Durante la secuela del proceso arbitral, en la audiencia efectuada el 11 de mayo de 1966, según aparece del acta respectiva, el Presidente "...manifestó que habiendo vencido el término probatorio en el juicio, procedía citar para sentencia, la cual debía producirse a más tardar dentro de los doce días hábiles siguientes, todo ello de conformidad con el artículo 1221 del C. J. ...". Sin embargo, el 1º de junio siguiente, el Presidente del Tribunal hizo constar en los autos que el término para fallar "estuvo suspendido" hasta esa fecha, por ausencia de uno de los árbitros y por la necesidad de esperar la elaboración y presentación del balance de la sociedad en 31 de mayo. El laudo, como quedó dicho, fue proferido el 10 de junio.

IV. La parte demandante en este juicio, luego de exponer como *causa petendi* los hechos que se dejan resumidos impetró la declaración de que el mencionado laudo arbitral "no produce ningún efecto y; por tanto, es nulo", por haber sido proferido extemporáneamente, vale decir, después de transcurrido el término de 12 días que establecía al efecto el artículo 1221 del Código Judicial en relación con el 1217 *ibídem*.

V. Con oposición de los demandados tramitose la primera instancia ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Barrancabermeja, el cual por sentencia de 12 de junio de 1970 despachó favorablemente las súplicas de la parte actora. Aquellos apelaron y el referido fallo fue revocado por el Tribunal Superior de Bucaramanga en atención a las razones que se exponen enseguida.

El fallo impugnado.

Luego de resumir la situación *sub júdice* y de encontrar que el proceso está libre de vicios y admite decisión de fondo, el Tribunal se expresa así:

"Obra la prueba en el expediente de que el 11 de mayo de 1966 el Presidente del Tribunal Arbitral profirió un auto en el cual se declaraba que había vencido el término probatorio y procedía citar para sentencia, la cual debía proferirse, dice el demandante, a más tardar dentro de los 12 días siguientes, como lo ordena el artículo 1221 del Código Judicial. Dice el autor que a continuación de la citación para sentencia el Presidente del Tribunal de Arbitramento y su Secretario dejaron una constancia en el expediente, en la cual afirman que el término de 12 días hábiles para fallar estuvo suspendido desde el día inicial, 12 de mayo, hasta el 1º de junio siguiente, a causa de la necesidad de esperar el balance general de la sociedad en 31 de mayo, y agrega que el laudo fue proferido el 10 de junio de 1966, sentencia en la cual se absuelve al grupo de socios demandados".

"...Es evidente que la jurisdicción arbitral se ha establecido con el fin de darle facilidad a los asociados para definir sus litigios dentro del menor término posible. Es así como de conformidad con el artículo 1217 del Código Judicial, los interesados en un litigio del cual conoce un Tribunal de Arbitramento quedan en libertad para impedir el pronunciamiento del laudo arbitral que inicialmente se había pactado, cuando los árbitros dejan pasar el término para proferir su sentencia ...

En la justicia arbitral bien es cierto que el artículo 1217 del Código Judicial dice que el compromiso cesa en sus efectos cuando no se ha fallado oportunamente el negocio, pero esta situación encaja también dentro de la norma general de la prórroga de jurisdicción que los interesados todos en el proferimiento del laudo arbitral aceptan y acogen, ya sea expresa o tácitamente".

"Cuando los litigantes le advierten a los árbitros —continúa el sentenciador— que ha cesado para éllos el compromiso de fallar el negocio por haber dejado pasar el tiempo sin hacerlo, el pronunciamiento del laudo arbitral ante la expresa inconformidad con los actores vicia el fallo por incompetencia de jurisdicción. Pero si los interesados *toleran la mora* (subraya la Corte), ya sea expresa o tácitamente, la facultad que el artículo 1217 les otorgó para que el compromiso cesara en sus efectos, no tiene operancia porque la prórroga de jurisdicción no está erigida únicamente para los procedimientos judiciales propiamente dichos, sino que también se hace efectiva en los juicios que se tramitan por el procedimiento arbitral... Si como acontece en el presente caso las partes toleraron la mora en el pronunciamiento arbitral y concretamente nada manifestaron cuando el Tribunal de Arbitramento declaró la suspensión de los términos conforme consta en el expediente, con ello dejaron tácita manifestación de aquiescencia a la prórroga para pronunciar el fallo y validaron la curiosa suspensión de términos decretada por

el Tribunal. Si el laudo hubiera sido proferido luego de que las partes le hubieren hecho manifestación de incompetencia a los árbitros, a la justicia ordinaria le incumbiría dictar en una acción declarativa la nulidad del laudo; pero como los interesados toleraron la prórroga de jurisdicción, admitieron la suspensión de términos y dejaron ejecutoriar el fallo arbitral sin manifestación alguna de oposición, tal sentencia debidamente ejecutoriada no es susceptible de ser tocada en el presente juicio".

Como conclusión de su razonamiento, dice el sentenciador que "al consentir tácitamente los interesados en el negocio sometido a fallo arbitral que se definiera el litigio por el Tribunal de Arbitramento se estaba prorrogando la competencia de ese Tribunal, lo cual bien podían hacer porque no estaban violando norma alguna que afectara el orden público sino disponiendo de su propio interés personal de conformidad con la renuncia de derechos conferidos por la ley, para el caso el artículo 1217 del Código Judicial, puesto que estos derechos solo miran el interés individual de los renunciantes y a ello procedieron de conformidad con el artículo 15 del Código Civil al prorrogar tácitamente la competencia del Tribunal Arbitral. La sentencia de los árbitros se encuentra en firme y el vicio que la afecta según la parte demandante no es susceptible de ser declarado en este fallo ordinario por las razones que someramente se han expuesto, es decir, no se falló el negocio por los árbitros, careciendo de competencia para el caso".

El recurso extraordinario.

La parte demandante formula un solo cargo contra la sentencia impugnada, por la causal primera de casación, diciendo que aquella incurrió "en violación por infracción directa, derivada de falta de aplicación, del artículo 1217 del Código Judicial, numeral 3º y 8º de la Ley 153 de 1887".

Al plantear su acusación dice el recurrente que el citado artículo 1217 del Código Judicial es de carácter sustancial "pues determina el momento en que termina el contrato de compromiso, o sea que establece una causal de finalización de aquél, lo que constituye una ordenación sustancial, pues se refiere al derecho de quienes fueron parte en dicha convención para pedir que se declare su cesación, en caso de que la otra parte espontáneamente no la reconozca, pues no se entendería que un derecho no tuviera la forma de hacerse valer, no tratándose de obligaciones naturales". Agrega luego que dicho artículo en su numeral 3º, estatuye que el compromiso "cesa en sus efectos... 3º, por transcurrir el término que tienen los arbitradores para dictar la decisión". Norma que es aplicable también a la cláusula compromisoria y que considerar lo contrario sería proceder "con apego a una exégesis desactualizada", una vez que el artículo 8º de la Ley 153 de 1887 dispone "refiriéndose a las normas sustanciales, pues para las procesales existe precepto especial, que 'cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes...'. No existe duda de que no dictarse sentencia oportunamente dentro del proceso arbitral, nacido de un contrato de compromiso, es enteramente semejante a que no se dicte aquella dentro del término legal (artículo 1221 del C. J.), en un juicio originado en cláusula compromisoria, ya que éste sigue el mismo trámite conforme al artículo 4º de la Ley 2ª de 1938; con la única diferencia de que la cesación de la operancia de la cláusula se refiere exclusivamente para el caso materia del proceso en que el laudo no se pronunció en la oportunidad legal".

"El principio de integración de normas —agrega el recurrente—, para el supuesto tratado, no admite duda, primero porque no se entendería que en casos análogos no fallar oportunamente implique consecuencias diferentes, o sea para el compromiso su terminación y para la cláusula compromisoria, que en últimas es un compromiso para eventuales diferencias futuras, no aparejara ninguna, siendo que existe la misma razón para que cese el acto determinante de la derogación de la jurisdicción común, que es excepcional y por ende de interpretación restrictiva. En Colombia, el término para dictar sentencia lo fija la ley... prorrogable en el caso del artículo 1222 del Código Judicial que en este negocio no ocurrió, pues el expediente contenía 132 folios, punto en que las partes no discrepan. Por tanto no podía prorrogarse ni por el Tribunal en pleno ni mucho menos por su Presidente, en la constancia copiada oportunamente. Tampoco podían las partes, ni aún de común acuerdo, extenderlo ni expresa ni tácitamente más allá del lapso previsto por el legislador, por tratarse no de término señalado por el Juez sino de uno fijado por la ley, así como las últimas no pueden ampliar el plazo para dictar sentencia que tienen los Jueces comunes, pues según el artículo 367 del Código Judicial solo los términos que fije el Juez son prorrogables por justa causa alegada antes de su venci-

miento. Además se anota que el Código vigente (se refiere a la Ley 105 de 1931, observa la Corte), establece un término para fallar pero no para tramitar el proceso arbitral, como ocurre en otros países. La razón del término para tramitar y fallar o solo para lo último, radica en primer lugar en que solo temporalmente debe mantenerse vigente la jurisdicción arbitral en un caso dado, ya que se trata de una derogación de la jurisdicción ordinaria... Por consiguiente, si el término para dictar sentencia es perentorio, mal puede afirmarse que las partes podrían prorrogar competencia al Tribunal de arbitramento para fallar, por el hecho de que no hubieren objetado la manifestación de su Presidente que de dicho plazo se había suspendido desde el 12 de mayo de 1966, hasta el 1º de junio de dicho año". A renglón seguido agrega el recurrente, que aun en el supuesto de que el término en cuestión fuese prorrogable, ello ha debido decretarlo el Tribunal de Arbitramento mediante un auto, a fin de que las partes pudieran recurrir contra él "y en este caso la prórroga se hizo por una simple constancia, de modo que ésta no tenía fuerza para producir dicho efecto. Y suponiendo en gracia de discusión que las constancias sean autos, sucede que el que dijo prorrogar el término no se dictó por todos los árbitros, como es de rigor para las providencias que se profieren durante el proceso arbitral, sino por uno solo de ellos, lo que le restaría toda eficacia en el supuesto de que por los otros aspectos, hubiera llegado a tenerla. Además, no se notificó a las partes".

Dice también el recurrente que el Tribunal de Bucaramanga estuvo equivocado al considerar "que el término para fallar encaja dentro de las normas de prórroga de jurisdicción, y que en el caso de autos ésta se produjo tácitamente al no reclamar las partes la constancia del Presidente sobre suspensión del plazo, pues la ley no lo autoriza, como sí sucede en otros países, en que opera el sistema esbozado por el Tribunal de Bucaramanga. Tampoco es acertada la sentencia cuando expresa que la demora en dictar el auto sólo afecta el interés de las partes, ya que está de por medio el interés público, no sólo porque las formas procesales, salvo disposición expresa que en esta hipótesis no existe, no pueden modificarse por las partes ni por el Juez..., pues atañe al orden público que la jurisdicción arbitral no subsista más allá del tiempo que el legislador considera apropiado, por ser una justicia de excepción".

Más adelante expresa que el Tribunal de Arbitramento bien hubiera podido durante la tramitación del proceso, decretar la prueba que motivó la demora para el pronunciamiento del laudo o también, hacer uso de la facultad que le otorgaba el 2º inciso del artículo 1221 del Código Judicial, señalando al efecto, para su práctica, un término que no excediera de 12 días, dentro del cual podía continuar oyendo a las partes. "Apenas habrá para que decir que la necesidad que se le presentó al árbitro Presidente de allegar un balance, no está prevista como causal de suspensión de términos por la ley procedimental, ni tampoco la ausencia transitoria de la sede del arbitraje por parte de uno de los árbitros, que fueron las razones aducidas para expresar que la suspensión se había producido... ...Además, por si todo lo dicho no fuere suficiente, la llamada certificación acerca de que el término para fallar se había suspendido desde el 12 de mayo de 1966, se dejó el primero de junio subsiguiente, o sea cuando dicho término estaba supervencido, y nunca se notificó, de modo que mal podía impugnarse..., todo lo cual constituye una razón de más para desechar la tesis de la sentencia censurada, en cuanto dice que las partes han debido reclamar al acto presidencial de suspensión. Parece difícil prorrogar un término vencido. En suma: ni por el aspecto de la prorrogabilidad del término para fallar ni por el de la prorrogabilidad de la jurisdicción es admisible reconocer eficacia al laudo extemporáneo".

De todo lo expuesto concluye la censura que el Tribunal, al no acceder a la declaración impetrada por la parte actora, dejó de aplicar el artículo 1217 del Código Judicial, el cual era pertinente para el caso *sub júdice,* por virtud de lo dispuesto en el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, por lo cual debe casarse la sentencia impugnada y en su lugar confirmarse la de primer grado. Hace énfasis en que su ataque no se ha formulado "con base en violación de las disposiciones sobre jurisdicción y competencia, pues ellas no tienen acceso a casación sino por la causal 4ª... y que el presente proceso no versa sobre un recurso de revisión del laudo arbitral como ha pretendido sugerir la parte demandada, sino simplemente de una declaración de carencia de efectos, por haberse dictado después de haber cesado la operancia de la cláusula compromisoria para el caso concreto, tal cual ocurre para el compromiso, según el artículo 1217 del Código Judicial. Conviene igualmente advertir —agrega— que no pudiendo ser propuesta en vía ordinaria la nulidad procesal por incompetencia de jurisdicción, tampoco ha apoyado el cargo en dicha razón, ya que el artículo 457 del Código

Judicial que es de carácter sustancial, no autoriza que tal motivo de nulidad pueda hacerse valer en dicha forma, en lo cual asiste razón al demandado".

Y como remate de su argumentación, dice que en su concepto no es posible "que el laudo arbitral dictado fuera de término puede quedar indemne, pues no se entendería para qué se dictaron los artículos 1217 del Código Judicial en lo pertinente".

Consideraciones de la Corte.

1. Entiéndese por compromiso el contrato que celebran personas capaces de transigir con el fin de someter a la decisión de arbitradores, en lugar de un fallo de la Rama Jurisdiccional del Poder Público, una diferencia concreta legalmente susceptible de transacción, antes o después de que se haya iniciado el pleito correspondiente. Se trata de un contrato principal y solemne, sometido a los requisitos que establecía el artículo 1216 del Código Judicial y que hoy señalan los artículos 663 y 664 del Código de Procedimiento Civil.

Cláusula compromisoria, según el artículo 2º de la Ley 2ª de 1938, es "aquella por virtud de la cual las partes que celebran un contrato se obligan a someter a la decisión arbitral todas las diferencias que de él puedan surgir o algunas de ellas". Trátase pues de un acuerdo de voluntades también solemne pero necesariamente accesorio celebrado igualmente entre personas capaces de transigir, que persigue los mismos fines que el compromiso y está sujeto a idéntica regulación legal, solo que en el momento de su celebración aún no ha surgido ninguna controversia entre las partes. En ambos hay una derogación convencional de la jurisdicción ordinaria y el sometimiento a la arbitral, cuyo fallo, según lo que convengan las partes, puede ser proferido en derecho o en conciencia, pero que en uno y otro caso es inapelable (artículo 7º ibídem). *Al tenor del artículo 4º de la citada Ley 2ª, la tramitación del proceso arbitral estaba sujeta a las disposiciones de los artículos 1218 a 1227 del Código Judicial, y entre ellas al imperativo de que el laudo fuese proferido dentro del término perentorio que establecía el artículo 1221* ibídem.

Así, pues, los efectos de ese acto jurídico llamado compromiso o cláusula compromisoria, según el caso, estaban condicionados a que la controversia fuese susceptible de transacción tanto por la naturaleza de los derechos en disputa como por la calidad de las partes que intervenían en ésta, y además, a que la sentencia arbitral fuese dictada oportunamente.

2. La voluntad unánime y legalmente manisfestada de quienes habían celebrado el compromiso o pactado la cláusula compromisoria podía ponerle fin a uno y a otra, según el artículo 1217 del Código Judicial, no sólo antes de que comenzaran a producir sus efectos sino aún después, estando ya en curso el proceso arbitral, pero en todo caso antes de que se profiriera el laudo. Sin embargo, esa misma voluntad que tenía la virtualidad de derogar la jurisdicción de la justicia ordinaria y poder suficiente, en los casos apuntados, para volver las cosas a su estado anterior, vale decir a la competencia de aquella para desatar la controversia, no podía en manera alguna modificar los trámites que la ley establecía para el desenvolvimiento del juicio arbitral ni prorrogar los términos establecidos por la ley, a los cuales estaban sujetos tanto los árbitros como las partes. Así como los jueces ordinarios no podían modificar a su talante los términos procesales que señalaba el Código Judicial, ni ún a petición expresa de las partes o en virtud de la aquiescencia tácita de las mismas, a los árbitros también les estaba vedado hacerlo, porque las disposiciones procedimentales son de orden público y por ende de ineludible cumplimiento. Otro tanto ocurre hoy con la preceptiva legal vigente con la sola diferencia de que el término se señala para la tramitación del proceso, a falta del que estipulen las partes, las cuales pueden en todo caso prorrogarlo de común acuerdo antes de su vencimiento (artículo 669 del C. de P. C.).

3. La ley no sanciona con nulidad un pronunciamiento judicial proferido por fuera del término señalado al efecto; apenas estatuye que el funcionario incurra en responsabilidad disciplinaria. En cambio, el citado artículo 1217 del Código Judicial sí disponía que "el compromiso de que se habla cesa en sus efectos *(se subraya) por la voluntad unánime de los que lo contrajeron, y también... 3º por transcurrir el término que tienen los arbitradores para dictar la decisión".*

Los efectos de un compromiso o de una cláusula compromisoria, como se dijo anteriormente, consistían en sustraer al conocimiento de la justicia ordinaria la decisión de una controversia susceptible de transacción, suscitada entre personas capaces de celebrar este contrato para atribuírselo, de acuerdo con la ley, a un Tribunal de Arbitramento. De esta suerte, el precepto en mención le quitaba toda eficacia a un laudo extemporáneo, porque los árbitros perdían sus fa-

cultades de tales al vencerse el término para proferir el laudo, sin que las partes pudiesen evitarlo ni subsanar convencionalmente ese fatal resultado, como sí les era dado hacerlo, al tenor del inciso final del mismo artículo, cuando la cesación de los efectos del compromiso provenía de la no aceptación o de la muerte de uno de aquellos.

Así, pues, una sentencia arbitral proferida cuando estaba vencido el término que para dictarla señalaba perentoriamente el artículo 1221 in fine *del Código Judicial, era como si no hubiese sido proferida, porque por esa sola circunstancia el compromiso que la había originado había cesado en sus efectos al tenor del numeral 3º del artículo 1217* ibídem. *En consecuencia la Corte estima que un laudo arbitral proferido tardíamente, vale decir, después de expirado el término de doce días que establecía el artículo 1221 del citado Código, al tenor del 1217* ibídem, *no podía producir efectos de ninguna clase.*

4. El Código de Procedimiento Civil actual conserva el principio indicado, aunque lo amplía y reglamenta con mayor precisión al estatuir en su artículo 669 que el Tribunal de Arbitramento cesa en sus funciones "...4º Por la expiración del término para finalizar el proceso" y al establecer en el 672, numeral 5º, recurso de anulación contra los laudos expedidos "después del vencimiento del término fijado para el procesó arbitral".

5. De acuerdo con lo expuesto se concluye que el cargo formulado contra la sentencia impugnada está llamado a prosperar puesto que el Tribunal dejó de aplicar en el caso *sub júdice* lo que disponía el artículo 1217 del Código Judicial para cuando los laudos arbitrales se proferían ya vencido el término que al efecto señalaba el 1221 *ibídem*. Es verdad procesal, aceptada por las partes y tenida en cuenta por el sentenciador, que la sentencia arbitral sobre la cual versa este proceso fue dictada cuando el término en cuestión estaba vencido con creces, luego la norma cuyo quebranto señala era aplicable en el caso *sub júdice*, porque compromiso y cláusula compromisoria, *mutatis mutandis*, producen idénticos efectos, según se dejó visto. Por consiguiente, el artículo 8º de la Ley 153 de 1887 cuya falta de aplicación también motiva la censura formulada contra la sentencia, indicaba al Tribunal que en el caso *sub júdice* debía ser utilizado por analogía el artículo 1217 del Código Judicial, aunque el arbitramento no hubiese tenido origen en un compromiso sino en una cláusula compromisoria pactada en un contrato de sociedad.

Erró también el sentenciador al considerar que el término perentorio de que se viene hablando podía ser ampliado mediante una simple atestación escrita firmada únicamente por el Presidente y el Secretario del Tribunal de Arbitramento, que no era providencia, porque no fue firmado por todos los árbitros, ni fue notificada a las partes y que por añadidura fue sentada en el proceso cuando dicho término estaba vencido. Díjose anteriormente que ese plazo por ser establecido por la ley no era prorrogable ni aún por la voluntad acorde de las partes, luego menos podía serlo, como equivocadamente lo entendió el sentenciador, por la simple "tolerancia de la mora" o aquiescencia tácita de los contendientes en el proceso arbitral.

Prospera pues la acusación en estudio y por tanto debe casarse la sentencia impugnada. Compete a la Corte proferir en instancia la que debe reemplazarla, para fundamentar la cual basta todo lo que se deja expuesto en el despacho del cargo.

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 proferida en este juicio por el Tribunal del Distrito Judicial de Bucaramanga y en su lugar confirma la de primera instancia dictada el 12 de junio de 1970 por el Juzgado 2º Civil del Circuito de Barrancabermeja.

Condénase a la parte demandada en las costas de segunda instancia. Sin ellas en el recurso extraordinario.

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

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

Heriberto Caycedo M., Secretario.

REIVINDICACION

Determinación del bien en la tradición de derechos y acciones.

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

(Proyecto elaborado por el Abogado Asistente doctor Ernesto Gamboa Alvarez).

Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandado contra la sentencia de 15 de diciembre de 1967, dictada por el extinguido Tribunal Superior del Distrito Judicial de El Banco en el proceso ordinario de reivindicación que Alberto Marulanda Grillo y Cecilia Ramírez de Marulanda entablaron contra Miguel Angel Cañizares.

Antecedentes.

1. En la demanda que inicia el proceso afirman los demandantes ser dueños exclusivos de un terreno denominado en parte "Boquerón" y en parte "Bubeta", ubicado en jurisdicción municipal de La Gloria y Tamalameque, cuyos linderos especifican debidamente y que dicen haberlo adquirido en parte por adjudicación que se les hizo en la mortuoria de Victoriano de Dios Paredes, protocolizada por escritura número 102 del 18 de mayo de 1961 de la Notaría de Río de Oro, y el resto por adjudicación que se les hizo en el proceso de sucesión de Rafael Giraldo Rodríguez, protocolizado mediante escritura 116 del 16 de junio de 1961 de esa misma Notaría.

2. Mencionan que Paredes adquirió su derecho en Boquerón y Bubeta, en parte por compra a Guillermo Brokate según escritura número 240 del 29 de mayo de 1908 de la Notaría de Convención y en parte por compra a Adolfo Castilla mediante escritura 211 del 12 de mayo de 1908 de la Notaría de El Carmen. Y que Giraldo adquirió su derecho en el mencionado inmueble por compra a César M. Giraldo según escritura número 6 del 9 de abril de 1931 de la Notaría de La Gloria, quien a su turno obtuvo en parte por compra a Manuel Conde Ribón por escritura 234 del 13 de junio de 1908 de la Notaría de Ocaña, en parte por compra a Ramón C. Giraldo y Hermanos por escritura 215 del 1º de mayo de 1906, de la Notaría de Convención, y el resto por compra a Damiana Dodino y Rosa Castilla según escritura número 96 de 1908 de esta última Notaría.

3. Exponen que desde 1931, o sea de hace mucho antes de que les fueran hechas las mencionadas adjudicaciones en los procesos de sucesión de Paredes y Giraldo, tuvieron la posesión material, tranquila e ininterrumpida, de Boquerón y Bubeta, en razón de las compras que, de los derechos herenciales de Paredes y Giraldo, habían venido efectuando hasta ese entonces a sus respectivos sucesores.

4. Y por último agregan que, sin su consentimiento, Domingo Padilla, sin derecho alguno, ocupó de hecho en 1953 una parcela de 7 hectáreas ubicada dentro del terreno de "Boquerón" y "Bubeta"; que en 1956 Miguel Angel Cañizares compró a Padilla las mejoras existentes en las referidas 7 hectáreas, a sabiendas de que éste último no tenía derecho alguno sobre el terreno; y que Cañizares con ese pretexto continuó de hecho invadiendo terrenos situados dentro de Boquerón y Bubeta, hasta llegar a poseer de mala fe una extensión de 300 hectáreas aproximadamente, cuyos linderos especiales aparecen debidamente especificados.

Así se resume la *causa petendi* que sirvió a Alberto Marulanda Grillo y a Cecilia Ramírez de Murulanda para entablar en 1962 proceso ordinario reivindicatorio, contra Miguel Angel Cañizares, ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Río de Oro, con el fin de lograr que el demandado sea condenado a restituír a los demandantes, como legítimos dueños, la parte de "Boquerón" y "Bubeta" que aquél ocupa indebidamente, y a pagarles como poseedor de mala fe, el valor de los frutos civiles y "naturales" producidos por el terreno objeto del pleito.

Cañizares, al contestar la demanda, negó sus hechos fundamentales, en especial que Marulanda y su señora fueran dueños, pues sus causantes Paredes y Giraldo tampoco lo eran; aclaró que la posesión de Padilla no había comenzado en 1953, sino mucho antes, habiendo poseído por más de 20 años; manifestó que en 1958 y por escritura 47 del 16 de marzo de la Notaría de Tamalameque, había adquirido de Padilla las mejoras que éste tenía en parte del inmueble objeto de la reivindicación, o sea en la finca denominada La Nueva Cuba, cuya extensión aproximada es de 311 hectáreas; agregó que por escritura 88 de 11 de abril de 1958 de la Notaría de El Carmen había adquirido de Leocadio Montesinos la finca San Roque, con extensión de 224 hectáreas aproximadamente, que había sido fundada por Montesinos, poseída por éste durante más de 20 años antes de ser enajenada al demandado, y dentro de la cual se encuentra parte del predio materia del pleito; y por último propuso las excepciones perentorias de prescripción agraria de 5 años, ordinaria de 10 y extraordinaria de 20, por haber poseído y explotado económicamente los referidos predios, dentro de los cuales se encuentra el que se trata de reivindicar, en suma con sus antecesores Padilla y Montesinos y por más de los lapsos indicados.

Después de amplio debate probatorio la primera instancia culminó con fallo del 9 de diciembre de 1964 que declaró probada a favor del demandado y de acuerdo con el artículo 12 de la Ley 200 de 1936, la prescripción agraria sobre los predios La Nueva Cuba y San Roque ubicados en las sabanas de Bubeta y Boquerón; declaró también probada a favor de Cañizares la prescripción extraordinaria de que tratan los artículos 2527, 2531, 2532 y 2533 del Código Civil, en armonía con la Ley 50 de 1936, sobre el predio La Nueva Cuba; negó la prescripción ordinaria alegada por el demandado; y con costas a cargo de los demandantes, se "abstuvo" de resolver las peticiones de la demanda por haber prosperado las excepciones perentorias en cuestión.

Por alzada de los demandantes se abrió la segunda instancia ante el Tribunal de El Banco, y se cerró por sentencia que revocó la del inferior para en su lugar acceder a todas las súplicas de la demanda, fallo contra el cual Cañizares interpuso el recurso de casación en estudio.

Motivación de la sentencia impugnada.

1. Comienza el Tribunal por analizar lo relativo a la prescripción agraria de 5 años que establece el artículo 12 de la Ley 200 de 1936 y, con abundancia de citas jurisprudenciales, observa que para esta clase de prescripción es necesario que el poseedor tenga la creencia fundada de que no existe dueño distinto del Estado y que el terreno del cual forma parte el poseído no esté o haya estado demarcado con cerramientos artificiales ni existen en él señales inequívocas de propiedad particular. Todo lo cual trae la consecuencia de que esa prescripción solo opera sobre terrenos baldíos y cuando por ausencia de toda mejora, cerramiento, construcción o hecho que revele explotación económica anterior, se puede presumir buena fe en el colono que entró a poseerlos, la que deja de presumirse si el globo general dentro del cual se encuentra el predio poseído tiene señales inequívocas de que es o ha sido de propiedad particular, tales como haber estado demarcado por cerramientos artificiales.

2. Agrega que la buena fe del demandado para efectos de tal prescripción, quedó desvirtuada en el proceso una vez que mediante inspecciones judiciales se verificó que el predio es de propiedad particular en razón de explotaciones económicas y cerramientos antiguos, que evidencian la imposibilidad de que el demandado y excepcionante hubiera creído que dicho predio era del Estado o que hubiera sido abandonado de manera tal que no demuestre "la señal de la mano del hombre".

3. Por tanto, no es aceptable que el demandado pueda alegar esta clase de prescripción porque el título no nació con él ni lo creó, luego no podía tener la creencia de que habla el artículo 12 de la Ley 200 de 1936 y aún menos cuando sus antecesores habían sido inquietados en su posesión por el demandante mediante procedimientos policivos. En estas circunstancias, las pruebas no demuestran que el demandado hubiera poseído en las condiciones exigidas por el artículo en referencia.

4. En cuanto a prescripción ordinaria reserva su decisión conjuntamente para cuando resuelva sobre la extraordinaria, no sin observar que el inferior, al rechazar aquella, únicamente se limitó a la prueba testimonial sobre posesión pero no analizó los títulos que una y otra parte exhibieron en su oportunidad.

5. Respecto a prescripción extraordinaria, comienza por considerar que el demandado agrega a su posesión la de sus antecesores Domingo Padilla y Leocadio Montesinos, de quienes adquirió en 1958 por escrituras 47 y 88 de las Notarías de El Carmen y Tamalameque. Analiza también

las copias de las sentencias de primera y segunda instancias dictadas en el interdicto posesorio sobre "Boquerón y "Bubeta" que Marulanda entabló contra Cañizares y que finalizó con absolución para éste, deduciendo de ellas que no sirven como elemento probatorio de la posesión del demandado y de sus antecesores, sino únicamente para demostrar que Marulanda venía desde tiempo atrás reclamando derechos sobre el predio poseído por Cañizares. Asimismo estudia la copia de la providencia del Gobernador del Departamento del Magdalena dictada el 20 de octubre de 1958 en las diligencias sobre *statu quo* instauradas en la Alcaldía de La Gloria por Marulanda contra Cañizares, para concluir que tampoco prueba la posesión de éste, una vez que no hubo decisión de fondo, sino simple declaratoria de nulidad de lo actuado por falta de citación y emplazamiento del opositor.

6. Las referidas escrituras, según el Tribunal, sirven para demostrar el eslabón entre las posesiones de los vendedores Padilla y Montesinos y del comprador demandado; y reserva su análisis para cuando haga la debida comparación entre los títulos presentados por cada una de las partes.

7. Respecto a la prueba testimonial tanto de los demandantes como del demandado, la considera copiosa, abundante y con bastante responsabilidad en el dicho de cada testigo en orden a demostrar la antigua posesión que cada parte alega sobre el terreno en litigio, todo lo cual lo mueve no a prescindir de tales testimonios, como sería el caso según el artículo 702 del Código Judicial, sino a analizar los demás medios probatorios aportados al proceso, especialmente las inspecciones judiciales practicadas en ambas instancias, que lo llevan a concluir que los demandantes acreditaron su posesión sobre "Boquerón" y "Bubeta" mediante cerramientos, cultivos de pastos artificiales, organizaciones administrativas, ganadería, cultivos de varias clases, sistema de riego y construcciones varias.

8. Del acervo probatorio concluye el Tribunal que se encuentra "ante un hecho donde las partes en este juicio ha poseído el predio objeto de reivindicación y que la posesión del demandante no fue abandonada por más de veinte (20) años para que pueda prosperar la excepción de prescripción extraordinaria. Porque la prueba testimonial de la parte demandante arroja una certeza de que ella venía poseyendo paralelamente, podríamos decir con el demandado, ya que éste ha sumado la posesión de sus antecesores, luego ante este hecho complejo, se hizo necesario acudir a los otros elementos de convicción para tratar de ver en quién se caracteriza mejor el derecho discutido. Y de los medios probatorios de que se ha hablado se tiene que hay una mejor caracterización del derecho en cabeza de los demandantes".

9. Procede en seguida a estudiar los títulos presentados y comienza por decir que ninguna de las partes creó el título o títulos que exhibe, pues ellas son simples continuadoras de quienes les vendieron derechos de posesión y propiedad.

Respecto al demandado, dice que su tradición comienza en la fecha de las escrituras de adquisición extendidas en 1958 la 47 del 16 de marzo, de la Notaría de Tamalameque (compra a Padilla), y la 88 del 11 de abril, de la Notaría de El Carmen (compra a Montesinos), pudiendo una de ellas tener un origen más remoto "pero éste llegaría solo hasta el año de 1952, fecha en que Leocadio Montesinos vendió al demandado". (Nota la Corte que el Tribunal se equivoca en tal apreciación, pues fue en 1958, no en 1952, cuando Montesinos le vendió a Cañizares, y en 1952 lo que sucedió fue que Montesinos protocolizó notarialmente unas declaraciones testimoniales rendidas fuera de juicio para acreditar en forma sumaria su posesión en la finca San Roque). En cuanto a las escrituras presentadas por el demandante con el libelo, son las números 102 de mayo de 1961 de la Notaría de Río Oro (protocolización de la sucesión de Victoriano de Dios Paredes); 116 de junio de 1961 de la misma Notaría (protocolización de la sucesión de Rafael Giraldo Rodríguez); 240 de mayo de 1908 de la Notaría de Convención (venta de Guillermo Brokate a Victoriano de Dios Paredes) 96 de febrero de 1908 de esa misma Notaría (venta de Damiana Dodino y Rosa Castilla a César M. Giraldo); 215 de mayo de 1906 de esa misma Notaría (venta de Ramón G. Giraldo a César M. Giraldo); y 6 de abril de 1931 de la Notaría de La Gloria (venta de César M. Giraldo a Rafael M. Giraldo). Asimismo fue presentado el certificado de tradición y libertad expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Río de Oro, que contiene una tradición mayor de 50 años.

10. De todas esas pruebas concluye el Tribunal: "Visto que el demandante y el demandado han demostrado por la prueba testimonial han poseído el predio objeto de este juicio como se ha establecido, el demandante poseyó hasta aproximadamente los años 56, 57 y 58 hasta cuando entró a poseer el demandado Miguel A.

Cañizares, fecha desde la cual los esposos Marulanda Ramírez dejaron de poseer.

"Sentada esta premisa, veamos si dentro de las categorías ya vistas, alguna de estas se asimila al caso en estudio, después de haber estudiado cada una, la Sala encuentra que una de estas cabe exactamente en el caso que se estudia...

"d. 'A posee un inmueble pero tiene título distinto al hecho de su posesión. B pretende reivindicar contra A. Y evidentemente triunfará si logra presentar por su parte un título anterior al título que presenta A, a condición de que no se lo haya formado él mismo'.

"Veamos la aplicación de la categoría al caso en estudio:

"Miguel Antonio Cañizares posee el inmueble objeto de reivindicación y su título es distinto al hecho de su posesión por cuanto él se encuentra ocupando este predio en razón de la compra que le hiciera a Montesinos y a Domingo Padilla. Alberto Marulanda Grillo y Cecilia Ramírez de Marulanda están reivindicando contra Miguel Angel Cañizares y han presentado como título uno anterior al presentado por el demandado, como se dijo que el del demandado podría llegar a tener una tradición hasta el año de 1952 y los títulos presentados por la parte actora tienen una tradición de más de cincuenta (50) años. Título que no ha sido creado por los esposos Marulanda Grillo y Cecilia Ramírez, por la misma razón de la del demandado, ya que ellos son continuadores del derecho de propiedad y posesión en el predio Bubeta y Boquerón por sucesión de derechos como se demuestra con el certificado del señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Río de Oro y las escrituras anexadas. La relación estrecha que existe entre la categoría estudiada y los hechos del proceso ponen en forma protuberante la no viabilidad de la excepción propuesta, porque como dice en la parte (d) insertada de las categorías, cuando concurran en cualquier juicio los hechos que allí se preestablecen debe triunfar el reivindicante y por lo mismo no podrá prosperar ninguna excepción contra quién demuestre los hechos en la forma indicada".

11. Luego de rechazar así las excepciones del demandado, procede a analizar los elementos de la acción incoada y en cuanto al derecho de dominio radicado en el demandante, expone que al estudiar la impróspera prescripción extraordinaria alegada por Cañizares, quedó demostrado un mejor derecho del demandante sobre el predio en litigio. Agrega que el Juez de primer grado no estudió lo relativo a la prescripción extraordinaria, por considerar que esta no cabe contra quien tuviere título sobre el inmueble en cuestión. Y que cuando al comienzo de la sentencia de segunda instancia hizo mención de los títulos presentados por el actor, se verificó que tienen una tradición superior a 50 años, corroborada por la copia de las escrituras acompañadas con la demanda, las cuales se encuentran evidenciadas en forma técnica por el certificado de propiedad y libertad número 270 expedido el 23 de diciembre de 1961 por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Río de Oro.

Todos esos documentos, someramente analizados, le demuestran al Tribunal que la propiedad del predio reivindicado está en cabeza de los demandantes.

12. Y por último, después de encontrar plenamente demostrados los elementos de la acción reivindicatoria y tener por comprobado que Domingo Padilla estuvo vinculado mediante relación laboral con los demandantes, por haber sido su capataz en un predio que hace parte de "Boquerón" y "Bubeta", motivo por el cual su posesión fue clandestina y este vicio pasó a su continuador el demandado Cañizares, acoge las peticiones de los demandantes y condena a aquél, como poseedor de mala fe, a todas las súplicas del libelo.

La demanda de casación.

En el ámbito de la causal primera, formula el recurrente ocho cargos contra la sentencia del Tribunal.

Por estar el primero de ellos llamado a prosperar, es innecesario el examen del resto de la censura.

Primer cargo. Por vía indirecta y como resultado de evidente error de hecho en la apreciación de varias pruebas documentales, se mencionan como violadas las normas sustanciales de los artículos 946, 950, 961, 962 y 964 del Código Civil que a juicio del censor fueron indebidamente aplicados.

Dice el impugnante que el Tribunal, en lo que respecta a la demostración del derecho de dominio de los demandantes, se expresó textualmente así: "Las escrituras presentadas por la parte demandante cuyo número y fecha se insertó en esta providencia y que consta en el cuaderno principal, de acuerdo al (sic) certificado de tradición y libertad expedido por el señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito Judicial de Río de Oro, sobre el

predio Boquerón y Bubeta tiene una tradición mayor de cincuenta años. No se hace necesario la inserción de este certificado que corre al folio 1º a 4 vuelto del cuaderno principal, por ser un documento que consta en los autos y que no requiere ninguna clase de análisis por el valor probatorio que tienen los documentos públicos''. Y que luego agrega: ''Se anotó la no prosperidad de la prescripción extraordinaria de dominio, por haber el demandante demostrado un mejor derecho sobre el predio que se reivindica. En cuanto a su dominio el mismo Juez de primera instancia no estudió la prescripción ordinaria por considerar que ésta no cabía contra quien tuviera títulos sobre el predio del que se alega la prescripción antes citada. En párrafos anteriores nos referimos a los títulos presentados por el actor y se verificó que tenían o tienen una tradición superior a los cincuenta años, que esta tradición está corroborada por las escrituras números 102, de 18 de mayo de 1961, de la Notaría de Río de Oro; de la escritura 116 de 16 de junio de 1961 de la Notaría de Río de Oro; de la escritura 240 de 29 de mayo de 1908 de la Notaría de Convención, Norte de Santander; de la escritura 96 de febrero 19 de 1908 de la Notaría de Convención; de la escritura pública 215 de 1º de mayo de 1906 de la Notaría de Convención Norte de Santander y de la escritura número 6 de 9 de abril de 1931 de la Notaría de La Gloria. Todo el record (sic) de escrituras anteriores se encuentra evidenciado en forma técnica en el certificado de tradición y libertad número 270, expedido por el señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito Judicial de Río de Oro y que corre a folio 1 a 4 vuelto. Queda así demostrado el dominio en cabeza de la parte actora''.

Continúa la censura manifestando que ''como el Tribunal no se tomó el trabajo de referirse al texto de cada una de las escrituras citadas'', es necesario transcribirlas en lo pertinente para saber si es exacto que ellas contienen las sucesivas ventas del predio ''Boquerón y ''Bubeta'', del cual, como cuerpo cierto, los demandantes afirman ser propietarios.

Agrega que de esa transcripción se observa claramente que en la partición y adjudicación de los bienes de la mortuoria de Victoriano de Dios Paredes, efectuada el 18 de octubre de 1960 y cuyo expediente se encuentra protocolizado en la Notaría de La Gloria por escritura 102 del 18 de mayo de 1961, figura una hijuela a favor de Alberto Marulanda y de su señora, como subrogatarios de la cónyuge e hijos legítimos del causante, adjudicándoles en forma conjunta, en común y proindiviso, con los sucesores de Rafael Giraldo Rodríguez, *la mitad* del terreno denominado Bubeta y Boquerón. Y que en la partición y adjudicación de los bienes de la mortuoria de este último, efectuadas el 6 de junio de 1961, cuyo expediente se encuentra protocolizado en la Notaría de La Gloria por escritura 116 del 16 de ese mismo mes y año, aparece una hijuela a favor de Alberto Marulanda, y Cecilia Ramírez de Marulanda, adjudicándoles en forma conjunta, en común y proindiviso con los sucesores de Victoriano de Dios Paredes, de quien también los adjudicatarios son subrogatarios, la *mitad* de un terreno denominado Boquerón y Bubeta, cuyos linderos son prácticamente iguales a los que figuran en la sucesión de Paredes.

En lo que se refiere a la mortuoria de Giraldo, dice la respectiva adjudicación que el causante adquirió el inmueble en referencia parte por compra a Adolfo Castilla según escritura 211 del 12 de mayo de 1908 de la Notaría de El Carmen, registrada en Aguachica el 18 de julio siguiente en el libro primero bajo el número 45, y el resto por compra a Guillermo Brokate según escritura 245 del 29 de mayo de 1908 de la Notaría de Convención, registrada también en Aguachica el 18 de julio siguiente en el libro primero bajo el número 46.

Y en cuanto a Paredes, la respectiva adjudicación expresa que el causante adquirió parte de los derechos en cuestión por compra a Adolfo Castilla según escritura 208 del 12 de mayo de la Notaría de El Carmen, registrada en Aguachica el 18 de junio siguiente bajo el número 45, y el resto por compra a Guillermo Brokate según escritura 240 del 29 de mayo de 1908 de la Notaría de Convención, también registrada en Aguachica el 18 de junio siguiente bajo el número 46.

Las escrituras presentadas por los demandantes y a que se refiere el Tribunal, rezan en lo pertinente: a) *Escritura 240 de 1908 de la Notaría de Convención:* Que Guillermo Brokate vendió a *Victoriano de Dios Paredes ''los derechos y acciones* que posee en un predio rústico llamado en parte Boquerones y en parte Bubeta, ubicado en jurisdicción del Municipio de La Gloria'' y menciona que *estos derechos y acciones* los adquirió el vendedor por compra que de ellos hizo a Ramón Dodino mediante escritura 583 del 11 de octubre de 1899 de la Notaría de Ocaña; b) *Escritura 215 de 1906 de la Notaría de Convención:* Que César M. Giraldo adquirió de Ramón G. Giraldo y hermanos, re-

presentada por Ramón G. Giraldo, *"las accio- y derechos* que en proindiviso tiene adquiridos en el predio rústico denominado Bubeta y Boquerones, ubicado en jurisdicción del Municipio de La Gloria" y advierte el vendedor que *estas acciones y derechos* las adquirieron la sociedad que él representa, por compra a Marcelino Lobo y Juan Silvestre Carreño según escrituras 579 y 580 del 19 de octubre de 1905 de la Notaría de Ocaña; c) *Escritura 96 de 1908 de la Notaría de Convención:* Que Damiana Dodino y Rosa Castilla vendieron a César M. Giraldo *"los derechos y acciones* que les corresponden en los terrenos denominados en parte Bubeta y en parte Boquerones, situados en jurisdicción del Municipio de La Gloria" y mencionan los vendedores que *estos derechos y acciones* los obtuvieron por cesión de bienes que les hizo Ramón Dodino a ellas y a otras personas, mediante escritura del 11 de octubre de 1899 de la Notaría de Ocaña; y d) *Escritura 6 de 1931 de la Notaría de La Gloria:* Que César M. Giraldo vendió a *Rafael M. Giraldo "los derechos y acciones* que el exponente posee en... un potrero denominado Bubeta y Boquerones" ubicados en jurisdicción del Municipio de La Gloria, mencionando el vendedor que los *derechos y accio- nes* en cuestión los adquirió a Ramón G. Giraldo según escritura que presentó, distinguida con el número 215 de la Notaría de Convención.

Todas esas escrituras, dice el censor, se refieren a venta de *derechos y acciones,* sin que digan en cada caso cuál es la proporción o el valor de tales derechos y acciones en relación con la totalidad de la finca.

E igual cosa expresa el certificado 270 del 23 de diciembre de 1961 expedido por el Registrador de Río de Oro, pues en sus puntos décimo, undécimo, duodécimo, decimotercero y decimocuarto, se lee que todas las sucesivas transferencias sobre el inmueble Boquerones y Bubeta, hasta llegar en 1961 a la partición y adjudicación en los procesos de sucesión de Victoriano de Dios Paredes y Rafael Giraldo R., versan sobre *"derechos y acciones".*

Y solamente estas particiones y adjudicaciones, efectuadas en 1961 y que constan en los respectivos expedientes protocolizados por escrituras 102 del 18 de mayo (sucesión de Paredes) y 116 del 16 de junio (sucesión de Giraldo) de 1961 de la Notaría de Río de Oro, hablan ya de esos "derechos y acciones" como comprensivos de la totalidad de la finca, en el sentido de que *la mitad* de ellos era de Paredes y *la otra mitad* de Giraldo, cuestión que, recalca la censura, no aparece ni en esa ni en ninguna otra proporción en las escrituras o en el certificado a que se ha hecho referencia.

De todo lo anterior infiere el recurrente:

"a) Que en la hijuela de adjudicación a Alberto Marulanda y señora en el juicio de sucesión de Rafael Giraldo se incurrió en error al citar los títulos de adjudicación del causante sobre los derechos adjudicados, pues se habla de que fueron adquiridos parte por compra a Adolfo Castilla por escritura 211 de mayo de 1908 de la Notaría de El Carmen y parte por compra a Guillermo Brokate por escritura 240 de 29 de los mismos de la Notaría de Convención, cuando según el certificado de Registro aludido y la demanda del juicio fueron adquiridos a César M. Giraldo según escritura número 6 de 9 de abril de la Notaría de La Gloria.

"b) Que en las hijuelas de adjudicación a Alberto Marulanda Grillo y señora en los juicios de sucesión de Victoriano de Dios Paredes y Rafael Giraldo, los adjudicatarios transformaron derechos y acciones cuya cuota se ignora y que eran los bienes pertenecientes a los causantes conforme a los títulos especificados completados por el certificado del Registrador aludido, en derechos proindiviso equivalentes a una mitad sobre el predio 'Boquerón y 'Bubeta', pues en cada hijuela se expresa que los derechos adjudicados representan dicha mitad, sin saberse en que se funda este aserto, pues de los títulos no aparece.

"c) Que, por tanto, al complementarse las dos hijuelas, los demandantes resultan dueños de la totalidad del predio como cuerpo cierto, como alegremente finaliza el certificado del Registrador a que se ha hecho mención, siendo que no existe ninguna prueba en el expediente de que los derechos y acciones inventariados en la sucesión de Victoriano de Dios Paredes y los inventariados en la de Rafael Giraldo, representan la mitad proindiviso de una comunidad de que forma el predio referido parte".

Concluye el impugnante que el error de hecho del Tribunal aparece de manifiesto en los autos al hacer la apreciación del certificado y las escrituras citadas en el fallo, pues tales documentos, a excepción de las hijuelas a favor de los demandantes en los procesos de sucesión de Paredes y Giraldo, no recaen sobre *transferencia de cuerpo cierto, sino de simples derechos y acciones, sin demostración de que constituyeran la totalidad* de la cosa común, que hubiera sido la forma adecuada para demostrar la propiedad en cabeza de la parte actora sobre Boquerón y Bubeta, dominio que, no obstante, el Tribunal

sí dio por existente. Dicho error provino de cuando el Tribunal aceptó que las escrituras de los antecesores de Alberto Márulanda y Cecilia Ramírez de Marulanda comprendían *todos* los derechos proindiviso de dominio en el referido predio, cuando de la simple lectura de las pruebas en cuestión aparece que ello no es así. "Y faltando la prueba del dominio de la parte actora, que es el primer elemento axiológico de la acción reivindicatoria, mal podría decretar ésta respecto al fundo Boquerón y Bubeta, por lo cual aplicó indebidamente los preceptos sustanciales citados al comienzo de la tacha y por ende los violó".

Considera la Corte:

Para reivindicar se exige en forma ineludible que el demandante pruebe ser dueño del objeto en litigio, excepto cuando invoque meramente su calidad de poseedor que esté en vía de ganar el dominio por prescripción.

Desde luego esta demostración es de carácter relativo pues tiene por objeto enfrentarla a los fundamentos de la posesión que alegue la parte demandada, a quien su simple condición de poseedora le basta para que sea reputada como dueño (Arts. 950 y 762 del C. C.).

Ahora bien: según reiterada doctrina de la Corte, en procesos de reparto y adjudicación de bienes comunes o de bienes denominados herenciales es suficiente título para acreditar el dominio la hijuela que se expida, excepto si a ella se opone otro título o una posesión anteriores, casos en los cuales, para que conserve su eficacia probatoria frente a quien haya sido opuesta, es necesario complementarla con el título o títulos del causante, e inclusive de los antecesores, hasta comprender un tiempo mayor que la posesión del demandado.

"La prueba del dominio sobre los bienes adjudicados, como la prueba del dominio en general, es relativa, puede bastar la hijuela, o requerir el complemento del título del causante: a) Es suficiente la hijuela en litigios entre los mismos coherederos o copartícipes, o sus causahabientes; y b) Lo es también en controversias con terceros en que se oponga a la hijuela un título posterior, o una posesión iniciada posteriormente a la adjudicación o partición, a menos que la posesión hubiese configurado el modo de usucapión; mas no así si el título que se le opone es anterior, caso en el cual es necesario aducir el título del causante, y aún otros según el caso". (LXXXI, 512; XLIX, 313; CXVII, 264).

El Tribunal, conforme a los apartes de su fallo que se han transcrito, dio por demostrado el dominio actual de Boquerón y Bubeta en cabeza de los demandantes con las hijuelas de las adjudicaciones que se les hicieron en las sucesiones de Paredes y Giraldo, una vez que en tales actos aparece que la totalidad del predio en cuestión les fue adjudicado a los demandantes.

Y agrega que la tradición anterior sobre dicho inmueble singularizado, se comprobó por un lapso de 50 años hacia atrás, con las otras cuatro escrituras públicas (números 215 de 1906, 96 de 1908 y 240 de 1908 de la Notaría de Convención; y 6 de 1931 de la Notaría de La Gloria) y también con el certificado de propiedad y libertad número 270 acompañados a la demanda. Sin embargo, ninguno de estos últimos documentos, como se desprende de su simple lectura, hace referencia a la enajenación de la totalidad de la finca o una cuota determinada de ella. En todos ellos aparecen ventas de "derechos y acciones" sobre el predio, sin precisar o determinar la cuota de tales derechos en relación con todo el inmueble.

Es por tanto ostensible el error de hecho del sentenciador al ver en esos documentos la tradición completa de Boquerón y Bubeta, siendo así que ellos solo mencionan transferencias de indeterminados "derechos y acciones" en ese predio.

Una tradición que, en verdad y no como equivocadamente lo aceptó el Tribunal, arranca de indeterminados "derechos y acciones" sobre un cuerpo cierto, no puede llegar a ser prueba del dominio de la totalidad del bien, a menos que estuviera demostrado que todos *los derechos sobre el mismo hubieran sido adquiridos por el actual propietario.* Al no ser esto así, el título de los antecesores o causantes de los esposos Marulanda, no ha llegado a configurarse, y por tanto la propiedad en cabeza de éstos últimos, en armonía con las doctrinas de la Corte a que se hizo referencia, solo resulta de 1961 en adelante.

Es pertinente para el caso reproducir la doctrina de la Corte que dice: "Es evidente como lo afirma el recurso, que el precitado instrumento público, registrado como queda dicho, en manera alguna demuestra la adquisición del derecho de condominio por Roberto Delgado sobre ninguno de los bienes relacionados por sus sucesores en el pedimento primero de la demanda formulada en este juicio y en la cual éllos piden la declaración de tal derecho. El dominio o pro-

piedad es un derecho real que necesariamente tiene que recaer sobre cosas determinadas (arts. 665, 669 y 670). Por tanto, solamente pueden ser contratos traslaticios del mismo los que, cumpliendo la exigencia general del artículo 1518, determinen las cosas que son materia de ellos, en cuanto a la naturaleza y cantidad de estas, en forma tal que la obligación u obligaciones de dar que dichos contratos generan puedan ser cumplidas mediante la tradición de esas cosas. En punto del dominio inmobiliario, que es el que interesa para los efectos del presente recurso, comoquiera que éste se reduce a la impugnación del pronunciamiento del Tribunal respecto de la declaración de copropiedad de los actores en la finca 'Páramo del Verjón' o 'Nuevo Edén', la aludida exigencia legal se traduce en precisas e ineludibles reglamentaciones concretas. Si la cosa se pretende trasferir total o parcialmente como cuerpo cierto, ella o la porción de que se trate debe determinarse en la escritura de rigor, en la forma prescrita en el inciso 2º del artículo 2594 del Código Civil que reza: 'Las cosas y las cantidades serán determinadas de una manera inequívoca, y si el instrumento se tratare principal o accesoriamente de inmuebles, se pondrá constacia de la situación de éstos, y de sus linderos, expresándose si el inmueble fuere rural, su nombre y el distrito o distritos de la situación; y si urbano, además, la calle en que estuviere situado, y el número del inmueble si lo tuviere'. Si la venta se refiere solamente a una cuota del dominio radicada en cierto inmueble, obviamente es necesario determinar en la escritura respectiva dicha cuota como fracción precisa en la totalidad del derecho, como también por mandato del inciso 3º del citado artículo 2594 debe singularizarse el inmueble en que aquella está radicada con las mismas indicaciones prescritas para la hipótesis anterior''.

Conclúyese de todo lo expuesto que el Tribunal incurrió en ostensible error de hecho al apreciar las escrituras mencionadas por cuanto vio en esos documentos como si configurasen títulos translaticios de dominio por más de 50 años contados desde 1961 hacia atrás sobre cuerpo cierto, cuando en realiad ellos se refieren a la enajenación de derechos indeterminados sobre la finca, dentro de la cual se encuentra el terreno materia de la reivindicación.

Este error llevó al Tribunal a considerar que estaba demostrado el derecho de dominio en cabeza de los demandantes, agregado al de sus antecesores, desde época anterior al comienzo de la posesión que el mismo fallo reconoce en cabeza del demandado, posesión que el Tribunal señala como iniciada personalmente por Cañizares en 1958, ''fecha desde la cual los esposos Marulanda Ramírez dejaron de poseer''.

En estas condiciones y al aplicar el propio ejemplo sobre reivindicación que trae la sentencia impugnada, o sea que B reivindica con un título posterior a la posesión de A, caso en el cual éste último debe triunfar, la decisión del sentenciador de segunda instancia ha debido ser la absolución de Cañizares. Al no proveer así, el Tribunal, en forma indirecta y a consecuencia del comentado error de hecho, infringió por indebida aplicación las normas sustanciales enunciadas en el cargo, por cuanto accedió a decretar, con todas sus consecuencias, una reivindicación sobre cuerpo cierto, sin prueba del principal elemento axiológico de esta acción, o sea sin que los demandantes hubieran acreditado frente al poseedor demandado, el pretendido derecho de dominio de ellos y de sus causantes, anterior a la posesión de aquél, sobre el cuerpo cierto en litigio.

Concluyése de todo lo expuesto que el cargo está llamado a prosperar.

Sentencia de reemplazo.

Como quedó visto, no se configura el primer elemento de la acción reivindicatoria, o sea que los demandantes son propietarios del bien reivindicado enfrente a la posesión anterior del demandado.

La ausencia de este principal requisito de la acción implica, no acceder a las súplicas de la demanda de instancia, sin que, por tanto, sea necesario entrar al estudio de las excepciones propuestas por el demandado, motivo que implica reformar la sentencia de primer grado una vez que las excepciones allí reconocidas no fueron invocadas en forma autónoma, como lo hubiera sido en caso de demanda de reconvención, sino simplemente en la contestación de la demanda.

Por tanto, al casar el fallo acusado y reformar el de primera instancia, se resolverá sobre las peticiones de la demanda en el sentido de negarlas y de absolver, consecuencialmente, al demandado.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoriad de la ley, *casa* la sentencia de segunda instancia proferida el 15

de diciembre de 1967 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de El Banco en este proceso ordinario de reivindicación que Alberto Marulanda Grillo y Cecilia Ramírez de Marulanda entablaron contra Miguel Angel Cañizares, y como juzgador de instancia, revoca la de primer grado, para reformarla, y en su lugar,

Resuelve:

No se accede a decretar las súplicas de la demanda y por tanto se absuelve al demandado.

Las costas de las dos instancias son a cargo de los demandantes.

Sin costas en el recurso de casación.

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

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

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario

NULIDAD

Mandato oculto, sin representación.—Incongruencia.—El artículo 2194 no es norma sustancial.—Confesión judicial.—Prueba documental presentada en inspección ocular.

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

(Proyecto elaborado por el doctor Ernesto Gamboa Alvarez).

Decide la Corte el doble recurso de casación interpuesto por el demandante y uno de los demandados contra la sentencia del 23 de enero de 1968 que dictó el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el proceso ordinario de Francisco González Gamboa contra José Vicente Fajardo Téllez y otros.

El litigio.

Expresa la demanda inicial del pleito que: mediante escritura 659 del 1º de junio de 1953 de la Notaría Primera de Tunja, Nepomuceno Matallana vendió a José Vicente Fajardo Téllez la finca denominada "La Regadera" en jurisdicción del Municipio de Usme, cuyos linderos y extensión aparecen debidamente especificados; aun cuando Fajardo compareció en dicho instrumento como comprador en nombre propio, la realidad es que lo hizo como mandatario de Francisco González Gamboa, pues éste fue quien pagó a Matallana la totalidad del precio, los recibos los extendió el vendedor a favor de González, Fajardo nunca incluyó ni la propiedad ni el saldo insoluto de su precio en sus declaraciones de renta y patrimonio, González siempre tuvo la finca en su poder a partir de la compra sin reconocer dominio ajeno y además hizo todas las gestiones para legalizar el levantamiento de embargos, demandas e hipotecas que pesaban sobre la finca y, en fin, siempre obró como verdadero adquirente y comprador de ella; no obstante, Fajardo procedió a vender la mitad de la finca a Policarpo Ulloa Caicedo, quien a su vez la traspasó a Horacio Ulloa Fajardo, siendo así que no sólo Fajardo sino los Ulloa, unidos todos por estrecho parentesco, sabían que en la escritura que Matallana le hizo a Fajardo éste realmente obró como mandatario de González, quien cuando se enteró de que Fajardo había vendido la mitad de la finca le hizo el reclamo correspondiente, en cuya virtud Fajardo procedió a entablar proceso de nulidad contra los Ulloa para obtener la anulación de las escrituras de venta y poder hacerle el traspaso a su mandante González; entretanto Horacio Ulloa se apoderó de algunas de las mejoras de la finca, a sabiendas de que González era el verdadero dueño de ésta.

Con base en las afirmaciones que así se sintetizan, Francisco González Gamboa entabló proceso ordinario contra José Vicente Fajardo Téllez, Policarpo Ulloa Caicedo y Horacio Ulloa Fajardo, ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bogotá, con el fin de obtener las siguientes declaraciones y condenas:

Que José Vicente Fajardo, al comprarle a Nepomuceno Matallana la mencionada finca mediante escritura 659 del 1º de junio de 1953 de la Notaría Primera de Tunja, obró como mandatario sin representación de Francisco González y en ejercicio de la autorización que el artículo 2177 del Código Civil concede al mandatario para obrar en su propio nombre; que, en consecuencia, dicha venta fue de Matallana para González, siendo el predio en cuestión de propiedad exclusiva de éste y careciendo de "valor legal" la venta que de la mitad de dicha finca hizo Fajardo a Policarpo Ulloa Caicedo mediante escritura 143 del 8 de junio de 1957 de la Notaría de Puente Nacional, registrada apenas el 17 de octubre de 1960, entre otras razones porque Ulloa sabía que Fajardo era simple mandatario de González; en subsidio de esta petición, que tal venta es "nula de nulidad absoluta, por ser objeto ilícito, la materia del contrato de compraventa"; que como consecuencia "carece

de valor legal'' la venta que de su derecho en la finca hizo Policarpo Ulloa a su hijo Horacio Ulloa Fajardo, que consta en la escritura 3460 del 22 de noviembre de 1960 de la Notaría Sexta de Bogotá; que José Vicente Fajardo, Policarpo y Horacio Ulloa, deben entregar a González el referido inmueble dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria del fallo respectivo, junto con el valor de sus frutos naturales y civiles percibidos o que con mediana diligencia hubieran podido percibir, desde el día en que tomaron el predio hasta el día en que lo entreguen; y que se oficie al Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Bogotá para que en relación con la citada finca, anote el dominio de ésta a favor de González y cancele el registro de propiedad de los demandados.

Fajardo contestó la demanda oponiéndose, negando la mayoría de los hechos y diciendo que en ella se ejerce una acción de simulación relativa del contrato de compraventa contenido en la escritura 659, simulación que no solamente fue conocida por el vendedor Matallana sino en la cual éste tuvo parte como simulante vendedor; que tal circunstancia implica citar a Matallana al presente juicio; que por no haber sido esto pedido por González, debe traducirse en un fallo que reconozca las siguientes excepciones de carácter temporal: ''ineptitud sustantiva de la demanda, petición de modo indebido e ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada'' pues ''debe producirse un fallo inhibitorio, por falta del presupuesto procesal de legitimación para comparecer al proceso los demandados citados con prescindencia del doctor Matallana''.

Policarpo y Horacio Ulloa, en su contestación, también se opusieron a la demanda y negaron casi todos los hechos en que fue sustentada. Especialmente mencionaron que cuando Fajardo compró ''La Regadera'' a Matallana no lo hizo como testaferro, cuestión que al menos no aparece de la escritura 659, cuya pretendida ''simulación'' jamás podría perjudicarlos en su carácter de terceros, sin que la declaratoria solicitada por González de que Fajardo fue su mandatario en tal instrumento pueda servir para declarar ineficaces las escrituras 143 de 1957 y 3460 de 1960, por las cuales Fajardo vendió a Policarpo Ulloa la mitad de la finca, mitad que luego éste transfirió a su hijo Horacio. Además, propusieron como excepciones perentorias las que denominaron ''ilegitimidad de la personería del demandante o falta de legitimación en causa, por carecer de dominio, y petición de modo indebido''.

Fajardo en su debida oportunidad, formuló demanda de reconvención contra González, con base en los hechos que así se resumen:

1. Mediante la citada escritura 659 de 1953, Fajardo adquirió de Matallana la propiedad de la finca ''La Regadera'' que a la sazón estaba en poder de Francisco González y quien, no obstante conocer cabalmente la enajenación efectuada por Matallana a Fajardo, se negó a entregarla al comprador alegando derecho de retención por varias mejoras, pero luego y en razón de que Fajardo le reconoció expresamente la propiedad de éstas, aceptó suscribir en 1960 un contrato de arrendamiento por cinco años y devolver la finca a la expiración del plazo, siempre y cuando que conforme a dicho contrato le fueron pagadas por el dueño tales mejoras ''según justo precio fijado de común acuerdo, si es posible, y de no, por peritos nombrados por la justicia ordinaria''.

2. Fajardo, al suscribir ese contrato de arrendamiento, ''actuó sin pleno conocimiento de la realidad de las cosas, inducido por el dolo o engaño de González. Porque tales mejoras ni existen en la realidad, ni mucho menos pertenecen o fueron establecidas por este señor''.

3. Un año después de suscrito dicho contrato, González ''completó sus maquinaciones y proceder doloso'' logrando de Fajardo que por escritura 525 del 30 de diciembre de 1961 de la Notaría de Puente Nacional, aún no registrada, dejara establecido que se cancelaba el contrato de arrendamiento; que en pago de las referidas mejoras, valoradas en $ 50.000, Fajardo enajenaba a González la mitad proindiviso de la finca con excepción de unas pocas hectáreas; y que no obstante la cancelación del contrato de arrendamiento, el arrendatario quedaba con los derechos de tal, o sea ''subsistente con respecto a la otra mitad de la finca en cuanto al mero arrendamiento para la efectividad en esa mitad de los derechos del arrendatario frente a terceros''.

4. De las supuestas mejoras que Fajardo le reconoció a González, forman partes unas obras de relleno hechas con basuras llevadas allí por ''el aseo del Municipio de Bogotá'' que, por tanto, nada le costaron al arrendatario, de tal suerte que las únicas mejoras a que tenía derecho no valían más de $ 10.000; y que consecuencialmente la dación en pago de que trata la escritura 525 está afectada de lesión enorme, escritura que, no obstante estar sin registrar entre otros motivos, por la existencia de este juicio, le ha permitido a González retener pro-

indiviso lo que se le dio en pago, en desarrollo de sus "maquinaciones dolosas tendientes en últimas a hacerse dueño de la mayor parte de la finca" pues además con su actitud al haber entablado dicho juicio ordinario, pretende impedir que Fajardo "se resarza de los perjuicios que le causó el dolo" y persigue "despojarlo de su derecho de propiedad respecto a ese inmueble, que legítimamente le pertenece", fines protervos de González que han obligado a Fajardo a oponerse a la demanda de aquél y a instaurar "esta de reconvención, que en últimas, pretende evitar un enriquecimiento injusto de Francisco González Gamboa con la vigencia del contrato de compraventa o dación en pago relacionado, si es que no se reconoce el dolo o lesión enorme de que está afecto".

Todos esos hechos que en forma muy extensa contiene la demanda de reconvención, sirven a Fajardo como sustento de cinco súplicas principales y dos subsidiarias para cuya mejor comprensión se hace preciso transcribirlas:

"A) Que pertenece en dominio o es propiedad de José Vicente Fajardo Téllez la finca "La Regadera" de que trata la petición *'primera'* de la demanda principal, en su mitad in genere o proindiviso que el mismo dijo vender o dar en pago a Francisco González Gamboa por escritura 525 de 30 de diciembre de 1961, corrida en la Notaría de Puente Nacional.

"B) Que por lo mismo, y a motivo (sic) del dolo de que tratan los hechos 3º y 4º de la demanda (la de reconvención), son nulos los contratos de arrendamiento y reconocimiento de la existencia de mejoras, y de venta o dación en pago por el precio de estas mismas mejoras, indicados en los mismos hechos.

"C) Que por virtud de la declaración de nulidad de que trata el punto 'B', las cosas vuelven al estado en que se hallaban antes de celebrarse dichos contratos; debiendo, en consecuencia, Francisco González restituír a José Vicente Téllez (sic), lo que a título de comunero y por razón de la escritura pública 525 de 30 de diciembre de 1961 contentiva del contrato nulo de venta o dación en pago retiene o posee en la finca 'La Regadera', dentro de sus linderos generales indicados, o sean, los mismos que se indican en dicha escritura en la petición *'primera'* de la demanda principal; y cuya restitución, previo pago de las mejoras a que tenga derecho, por parte de éste a aquél, deberá hacerse dentro de los tres días siguientes a dicho pago, y ejecutoriada que se halle la sentencia que decida el presente juicio.

"D) Que José Vicente Fajardo Téllez al hacer el pago de las mejoras tiene derecho a compensar en todo o en parte, lo que por razón de este juicio le salga a deber a Francisco González Gamboa; inclusive por frutos naturales o civiles, o su valor, que González debe también restituir o pagar, en la cuantía que se demuestre en el juicio, considerado como poseedor de mala fe, a partir del 1º de julio del año de 1953.

"E) Que las mejoras a que tiene derecho Francisco González, y su valor, no es sino lo que se acredite dentro del juicio por el mismo. O la suma de diez mil pesos ($ 10.000) que por concepto de tales mejoras está listo a reconocerle mi poderdante.

"Acciones subsidiarias:

"Primera acción subsidiaria. Que en subsidio de todo lo anterior (puntos 'A' a 'E'), se falle la rescisión por lesión enorme del contrato de venta o dación en pago contenido en la escritura 525 de 30 de diciembre de 1961, por lo expuesto en el hecho '6º' de esta demanda de reconvención, vale decir, valer más del doble lo que José Vicente Fajardo Téllez, vendió, dio en pago o permutó, según ese contrato, a Francisco González, respecto a lo que éste, en realidad, pagó como precio, o entregó, según ese contrato, a aquél.

"Que decretada y consentida por el demandado esta acción, si no opta por ejercitar el derecho que le otorga el artículo 1948 del Código Civil, éste deberá restituir la finca 'La Regadera', o lo que retiene en común de la misma, por los linderos generales relatados en la escritura 525, tantas veces indicada debiendo el demandante o vendedor, por su parte, cumplir las mutuas prestaciones a que está obligado según ley.

"Segunda acción subsidiaria. Para el caso de considerarse que mi poderdante carece de derecho para ejercitar las peticiones principales y la subsidiaria sobre rescisión por lesión enorme, entonces se condene al demandado, habida cuenta de que el valor de las mejoras que él hizo en la finca 'La Regadera' es de diez mil pesos ($ 10.000), o la suma que se acredite pericialmente en este juicio, a restituírle a mi poderdante el mayor valor que recibió como precio o indemnización de tales mejoras, al haber dádosele en pago por ellas la mitad de la finca 'La Regadera' de acuerdo a la escritura 525 de 30 de diciembre de 1961; mayor valor o exceso de indemnización o precio, con el cual, por lo tanto se enriqueció injustamente Francisco Gon-

zález Gamboa; para lo cual debe tenerse en cuenta el avalúo que en este juicio, pericialmente, debe hacerse del mero inmueble —sin las mejoras— que el demandado adquirió en razón de tal escritura, y en la fecha de la misma".

González dio respuesta a la contrademanda negando todos los hechos y, en confirmación de que Fajardo fue su mandatario cuando figuró como comprador de Matallana, puso de presente un documento privado extendido el mismo día que la escritura 525, mediante el cual Fajardo hace referencia al proceso que entabló contra los Ulloa para obtener la nulidad de la escritura 143 y se obliga a hacer donación de sus derechos litigiosos en ese pleito, a los menores Francisco Armando, Doris Amparo y Wilma Edy González Ulloa, hijos legítimos de Francisco González, documento que, unido a la citada escritura 525, corrobora la obligación de Fajardo de devolver a González la finca que, a nombre de éste pero sin su representación, adquirió de Matallana.

El trámite de la primera instancia culminó con sentencia del 5 de marzo de 1966 del Juzgado 14 Civil Municipal de Bogotá, cuya parte resolutiva dispuso:

"*Primero.* Declárase que el señor José Vicente Fajardo Téllez, al comprar mediante la escritura pública número 659 de fecha primero de junio de mil novecientos cincuenta y tres, al señor Nepomuceno Matallana M. el inmueble denominado 'La Regadera', situado en la vereda de Yomasa, jurisdicción del Municipio de Usme y alinderado (sic) como se expresa en la parte motiva de esta providencia y en la demanda, obró como mandatario del señor Francisco González, en ejercicio de la autorización que el artículo 2177 del Código Civil concede al mandatario para obrar en su propio nombre.

"*Segundo.* En consecuencia, declárase que la venta contenida en la escritura pública número 659 de primero de junio de mil novecientos cincuenta y tres, respecto de la finca 'La Regadera', alinderada (sic) como se expresó anteriormente, fue efectuada por el señor Nepomuceno Matallana M. como vendedor en favor del señor Francisco González G. como comprador.

"*Tercero.* Niégase a declarar sin valor legal las ventas contenidas en las escrituras públicas números 143 de 8 de junio de 1957 contentiva de la venta de la mitad de la finca 'La Regadera' efectuada por el señor José Vicente Fajardo Téllez a favor del señor Policarpo Ulloa Caicedo y 3460 de 22 de noviembre de 1960 de la Notaría Sexta de Bogotá contentiva de la venta de la mitad de la finca La Regadera efectuada por Policarpo Ulloa C. en favor de Horacio Ulloa F., por cuanto los compradores señores Policarpo Ulloa Caicedo y Horacio Ulloa Fajardo son terceros de buena fe a quienes no puede afectar la declaratoria contenida en el numeral primero de esta providencia por ser válidos sus títulos de adquisición de dominio.

"*Cuarto.* Líbrese oficio al señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Bogotá, para los fines legales pertinentes a que haya lugar en relación con lo declarado en esta providencia.

"*Quinto.* Niégase la declaratoria de nulidad de la escritura pública número 143 de 8 de junio de 1957 de la Notaría de Puente Nacional, solicitada por el demandante, por las razones expuestas en la parte motiva de este fallo.

"*Sexto.* Niéganse todas y cada una de las peticiones formuladas en la demanda de reconvención presentada por el doctor Leo Nel Chaves Agudelo como apoderado del señor José Vicente Fajardo Téllez por las razones dichas en la parte motiva de esta providencia.

"*Séptimo.* Condénase en costas al demandante en virtud de lo dispuesto en el artículo 210 del Código Judicial e igualmente condénase en costas al señor José Vicente Fajardo Téllez en virtud de que no prosperó la demanda de reconvención y de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia".

El segundo grado se abrió por alzada de demandante y demandados, y quedó cerrado por sentencia del 23 de enero de 1968 que dictó el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y que confirmó lo resuelto por el inferior, fallo contra el cual las partes interpusieron el doble recurso de casación que pasa a decidirse.

Motivaciones de la sentencia del Tribunal.

Después de hacer un recuento de todo el litigio, señala el sentenciador las características generales que individualizan y conforman los fenómenos de simulación, mandato representativo y mandato sin representación, no sin advertir previamente que la inconformidad de las partes con el fallo de primera instancia, edificado sobre la teoría del mandato oculto, consiste en que el demandante afirma que se trata de un mandato aparente que "a nada más puede extenderse que a lo que en él se expresa y cuanto diferente haga, lleva el sello de acto propio del mandatario con sus correlativas y propias

responsabilidades sin ligar a ellas para nada a su mandante''; y en que el demandado alega a su turno que lo que se discute es una simulación relativa en la cual no puede pronunciarse fallo de mérito por no haberse citado a Nepomuceno Matallana por haber sido una de las partes simulantes.

De todo lo anterior establece el Tribunal que como ''en el caso que se estudia la pretensión básica del demandante radica, no propiamente en que se corra el velo que cubre la verdad de lo acontecido para hacer cesar en sus efectos una compraventa inexistente, o para que esa compraventa ceda su lugar a los efectos de un acto jurídico de naturaleza distinta, sino, concretamente, en que se declare que cuando el comprador Fajardo Téllez actuó en ese negocio lo hizo como mandatario suyo, no puede decirse evidentemente que se ha incoado una acción de simulación absoluta o relativa, sino la derivada de una convención de *prestanombre*, o del mandato sin representación que ha acogido la jurisprudencia interpretando el contenido y el alcance del artículo 2177 del Código Civil. Pues si bien es verdad que entre la especie de simulación llamada de 'interposición de personas', y la convención del 'pretenom' existe como elemento común la intervención del 'testaferro', no lo es menos que su participación en cada una de estos casos obedece a propósitos u objetivos diferentes: la interposición de personas lleva consigo un acto aparente y un acto real, como cuando, por ejemplo, la donación hecha al testaferro debe luego éste hacerla al verdadero beneficiario de ella; la convención con el prestanombre, en cambio, no conlleva la dualidad de actos, el ostensible y el oculto, y en ella el testaferro actúa en nombre de su mandante, pero ocultando su verdadera calidad... Y si en este caso pretende el demandante que la justicia declare que cuando el señor Fajardo Téllez suscribió la escritura pública número 659 actuó, no a nombre propio como en ella se expresa, sino por cuenta y riesgo del primero, quien encargó al segundo para comprar la finca 'La Regadera', significa ello que hubo un mandato sin representación y, por ende, que es ésta especificamente la acción instaurada en la demanda principal. Porque, como lo ha dicho la honorable Corte Suprema, 'la acción para hacer efectivo el derecho del mandante en el caso de que el mandatario haya estipulado y adquirido, en su propio nombre y se niegue a transferir el derecho adquirido, es la que concede el artículo 2177 del Código Civil, al autorizar el mandato oculto; nace de la representación misma del contrato y es una acción personal contra el apoderado para que se declare, a través de un adecuado establecimiento probatorio del mandato, que los efectos del contrato le corresponden a él y a él lo benefician exclusivamente. El mandatario que contrata en nombre propio y así obtiene la tradición con la inscripción de su título, adquiere para sí, pero solo mientras no se establezcan plenamente que obró en el ejercicio de su mandato'. (G. J. Nº 2051. Pág. 616)''.

En seguida y sentado ya que la acción instaurada por González es la que emerge del artículo 2177 del Código Civil, pasa la sentencia a estudiar las excepciones propuestas por los demandados, que esencialmente consisten en la falta de citación del vendedor Matallana, y concluye que como no se trata de discutir la seriedad de la compraventa entre éste y Fajardo, sino simplemente que el comprador, como mandatario sin representación, debe cumplir sus obligaciones con su mandante oculto, quien únicamente tiene acción personal contra su apoderado, carecen de razón tales excepciones fundadas en la afirmación de que la relación jurídico-procesal ha debido integrarse con otras personas además del mandante y del prestanombre.

Todo lo anterior lo respalda el Tribunal con abundantes citas y transcripciones doctrinarias y jurisprudenciales.

A continuación, se ocupa el sentenciador del régimen probatorio de la acción entablada, que a su juicio no está sujeta a restricción alguna, pues como se trata de descubrir la verdadera calidad de mandatario del comprador dejando vivo el contrato de compraventa para poner de presente ''la existencia de una autorización secreta, la que generalmente no es expresa sino implícita, y la que, para que el mandato sin representación alcance su natural fin de disimular ante terceros la verdad real, no se plasma en escrito alguno, *deben quedar al alcance de los interesados todos los medios de prueba para llevar al Juez la plena convicción de su ocurrencia*''; además porque ''lo que se busca es la demostración del contrato de mandato el cual es, según nuestro derecho, típicamente consensual y como tal puede otorgarse 'por escritura pública o privada, por cartas, verbalmente o de cualquier otro modo inteligible, y aún por la aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra'. (Art. 2149 C. C.)''.

Entrando ya al campo probatorio y al detallado análisis de los medios de convicción que obran en el proceso, el Tribunal encuentra que el mandato está demostrado no solo por confesión ju-

dicial de Fajardo, consistente en la manifestación que hizo ante el Juzgado 23 de Instrucción Criminal, oportunamente ratificada, sino mediante los convincentes indicios que se desprenden de las siguientes circunstancias plenamente demostradas, a saber:

a) los numerosos recibos que Matallana expidió a González en 1953, 1954 y 1955 por varias sumas de dinero, en los cuales se hace expresa referencia como causa de los pagos mencionados en esos documentos, al contrato de compraventa de la finca "La Regadera" contenido en la escritura 659 de 1953 y que hacen presumir que quien realmente pagó el precio y adquirió la finca fue Francisco González;

b) los recibos similares suscritos a favor de González por Siervo Castro Páez, apoderado general de Matallana debidamente autorizados según consta en la escritura 590 de 1952 de la Notaría Primera de Tunja, que confirman la anterior apreciación;

c) la numerosa correspondencia dirigida desde Tunja por Matallana a González en el lapso de 1953 a 1956, reclamando el pago de las cuotas insolutas del precio de "La Regadera", que refuerzan la convicción del sentenciador de que ciertamente Fajardo, al suscribir la escritura 659, no actuó en nombre propio sino a nombre de González en virtud de un mandato oculto previamente conferido;

d) la declaración testimonial debidamente ratificada del apoderado general de Matallana para la época de la negociación en litigio, señor Siervo Castro Páez, quien detalladamente y en presencia de Fajardo recuenta las circunstancias en que se convino con González la compraventa en cuestión, que culminó con la firma de la escritura "por Nepomuceno Matallana como vendedor y por el señor José Vicente Fajardo Téllez, quien está aquí presente —en una diligencia de careo, se nota— en su calidad de que recibía el título haciendo uso de la plena confianza que le daba don Francisco González Gamboa", declaración que menciona varios incidentes posteriores a la mencionada compraventa, relativos a las gestiones que González hizo para obtener de Fajardo la "devolución" del título expresado, a la venta de la mitad de la finca por Fajardo a Policarpo Ulloa, suegro de González, a la negativa de Ulloa de devolverla a González y a la posterior venta de Policarpo a su hijo Horacio Ulloa Fajardo. Este testimonio corrobora, según el Tribunal, que Fajardo, al celebrar con Matallana el contrato de compraventa de "La Regadera", no actuó en su propio nombre sino como mandatario de González;

e) las declaraciones de Georgina Benítez y Guillermo Díaz Benítez, quienes prestaron dinero a González para completar la primera cuota del precio de compra de "La Regadera" y lo acompañaron a Tunja, junto con Siervo Castro como apoderado general de Matallana y con Fajardo Téllez, a quien se le iba a hacer, y efectivamente se le hizo, la escritura de compraventa como persona de confianza de González; testimonios que ratifican plenamente la versión del anterior declarante Castro Páez;

f) la declaración testimonial del capitán Josué Gómez Rojas, quien relata la negociación que hizo con González para explotar en conjunto unos chircales en una parte de "La Regadera", motivo por el cual en una ocasión éste le manifestó delante de varios de sus parientes que, por tener algunas deudas insolutas, había tenido que acudir a Fajardo para que recibiera de Matallana la escritura de compra y que, ante los varios requerimientos que el declarante le hizo a González para formalizar la compañía del chircal, habiéndole prestado dinero en varias ocasiones para el pago a Matallana de las cuotas pendientes del precio, González siempre le había respondido que la finca "tenía una hipoteca que no había podido cubrir y que el señor Fajardo era tío de su señora y que no había cuidado por este aspecto"; declaración que para el Tribunal, conjuntamente con las anteriores, está suficientemente fundada "en razones atendibles, concordes todos en las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que sucedieron los hechos, y armónicos con la manifestación del demandado hecha ante la justicia penal, merecen, siguiendo lo imperado por el artículo 697 del Código Judicial, plena credibilidad por la concreción y sólida fundamentación de sus aserciones, y, por consiguiente vienen también a revelar la existencia del mandato oculto de que estaba investido el señor Fajardo Téllez cuando otorgó en Tunja la tan citada escritura número 659 del 1º de junio de 1953"; y

g) el documento privado suscrito el 30 de diciembre de 1961 entre Fajardo y González, debidamente reconocido, en cuya virtud el primero se obliga a hacer donación a los menores hijos del segundo, de los derechos litigiosos que se desprenden del proceso ordinario sobre nulidad de la escritura 143 de 1957 mediante la cual Fajardo vendió a Policarpo Ulloa la mitad de "La Regadera", documento que "ante la imposibilidad de encontrarle el *ánimus donandi* a la operación allí proyectada, constituye un serio indicio de que con él lo que Fajardo Téllez realmente perseguía era el cumplimiento parcial

de sus obligaciones de mandatario, devolviendo a su mandante el derecho de dominio que sobre el inmueble de marras aparentemente había adquirido".

A más de la confesión de Fajardo, de todas estas pruebas también deduce el Tribunal como evidente la existencia del mandato oculto o sin representación entre González y Fajardo, en cuya virtud compareció aparentemente en su propio nombre, pero en realidad como mandatario de aquél, en la escritura que Matallana otorgó para vender "La Regadera", venta que Fajardo aceptó personalmente en desarrollo del mandato oculto que le otorgó González, y en consecuencia encuentra correcta la declaración judicial que en este sentido hizo el Juez de Primera Instancia, motivo por el cual decide confirmarla.

En seguida analiza el Tribunal los efectos de esta declaración frente a los terceros que con anterioridad a ella negociaron con el prestanombre, y al considerarlos amparados por presunción de buena fe no desvirtuada en el presente caso, concluye que las pretensiones de González en relación con quienes adquirieron de Fajardo no pueden prosperar por cuanto el reconocimiento del mandato oculto no implica la nulidad de las ventas de Fajardo, público adquirente, a Policarpo Ulloa y de éste a su hijo Horacio, compradores para quienes dicho mandato es simple *res inter alies acta*.

Y agrega que como el mandato no fue representativo, es inoficioso estudiar si en relación con terceros fue expedido por el mandatario para declarar con ese motivo la nulidad de los actos de éste, pues en tales condiciones solo subsistirán acciones personales y de tipo indemnizatorio que el comitente pueda tener contra su comisionado por razón de los actos que éste ejecutó excediendo las autorizaciones o instrucciones de aquél, acciones que no tienen alcance contra quienes sin haber sido parte en el oculto contrato de mandato, adquirieron del dueño aparente en su carácter de tal y no de simple apoderado. En cuanto a la reconvención, comoquiera que quedó establecido al resolver sobre la demanda principal que Fajardo, al suscribir la escritura 659, actuó como comprador aparente, teniendo en verdad el carácter de mandatario de González en virtud del encargo secreto que éste le confirió para ese efecto, no accede a la primera súplica de la contrademanda, pues considera que declarar a Fajardo dueño de la mitad del fundo después de haberse establecido que no lo adquirió a título de compra para sí sino para González, sería incurrir en gravísima contradicción que además implicaría cambiar el verdadero beneficiario de la compra.

Y como lógica consecuencia de esta elemental consideración, las demás peticiones del contrademandante tampoco pueden prosperar pues si, ante Fajardo, González es el verdadero propietario del inmueble a partir de 1953, obviamente se hizo dueño de las mejoras allí ejecutadas con posterioridad, así lo hayan sido por él mismo o por persona distinta, pues en ambos casos el hecho material de la agregación se produjo *ipso jure* el efecto propio de la accesión, o sea que el dueño del suelo, pasa a serlo también de lo que le sea agregado. Por esta circunstancia no puede aceptarse que González en 1960, quizá movido por el deseo de continuar ocultando ante terceros su verdadero carácter de propietario para en cambio ostentar una aparente condición de tercero al reclamar mejoras efectuadas por él mismo, hubiera empleado maniobras dolosas para obtener el "consentimiento" de su mandatario oculto, quien necesariamente sabía que el arrendamiento, el reconocimiento de las mejoras y la dación en pago de parte de la finca carecían de causa distinta al cumplimiento parcial del mandato secreto que González le había conferido y cuya existencia ha sido declarada judicialmente.

Agrega el sentenciador, que el dolo como vicio del consentimiento implica la positiva intención de causar *perjuicio* a la persona o propiedad de otro, siendo obvio que tales actos en nada lesionaron a Fajardo ni a su persona, ni mucho menos a su patrimonio, una vez que en verdad la finca la había adquirido González. Idéntico razonamiento obra respecto de la pretendida lesión enorme. Por todos esos motivos, el Tribunal confirma el rechazo que de las súplicas de la reconvención hizo el Juez de primera instancia.

Así, y como conclusión, el Tribunal dispuso mantener en todas sus partes lo resuelto por el inferior.

Las demandas de casación.

Recurso del demandante Francisco González Gamboa: Dos cargos le formula a la sentencia del Tribunal, dentro del marco de las causales primera y segunda, respectivamente, y que en su orden lógico se estudian y deciden así:

Segundo cargo:

Alega en síntesis el recurrente que la sentencia impugnada no está en consonancia con las pretensiones de la acción pues una de estas se

encuentra en las súplicas cuarta y quinta que persiguen la declaratoria de nulidad absoluta del contrato de compraventa entre Fajardo y Policarpo Ulloa contenido en la conocida escritura 143, por adolecer de objeto ilícito, súplicas que al no haber sido acogidas por el Tribunal, colocaron "el caso *sub lite* dentro de la causal de casación invocada en este pasaje de la demanda —la causal segunda, se nota—. El mismo sentenciador, por la omisión anotada, incurrió en error improcedente (sic), vicio de actividad, y no del juicio". Agrega que el Tribunal omitió juzgar un punto comprendido en el tema de la controversia, con defecto en su actividad, pues la sentencia "no fue totalmente absolutoria para la parte demandada", que el artículo 472 del Código Judicial establece que el objeto del procedimiento es hacer efectivos los derechos que reconoce la ley sustantiva y que por ello el juzgador "debe producir decisiones positivas o efectos positivos en sus decisiones", y que "por no haber el sentenciador acatado este mandato que es de tipo imperativo, quebrantó directamente la norma procesal invocada y ello estructura sin lugar a dudas el error improcedente (sic)". Y se extiende a acusar el fallo por violación del artículo 2º de la Ley 50 de 1936 al no haber decretado la nulidad absoluta, siendo que estaba obligado a hacerlo porque había objeto ilícito "que no es otro que la venta de cosa ajena consumada por el demandado Fajardo"; que asimismo quebrantó por aplicación indebida el artículo 2157 del Código Civil pues olvidó que el mandatario debe ceñirse rigurosamente a los términos del mandato, lo que no hizo Fajardo pues al vender la mitad de la finca se extralimitó y "no produjo vinculante alguno para el demandante González Gamboa"; que en consecuencia tal violación llevó al quebrantamiento directo "del artículo 218 (sic) del Código Civil" una vez que Fajardo pretendió imponer obligaciones a su mandante, a sabiendas de que había obrado fuera de los límites del mandato; que igualmente infringió de manera directa el artículo 1871 del Código Civil, pues en el derecho colombiano "quien hace entrega a un comprador de un bien que no está en el patrimonio del vendedor, se escapa de los dominios del Código Civil, para colocarse dentro de las casillas del Código Penal", y que la violación de dicho artículo implicó la de los artículos 740 y 741 del mismo Código que regulan la tradición, pues la facultad descrita en el 740 no la tenía Fajardo "y esto perfila más el ilícito de la venta de cosa ajena", y el 741 fue quebrantado "por cuanto que Fajardo no podía transferir el dominio de la cosa entregada por él a Policarpo Ulloa Caicedo, pues no tenía facultad para ello, ya que su mandato era de ámbito reducido".

Remata la impugnación diciendo que "por el quebrantamiento de los preceptos de la ley sustancial invocado, y a virtud de error improcedendo (sic), por parte del sentenciador, acuso la sentencia".

Considera la Corte:

Es pertinente recordar que la causal segunda opera únicamente cuando en la parte *resolutiva* deja de fallarse alguna de las cuestiones debatidas, se otorga más de lo pedido, se resuelven pretensiones no aducidas, o no se resuelve sobre alguna de las excepciones perentorias alegadas cuando es el caso de hacerlo. "Pero en manera alguna puede invocarse por el hecho de que las peticiones de la demanda hayan sido resueltas desfavorablemente al actor, o de que las conclusiones del fallo no satisfagan, o no estén conformes con las aspiraciones de quien promueve la *litis*, desde el punto de vista del éxito judicial" (LXXVIII, 101).

El motivo de casación alegado por el demandante no autoriza en caso alguno el examen de las consideraciones que sirvieron al sentenciador para sustentar su fallo, ni por ende procede en su planteamiento señalar las disposiciones violadas, pues toda su estructura reposa en la contravención del artículo 471 del Código Judicial, hoy del 305 del Código de Procedimiento Civil.

Y cuando en la parte resolutiva se decide adversamente la demanda, no puede predicarse del fallo que sea incongruente o disonante. El yerro jurídico en que hubiere podido incurrir al respecto deberá ser motivo de ataque con base en la causal primera.

Estos elementales principios del recurso de casación y de su técnica en lo que atañe a la causal segunda, aparecen reiterada y detalladamente consignados en numerosas sentencias de la Corte, cuyo comentario adicional o transcripción no se hacen necesarios. (LII, 21; LXXII, 430; LXXVIII, 882; LXXX, 380 y 711; XCI, 512; entre otras).

Ahora bien: el Tribunal en sus motivaciones analizó ampliamente las súplicas 4ª y 5ª de la demanda de González en el acápite de su fallo intitulado "El reconocimiento del mandato oculto y los efectos de la declaración judicial ante terceros" para concluir expresamente, de todo lo dicho, que "la pretensión del demandante principal consistente en que, como consecuencia

del reconocimiento del mandato oculto se invaliden las escrituras números 143 y 3460 de 8 de junio de 1957 y 22 de noviembre de 1960, otorgadas en la Notaría de Puente Nacional y Sexta de Bogotá, respectivamente, mediante las cuales Fajardo Téllez vendió a Policarpo Ulloa Caicedo la mitad del fundo 'La Regadera', por la primera; y éste a su hijo Horacio Ulloa Fajardo, la misma mitad de ese predio, por la segunda, no puede alcanzar prosperidad". Y en la parte resolutiva, que confirma en su totalidad la decisión del Juzgado de Primera Instancia, quedó expresamente establecida la negativa "a declarar sin valor legal las ventas contenidas en las escrituras públicas números 143 de 8 de junio de 1957 contentiva de la venta de la mitad de la finca 'La Regadera' efectuada por el señor José Vicente Fajardo Téllez en favor del señor Policarpo Ulloa Caicedo y 3460 de 22 de noviembre de 1960 de la Notaría Sexta de Bogotá contentiva de la venta de la mitad de la finca La Regadera efectuada por Policarpo Ulloa C. en favor de Horacio Ulloa F., por cuanto los compradores señores Policarpo Ulloa Caicedo y Horacio Ulloa Fajardo son terceros de buena fe a quienes no puede afectar la declaratoria contenida en el numeral primero de esta providencia por ser válidos sus títulos de adquisición de dominio".

Síguese de lo expuesto que ninguna incongruencia existe entre la decisión anterior y las súplicas 4ª y 5ª de la demanda de González.

Cosa distinta es que el demandante no comparta las motivaciones del sentenciador a este respecto y que, con marcada ausencia de técnica, en el ámbito de la causal segunda les formule impertinente reparo de quebrantamiento de diversas normas sustanciales, propio más para motivar impugnación por la causal primera.

Es suficiente lo dicho para concluir que el cargo no prospera.

Primer cargo:

En su deshilvanado escrito el impugnante hace consistir este cargo en haber interpretado el Tribunal erróneamente la demanda "al negarse a hacer las declaraciones de nulidad pedidas en las súplicas jurídicamente procedentes" (4ª, 5ª, 6ª y 7ª, se nota), para quebrantar así y de manera directa el artículo 2º de la Ley 50 de 1936 una vez que, inclusive de oficio, estaba obligado a decretar la nulidad absoluta de que tratan los pedimentos 4º, 5º y 6º del libelo. Agrega que también fue infringido la manera directa el artículo 2157 del Código Civil, pues en el caso de autos "el mandatario fue más allá de los términos del mandato, vendiendo lo que no estaba autorizado por su mandante para ser vendido" y que dicha norma imperativa fue desconocida por el sentenciador so pretexto de la buena fe de los Ulloa, olvidando que "esa buena fe no es unilateral sino que debió predicarla del vendedor Fajardo Téllez". Expone que asimismo se quebrantó directamente el artículo 2186 del Código Civil "por cuanto a que hizo gravitar sobre el mandante González Gamboa, obligaciones que su mandatario, saliéndose de los límites del mandato, constituyó por su propia determinación, sin paramientes (sic) en la buena fe que estaba obligado a observar". Y concluye, respecto a la súplica 5ª, que como subsidiaria de la 4ª pide la nulidad absoluta por objeto ilícito de la compraventa contenida en la escritura 143, que el sentenciador no entró al "fondo profundo" de esta petición y no quiso aceptar que Fajardo había vendido cosa ajena, de donde arranca la imputada ilicitud, pues la noción de buena fe implica que Fajardo no podía vender lo ajeno, y que por tanto es nula la venta y tradición de lo que no tenía.

Considera la Corte:

Aun cuando el impugnante, con desconocimiento del precepto que contenía el artículo 63 del Decreto 528 de 1964, no menciona expresamente la causal en que quiere apoyarse para solicitar la infirmación del fallo, la Corte con criterio de amplitud considera que la causal invocada es la primera, una vez que el censor en el cargo anterior, bastante similar en su planteamiento al que en esta ocasión se decide, dijo sustentarse en la segunda, y que ahora anuncia infracción directa de normas sustanciales.

Es procedente recordar que la interpretación de la demanda es cuestión de hecho que corresponde al sentenciador y que, en el supuesto de ser errónea, no es susceptible de producir violación directa, sino indirecta, de los preceptos sustanciales, caso en el cual el impugnante debe además señalar la clase de error —de hecho o de derecho— en que se hubiere incurrido, cuestión o planteamiento cardinal que está ausente de la censura en estudio.

La falta de este señalamiento impide a la Corte estudiar cuál de las modalidades de la infracción indirecta hubiera querido hacer valer el impugnante, lo que implica el rechazo del cargo, máxime si la censura ni siquiera menciona encaminarse por la vía indirecta.

Y en cuanto a que la infracción directa de normas sustanciales la derive el impugnante de pretender variar la calificación de terceros de buena fe que el Tribunal hizo respecto a Policarpo y Horacio Ulloa, es ésta una apreciación fáctica del sentenciador que para ser rectificada con trascendencia en casación, deberá ser objeto de ataque por vía indirecta mediante comprobación de error manifiesto de hecho, o de error de derecho, en la apreciación de las pruebas que sirvieron al Tribunal para calificar, en ejercicio de la discrecional facultad que al respecto le asiste como sentenciador de mérito, la buena o mala fe de una de las partes.

Por todo lo expuesto el cargo se rechaza.

Recurso del demandado José Vicente Fajardo Téllez.

Ocho cargos, todos dentro del ámbito de la causal primera, formula el demandado Fajardo a la sentencia del Tribunal, así:

Primero. Expone la censura que, como el contrato en discusión es múltiple y no únicamente de compraventa existe ineludiblemente un litis consorcio necesario y que la sentencia, al declararlo "sin valor" y "ordenar cancelar el registro de la escritura que lo contiene", interpretó la demanda incurriendo en error de hecho pues vio en ella el ejercicio de una acción del mandante contra el mandatario, siendo en realidad una acción de simulación relativa, pues como González afirma que hizo el convenio con Matallana y le escribió cartas diciéndole que ha hecho figurar a Fajardo en la escritura, la simulación se pactó entre estas tres personas. Este error llevó indirectamente al Tribunal a quebrantar los artículos 2177 y 2146 del Código Civil por aplicación indebida; el 1766 *ibídem* por falta de aplicación; y el 343 del Código Judicial también por la misma causa, pues la acción no se dirigió contra todos los que fraguaron la simulación, deficiencia que ha debido, como excepción perentoria de carácter temporal, traducirse en un fallo inhibitorio.

Considera la Corte:

El error de hecho del sentenciador de instancia en la interpretación de la demanda debe ser *ostensible* para que abra la puerta en casación al estudio de la consecuencial violación indirecta de normas sustanciales que sea alegada.

Ello implica que el impugnante está obligado a señalar y demostrar con exactitud en dónde reposa la contraevidencia de la apreciación que el Tribunal hizo de la demanda.

La ausencia de este preciso señalamiento en el cargo que se estudia, impide a la Corte recorrer por propia iniciativa todo el campo probatorio en busca del alegado error de hecho, por no ser la casación una instancia adicional.

Es lo anterior suficiente para desechar la impugnación.

Súmase a lo dicho que la primera súplica de la demanda principal claramente hace relación a la figura del mandato sin representación de que trata el artículo 2177 del C. C. y no, en parte alguna, al fenómeno de la simulación. Luego no hay contraevidencia en la demanda cuando el Tribunal la aprecia en el sentido de que la acción ejercida es la proveniente del artículo citado y no la resultante del fenómeno de la simulación. Por ello, concluyó el sentenciador que no era necesario integrar la litis en consorcio con el vendedor Matallana.

Por último debe observarse que son inexactas las aseveraciones del censor consistentes en que el fallo acusado declaró "sin valor" el contrato de venta de Matallana a Fajardo y que ordenó "cancelar el registro de la escritura que lo contiene", pues la resolución del *a quo,* confirmada por el Tribunal, sin negarle valor al citado contrato, dispuso cosa bien distinta, o sea que en verdad la compra la había efectuado Fajardo como mandatario de González y que por tanto éste era el verdadero comprador, sin ordenar cancelación alguna del registro de la escritura en cuestión.

Conclúyese de lo expuesto que el cargo no prospera.

Segundo. Dice el censor que aun cuando en principio existe libertad probatoria para demostrar que el comprador obró como mandatario sin representación, esa libertad la restringía el artículo 91 de la Ley 153 de 1887 cuando el valor del acto jurídico o de la obligación que de él se derivaba era mayor de quinientos pesos y por tanto, para probar el mandato oculto en la compraventa regía esa restricción, no obstante lo cual el Tribunal estimó apto cualquier medio probatorio de los que contemplaba al Título XVII del Libro 2º del Código Judicial lo que implica un error de su parte en cuya virtud quebrantó "el artículo 1249 (sic) del Código Civil" por interpretarlo dándole un alcance jurídico que no tiene, pues para demostrar el mandato oculto que se alega destruyendo el supuesto probatorio contenido en instrumento notarial, "sólo es aceptable otra prueba de tanta validez o de contextura como la que representa el mismo instrumento notarial a saber: la contraescritura, la confesión judicial de quien se sindica haber ac-

tuado en propio nombre pero por encargo de mandante oculto, o principio de prueba por escrito completado por prueba testimonial o cualquier otra prueba indiciaria", y no "con simple prueba testimonial" como lo hizo el sentenciador, con violación de la ley sustancial indicada, directamente o por haberla interpretado dándole un alcance que no tiene. Concluye que de no haber cometido ese error el Tribunal, no hubiera tenido por demostrado el mandato oculto.

La Corte considera:

Por tratarse de un cargo enmarcado dentro de la causal primera, vale recordar que en este caso siempre ha de plantearse por violación de normas sustanciales.

El artículo 2149 del Código Civil, única norma que el impugnante señala como infringida, no tiene carácter sustancial, pues se limita a indicar las varias formas en que puede hacerse el encargo objeto del mandato.

Además, como el meollo de la censura se hace consistir en que para dar por demostrado el mandante oculto solo era aceptable prueba distinta de la simple testimonial que, según el impugnante, sirvió al Tribunal para tal demostración, el ataque ha debido formularse por vía indirecta, y no por "violación de la ley sustancial indicada, directamente o por haberla interpretado dándole un alcance que no tiene".

Por último, a los anteriores defectos de técnica que se notan en la impugnación, y que de por sí son bastantes para desechar el cargo, no sobra advertir que el Tribunal, tomó pie no solamente en la prueba testimonial, para tener por demostrado el mandato oculto, sino además en la confesión judicial del mandatario demandado, como se desprende sin mayor esfuerzo del siguiente paso del fallo: "Por tanto, aún aceptando el aserto del demandado de que no hay *confesión judicial, que, como adelante se verá sí existe en este proceso,* las demás pruebas en él practicadas demuestran de manera inequívoca que cuando Fajardo Téllez otorgó como comprador la escritura número 659, del 1º de junio de 1953, no actuó en su nombre propio sino por encargo secreto de Francisco González. En efecto: ...a) Está, en primer lugar, la manifestación del demandado José Vicente Fajardo hecha ante el Juzgado Veintitrés de Instrucción Criminal, ratificada luego dentro de este proceso por lo cual adquirió la categoría de *confesión judicial,* y por tanto pleno mérito probatorio...". (Subraya la Corte).

Desaparece así la principal motivación de la censura y, por tanto, el cargo se rechaza.

Tercero, cuarto y séptimo cargos.

Por razones de método se estudian y deciden conjuntamente, así:

Tercero. El impugnante alega que el Tribunal incurrió en error de derecho, con violación medio de los artículos 604, 608, 609 y 693 del Código Judicial, al haber aceptado como confesión judicial de Fajardo la manifestación que le hizo a Siervo Castro en el curso de una diligencia de careo, que para el censor no constituye confesión por haberse obtenido en un proceso diferente y a solicitud de una persona distinta del demandante González, condiciones en las cuales no se puede presumir el *animus confitendi* una vez que Fajardo *no respondió a preguntas* de González sino de Siervo Castro. Además, agrega, Fajardo no ratificó su declaración como equivocadamente lo dice el Tribunal, pues en las posiciones que absolvió en el juicio y en la pretendida diligencia de ratificación, es terminante en manifestar que *no se ratifica* y que *no es cierto* lo que a él se le hace decir en la copia traída del proceso penal. Este error de derecho condujo indirectamente al Tribunal a violar los artículos 2177, 2146 y 1766 del Código Civil por aplicación indebida, al decidir que se trataba de un mandato oculto y que con tal confesión se había desvirtuado lo contenido en la escritura de compraventa.

Cuarto. Expresa el recurrente que el Tribunal incurrió en ostensible error de hecho que muestra la simple lectura del texto de la diligencia de ratificación practicada el 24 de octubre de 1963, pues en ella solamente se leyó su declaración que va hasta el folio 128, y no la diligencia de careo que obra a continuación. Expone textualmente la censura que cuando Fajardo, ya libre de toda presión originada en el proceso penal que González le inició por tentativa de homicidio, "pudo aclarar y pregonar '*no me ratifico* en ella (su declaración dada ante el Juez Penal), tal como aparece traída a este juicio, *porque no está en su integridad* escrita en la forma en que yo declaré'. Además, como aparece de la misma diligencia, a Fajardo Téllez, se lo citó al Juzgado 'con el fin de ratificarse en la declaración que obra en el presente juicio... Seguidamente *se le puso de presente la declaración rendida* ante el Juez Veintitrés de Instrucción Criminal con *fecha veintiséis de marzo del año en curso, que obra a folios 114 vuelto, 115,* hasta el folio 128 de este cuaderno... Es

decir que en tal diligencia a Fajardo Téllez solo se le leyó (pues consta en la misma diligencia que el no podía leer por sí mismo... 'dejando constancia que el declarante manifiesta que poco veía'), su declaración, que va hasta el folio 128. Y *no la diligencia de careo,* que va de allí en adelante. En cuya diligencia de careo, por lo tanto, no podía hacer ratificación alguna *ni la hubo".*

En consecuencia, agrega, el error de hecho o sea ver una ratificación donde no la hubo, llevó al Tribunal a tener por demostrado lo que no está, o sea que Fajardo confesó por qué se ratificó. Y que como consecuencia de ese error se violaron en forma indirecta "los artículos citados en el cargo anterior por aplicación indebida; los dos primeros... en cuanto consideró que el caso debatido, por esa errónea apreciación de pruebas, enmarcada en un mandato oculto y sin representación, en un caso en que el demandado Fajardo Téllez actúa como mandatario oculto, y no como comprador directo o para sí. Y el último... dado en este litigio en que no se ha desvirtuado lo que la escritura de compraventa acredita a la simulación que pretende el demandante al decir que Fajardo Téllez es simple 'pretenom'. No habiendo cometido el Tribunal este error de hecho, no habría considerado como confesión judicial lo que se trajo del proceso penal a ella. Ni como demostrado mandato alguno".

Séptimo. Se hace consistir en que el Tribunal incurrió en error de derecho, con violación-medio de los artículos 662 y 665 del Código Judicial, que llevó al sentenciador a violar indirectamente y por aplicación indebida el artículo 2177 del Código Civil al considerar probada la existencia del mandato oculto entre González y Fajardo, por cuanto que los indicios que el sentenciador enumera en los literales a), b) y h) del acápite de sus motivaciones titulado "la prueba del mandato oculto y las aquí practicadas", en realidad no son indicios porque esos documentos y testimonios "por si solos son presunciones incompletas, sin gravedad ni precisión suficiente para formar un convencimiento, y hasta tal punto, que inducir de ellas la existencia del mandato oculto o que Fajardo Téllez no compró para sí la finca 'La Regadera' sino para Francisco González, *es ir contra la evidencia procesal que acredita lo contrario;* cometer un nuevo error de derecho". (Subraya la Corte).

Agrega el impugnante en comprobación del cargo, que: "a) los testimonios que el Tribunal les da el carácter de indicios, salvo el de Siervo Castro, son testimonios de oídas, de referencia, que no relatan, por ejemplo, haber presenciado que Francisco González pagó el precio de la compraventa a Matallana; que no dicen haber presenciado el acuerdo entre González y Fajardo Téllez, de que figuraba éste en la escritura como supuesto comprador; b) las cartas de Matallana a González, se contradicen con la carta que el mismo Matallana escribió a Fajardo Téllez y que obra a fojas 4 del cuaderno número 3, en la cual Matallana trata a Fajardo como verdadero contratante comprador y no como simple recomendado de Francisco González, tanto que en esa carta le exige a él y no a González el cumplimiento de lo pactado entre los dos en la escritura, y le expresa que le quita la autoridad que le había dado de pagar los $ 20.000, imputables al precio de la compraventa a acreedores de Matallana, ordenándole que tal suma se la pague directamente a Matallana; c) los recibos que expedió Matallana a González en el sentido probatorio que los toma el Tribunal son contrarios al recibo que Matallana le dio a Fajardo la víspera de celebrarse la escritura; porque si esos acreditan el mandato oculto y pago del precio por González, éste acredita el pago del precio por Fajardo Téllez a Matallana, y, por ende, seriedad de la escritura de compraventa de modo directo para Fajardo Téllez; d) las diversas actuaciones seguidas por González contra los Ulloa, ya ante la justicia laboral, ya ante la policía, lo que pregonan no es lo que el Tribunal ve: prueba del mandato oculto, sino lo contrario, prueba de la seriedad de la escritura, porque en todas esas actuaciones, Francisco González, reconoce como dueño a Fajardo Téllez; f) las posiciones extra juicio y posiciones absueltas por Fajardo Téllez dentro del presente juicio (medios probatorios que el Tribunal no analiza o ignora), posiciones que tienen el valor de plena prueba contra González, en lugar de aseverar el mandato y el encargo secreto, lo que expresan y demuestran es la seriedad de la escritura y que la compra la hizo Fajardo Téllez para sí; g) los diversos documentos de arrendamiento que obran del proceso, lo que dicen y demuestran es que González nunca antes de instaurar este juicio pretendiose dueño y comprador por medio de mandatario oculto; y h) toda la prueba trasladada referente a la investigación penal, lo que demuestra es la arbitrariedad con que allí se procedió, desde el denuncio hasta los careos ad hoc para conseguir simplemente pruebas por la astucia de González, cuya conducta siempre a través del proceso como equívoca y de doble faz, como

la de su íntimo amigo y compinche el célebre Matallana cuya perversidad es un hecho notorio en los estrados judiciales y anales del crimen. Por todo lo cual lo que el Tribunal considera indicios de la existencia del mandato y del encargo secreto, son, más bien, pruebas patentes de lo contrario, que corroboran la seriedad de la escritura de compraventa en cuanto ella demuestra que el comprador directo y para sí es Fajardo Téllez. Razones éstas por las cuales, de bulto, aparece que la apreciación probatoria del Tribunal respecto a lo que él considera indicios o presunciones atendibles, va contra la evidencia".

Considera la Corte:

En relación con el *tercer* cargo:

La calificación de una prueba por el aspecto de su objetividad misma, o sea en cuanto que en el presente caso el Tribunal estableció que la declaración de Fajardo es una confesión y no una manifestación de simple carácter testimonial, es materia de apreciación de hecho del sentenciador, que puede entrañar un error de esta clase, pero en modo alguno un error de derecho. Así lo ha sostenido reiteradamente la Corte, tal como puede observarse, entre otras, en la sentencia del 2 de abril de 1971 dictada en el proceso ordinario de Ana Clotilde Ríos contra María Cecilia Vesga de Sánchez y otros, aún no publicada.

En consecuencia, la impugnación al respecto ha debido formularse por error de hecho, que no de derecho, motivo que por sí solo implica su rechazo, no sin mencionar que en cuanto a ésta última clase de error, denunciado en la censura, no sobran los siguientes comentarios:

Por confesión judicial se entendía no solo la producida ante el Juez del litigio mismo, sino ante el que conoció de uno anterior, a condición de que éste hubiera sido competente en razón de la naturaleza de tal causa y que hubiere actuado en ejercicio de sus funciones.

Así se infería de los artículos 603 y siguientes del Código Judicial, que en ninguna parte establecían que la confesión judicial era únicamente la producida ante el Juez del litigio, como puede comprobarlo la expresión genérica "en juicio" —no en determinado juicio, se nota— que al efecto usaba el mencionado artículo del Código Judicial para referirse a esta clase de confesión.

Esta interpretación la corrobora expresamente el actual Código de Procedimiento Civil cuando en el numeral 6º de su artículo 195 habla de confesión "judicial trasladada".

De ahí que las manifestaciones hechas por Fajardo ante el Juez 23 de Instrucción Criminal, funcionario competente para conocer de la investigación penal en referencia, y ratificadas en este proceso, como se verá en seguida, sí tienen el carácter formal de confesión judicial, como acertadamente lo expresó el sentenciador.

Y, para configurar la prueba de confesión, no es indispensable que el confesante haga sus manifestaciones como respuesta *a preguntas de su contraparte. De otra manera no podría haber confesión, valga el caso, en el escrito de demanda.*

Por tanto, si en la mencionada diligencia de careo Fajardo respondió no a preguntas de González sino de Siervo Castro, ello no es óbice para que las manifestaciones de aquél asuman el carácter de confesión.

Cabe aplicar al caso la siguiente doctrina de la Corte: "Si es discutible que Arboleda hubiese obrado con *animus confitendi* en el acto de rendir su declaración de nudo hecho, es evidente que no debió faltarle al ratificarla dentro del juicio en que fue demandado para que se declarasen simulados los contratos en que intervino sucesivamente como comprador y vendedor, ratificación que hizo a petición de la parte actora y en la seguridad de que le ofrecía la prueba de la simulación. No es razonable suponer que hubiese estado ausente de dicho acto el ánimo de confesar y de suministrar a dicho litigante la prueba de la simulación, con lo cual se perjudicaba en el proceso en que era reo, ya que habría podido negarse a declarar y a ratificar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 674 del Código Judicial.

"Según el artículo 604 del Código Judicial, la manifestación de una parte de ser cierto el hecho afirmado por la otra, es confesión, y siendo así que Arboleda dice que es cierto que los contratos en referencia fueron simulados, que Lázaro Vásquez le exigió que los bienes se los devolviera cuando muriera doña María Engracia, la esposa de aquél, que no pagó ni recibió un centavo como precio, ni entró en posesión de las fincas, de las cuales no conocía ni siquiera la ubicación, ello ha de tenerse como confesión, porque no puede darse afirmación de hechos tales más terminante y explícita.

"4. De acuerdo con el mismo texto, si se hace ante Juez competente en razón de la naturaleza de la causa y en ejercicio de sus funciones, es confesión judicial, que tiene fuerza de prueba plena, según prescribe el artículo 606 del mismo

Código. Como Arboleda declaró ante Juez competente por la naturaleza de la causa y en ejercicio de sus funciones, y a la vez del conocimiento del negocio, no hay duda de que su confesión tiene el mérito de confesión judicial.

"5. El Tribunal dice que el artículo 604 no exige una forma especial de confesión judicial, y es exacto. El precepto sólo exige que se haga 'ante Juez competente en razón de la naturaleza de la causa y en ejercicio de sus funciones', sin especificar en forma alguna a la cual debe sujetarse la confesión. Pero, es entendido que si la confesión se hace fuera del juicio, tendrá que revestir la forma de posiciones para que sea judicial. De aquí que el testimonio de nudo hecho de Arboleda no pueda considerarse como confesión judicial, pero sí su ratificación.

"La confesión puede hacerse al absolver posiciones (Art. 610), así como al formular la demanda o la contestación, el escrito de excepciones o su respuesta (Art. 607). La aceptación de un hecho por la parte a quien perjudica, en el curso de una diligencia judicial, v. gr. de inspección ocular, depósito o secuestro, es igualmente confesión judicial, de acuerdo con la norma general del artículo 604. De manera que si uno de los litigantes personalmente manifiesta ser cierto un hecho que le perjudica, ante el Juez de la causa, en ejercicio de su ministerio, en el curso de una declaración, no hay duda que hace confesión de tal hecho y que la confesión es judicial. Tampoco la hay de que el procedimiento es irregular, porque siendo parte en el juicio, la vía era la de las posiciones y no la declaración como testigo.

"6. En el caso de autos la confesión reúne los elementos requeridos por la doctrina para que sea judicial, es a saber: que proceda de parte interesada; que le perjudique, que sea ante Juez competente en ejercicio de sus funciones; y que contenga el *animus confitendi;* fuera de los requisitos generales que exige todo acto de voluntad que produzca efectos jurídicos: capacidad y consentimiento". (LXXIX, 61).

Conclúyese de todo lo dicho no solo que es antitécnica la formulación de este aspecto de la censura, sino que además es inexistente el alegado error de derecho en que pretende fundarse, motivos por los cuales no puede prosperar la acusación.

Respecto al *cuarto* cargo:

No es exacta la afirmación del recurrente acerca de que, al operarse el traslado de la citada confesión, Fajardo no ratificó su declaración anterior, pues aun cuando al comienzo de la diligencia de ratificación se habla de que a Fajardo se le leyó su declaración hasta el *folio* 128, es lo cierto que el deponente, al contestar bajo juramento, hace expresa referencia a su deposición del *4 de abril de 1963,* que obra en los folios 136 a 139, y que es precisamente en donde se encuentra la manifestación que le sirvió al Tribunal para tener como comprobado por confesión el carácter de testaferro de Fajardo. Fueron sus palabras: "La declaración que se me acaba de poner de presente la rendí ante el Juzgado Veintitrés de Instrucción Criminal, en la investigación de un supuesto delito de tentativa de homicidio contra Francisco González, durante los días 26 de marzo, 1º de abril y *4 de abril* de este año; no está en su integridad escrita en la forma en que yo declaré, y por lo tanto no me ratifico en ella tal como aparece traída a este juicio, pues en una parte de la declaración pusieron que no era para hacer ladrillo, y sí es para hacer ladrillo que yo arrendé la finca. *Lo demás de la declaración si lo apruebo*". (Folio 219 vto. Cdno. Nº 2. Subraya la Corte).

Es evidente por tanto, que la ratificación de Fajardo comprendió *todo* lo que depuso ante el Juez de Instrucción, excepto que la finca no la había arrendado para hacer ladrillo, detalle cuya mínima importancia le resta toda fuerza y veracidad al planteamiento del recurrente.

No hubo, en consecuencia, error de hecho alguno del Tribunal al considerar que Fajardo sí ratificó en lo pertinente su declaración rendida ante el Juez 23 de Instrucción Criminal, y que por ende así vino a confesar su condición de testaferro en que se basa la sentencia acusada.

Conclúyese de todo lo anterior que el cargo en estudio debe rechazarse.

En cuanto al *séptimo* cargo, es confuso y antitécnico su planteamiento pues en un comienzo se apoya expresamente en error de derecho del sentenciador al valorar varias pruebas indiciarias, con quebrantamiento de los artículos 662 y 665 del Código Judicial, y termina por alegar que la apreciación de tales pruebas "va contra la evidencia" del proceso.

Ya se dijo al despachar adversamente al censor su segundo cargo, que el Tribunal, para concluir que Fajardo, obró como testaferro, tomó pie no únicamente en la prueba indiciaria ahora atacada, sino también en la de confesión judicial del mismo, prueba esta última que ha quedado incólume tanto por sus aspectos de hecho como de derecho y que de por sí es suficiente para soportar la sentencia impugnada.

Es en consecuencia inane la acusación contra los otros medios de prueba, indicios en este caso,

que simplemente le sirvieron al Tribunal para corroborar su apreciación fáctica de que Fajardo, al adquirir de Matallana, lo hizo como testaferro de González.

Además, no es admisible censurar por *error de derecho* las deducciones o inferencias que el sentenciador de instancia, en uso de su discreta facultad para ello, haya extraído o dejado de extraer de la prueba indiciaria, tal como lo ha sostenido la Corte en numerosas ocasiones, y en especial en las sentencias del 7 de mayo de 1968, ordinario de Pritz Wolfert contra Carlota Barrios de Barbosa, y del 27 de septiembre de 1971, ordinario de José William Latorre contra los herederos de Rómulo Morales Parra, aún no publicados.

En consecuencia, el presente aspecto de la censura concebido por error de derecho, no es de recibo y por tanto no está llamado a prosperar.

De todo lo expuesto, conclúyese que no son aceptables los tres cargos así conjuntamente estudiados, motivo por el cual se les rechaza.

Quinto. Este cargo lo hace consistir el recurrente en que el Tribunal incurrió en notorio error de hecho al no haber tenido en cuenta los siguientes medios probatorios: a) el recibo que Matallana otorgó a Fajardo la víspera de firmarse la escritura de compraventa, en el cual aparece que le pagó a aquél, con su propio dinero, $ 34.350, descontando los $ 3.000 y los $ 3.500 de que habla el mismo recibo por un total de $ 40.000 el cual no ha sido tachado de falso por el demandante, quien además no ha acreditado que la suma aludida hubiera sido suministrada por él y no por Fajardo; y b) toda la actuación traída en copia del proceso de venta de la cosa hipotecada adelantado ante el Juez 6º Civil del Circuito de Bogotá por la viuda de Forero contra Matallana, en donde aparece cancelada la hipoteca que pesaba sobre "La Regadera" y de la cual se hizo cargo Fajardo, quien pagó así parte del precio de compra de la finca por conducto de su causahabiente a título singular "Policargo Fajardo Téllez" (sic). Agrega la censura que con estas pruebas que el Tribunal no vio, y que tienen igual o mayor fuerza demostrativa que los recibos expedidos por Matallana a González, está probado que la persona que pagó el precio de la compraventa, al menos en su mayor parte, fue Fajardo y no aquél. Y que cuando el sentenciador dedujo equivocadamente que el precio de la compraventa lo había pagado González, violó indirectamente "y a la manera como quedó indicada en los dos cargos anteriores los artículos del Código Civil allí indicados".

Considera la Corte:

Es antitécnica por incompleta la formulación de este cargo, pues como lo tiene reiteradamente establecido la doctrina de la Corte, en desarrollo de los elementales principios de autonomía de cada motivo y de precisión en su planteamiento, no es aceptable indicar las normas sustanciales que se dice fueron violadas, remitiéndose a las que se mencionan en cargos diferentes.

En casación cada motivo es un *ens per se* y, de consiguiente, debe ser formulado y desarrollado en su integridad no a medias remitiendo en un cargo a lo expuesto en otro distinto.

Por tanto, es requisito ineludible, en armonía con el carácter formalista y excepcional del recurso extraordinario de casación, que el impugnante exprese por separado en cada motivo, en la forma precisa y clara, las normas que estima quebrantadas y el concepto de la violación (Art. 374 del Código de Procedimiento Civil; anteriormente artículos 63 del Decreto 528 de 1964 y 531 del C. J.).

No es de recibo, en consecuencia, que el censor en lo que respecta a señalamiento de normas sustanciales infringidas, se limite a manifestar que fueron violadas "a la manera como quedó indicado en los dos cargos anteriores los artículos del Código Civil allí indicados".

Es suficiente la anterior consideración para rechazar la censura, no sin observar que el error de hecho ostensible, para abrir la puerta a la casación del fallo acusado, no consiste en que la Corte pueda sustituir por uno distinto, mediante notorios esfuerzos dialécticos y sutiles argumentaciones del recurrente, el discreto criterio del sentenciador de instancia en materia de apreciación probatoria, sino en que aparezca de manifiesto la contraevidencia en que éste incurrió.

Las pruebas que el censor alega no vio el Tribunal y que contradicen, en su sentir, la conclusión del fallo relativa a que fue González y no Fajardo quien pagó el precio de la compra a Matallana, no implican necesariamente contraevidencia de tal conclusión, pues es apenas lógico, como lo observa el Tribunal, que cuando se acude a un testaferro para adquirir un inmueble, sea éste quien figure ante ter-

ceros, valga decir ante el comprador y ante acreedores hipotecarios en el presente caso, como quien verdaderamente paga el precio o cancela los gravámenes reales.

Pretender que únicamente la prueba emanada de tales terceros sirva para demostrar que el verdadero comprador es persona distinta del testaferro, conduciría a enervar la acción del verdadero adquirente, quien desde luego ha estado interesado en aparentar que no lo es, pero que de otro lado y para el caso de autos, logró demostrar, por confesión del testaferro mismo y por muchas otras pruebas que a espacio analiza y acepta el Tribunal, que en verdad sí fue el adquirente.

Pruebas estas que constituyen un autónomo soporte de la decisión y cuyo ataque ni siquiera lo intenta el recurrente, motivos por los cuales el cargo se rechaza.

Sexto. El censor acusa la sentencia "como violatoria del artículo 1277 (sic) del Código Civil" en forma indirecta y por aplicación indebida, como consecuencia del error de derecho que resulta, en contravención de los artículos 597, 636, 724, 728 y 746 del Código Judicial y de los artículos 2601 y 2603 del Código Civil, de haberle dado valor probatorio a "la escritura pública presentada por la parte actora en la diligencia de inspección ocular practicada por el Juez de primera instancia el día 8 de enero de 1964, no obstante que en el momento de su presentación exprese '...quiero dejar expresa constancia que los elementos probatorios presentados (entre los cuales figuraba tal escritura número 659 de 1º de junio de 1953) en los memoriales que su justicia acaba de relacionar, no podrán ser tenidos en cuenta sino únicamente de lo que ellos atañe de lo que es objeto de la prueba de inspección ocular y la concurrente de peritaje; los rechazo pues en lo demás'. Con cuyo rechazo tal escritura, en primer lugar por no haberse presentado con la demanda, menos pedido su allegamiento al juicio por la parte actora en su memorial petitorio de pruebas visibles a fojas 51 a 53 vuelta, en ninguno de sus apartes, no puede considerarse como una prueba legalmente aportada al juicio. Porque interpretando jurídicamente los artículos 597, 636, 724 y 728 del Código Judicial, no puede concluirse que por mandato del artículo 597, inciso 2º se puede allegar al proceso una escritura pública que no se la hubiese solicitado durante el respectivo término probatorio para pedir, de que trata el artículo 746 del *ibídem*, con las formalidades exigidas por el artículo 636, salvo, naturalmente, que se acceda por la parte contra quien se la presenta como prueba, a su presentación y allegamiento al juicio cuando se está practicando una diligencia de inspección ocular. Esto porque la prueba de inspección no es expediente para pedir y obtener que se evacuen pruebas, que es preclusivo en el juicio ordinario de conformidad al citado artículo 746. Y en segundo término, porque al otorgarse tal escritura, entre Matallana y Fajardo Téllez se estipuló que de ella se expedirían dos copias para el primero y una para el segundo, por lo cual esas tres primeras copias, o las que luego solicitasen éstos, no podían ser expedidas por el Notario sino a petición de los mismos ya que en el (sic) escritura constaba contrato de hipoteca, por cuya circunstancia, si es que se respeta el mandato del artículo 2601, y el artículo 2603 del Código Civil (violados directamente por el Tribunal al admitir copia de escritura no expedida como ellos lo quieren, por no habérselos aplicado o *respetado* en sus respectivos mandatos), la copia de marras vino al proceso violándose las citadas normas de franco sabor probatorio; a lo cual, se debió el error de derecho apuntado en el cargo".

Considera la Corte:

El artículo 597 del Código Judicial permitía que en el curso de una inspección judicial, o sea una diligencia con intervención del Juez y de las partes, se presentara una prueba documental para que formara parte del proceso y pudiera ser estimada legalmente en cuanto a su mérito probatorio.

Pero esta presentación no puede ser *ad libitum,* pues conforme lo ha establecido la Corte, es indispensable que tales pruebas se hubieren solicitado oportunamente (XCI, 1245), requisito que se cumple en el caso que se estudia por cuanto que fue el mismo demandado quien pidió que se trajera como prueba la copia de la citada escritura, a lo cual accedió el Juez de Primera Instancia librando el oficio respectivo, que fue recibido por el peticionario (Fols. 8, 11 y 12 del Cdno. Nº 3).

Por tanto, la presentación de la copia auténtica debidamente registrada de la escritura 659 del 1º de junio de 1953 de la Notaría de Tunja, ocurrida en el curso de la inspección judicial practicada por el Juez de Primera Instancia, permitió estimar el mérito de dicha prueba, pues legalmente quedó incorporada al proceso, una vez que ya había sido pedida en oportunidad.

De ahí que no hubo violación del artículo 597 del Código Judicial por el sentenciador cuando

consideró que la referida prueba sí quedaba formando parte del proceso, motivo por el cual no era pertinente aplicar el artículo 636 *ibídem*, pues, además de tratarse de una prueba pedida en tiempo, por consistir en una escritura pública su presentación en el juicio se regía por el artículo 630 del mismo Código, lo que ocurrió, como se dijo, dentro de la oportunidad y condiciones previstas por el ordinal 2º del citado artículo 597 y por la doctrina mencionada.

Es lo expuesto suficiente para concluir que el cargo se rechaza.

Octavo. Este último cargo lo plantea el recurrente por *error de hecho* que en forma indirecta condujo al quebrantamiento de los artículos 1602, 1625 y 1687 del Código Civil, por falta de aplicación, y del artículo 2177 del mismo Código, por aplicación indebida. Hace consistir el error en que el Tribunal, al no absolver al recurrente, desconoció la excepción perentoria definitiva innominada "al tenor de lo que manda el artículo 343 del Código Judicial, disposición ésta sustancial que, por lo tanto, la violó de manera indirecta, por no tener como comprobados los hechos o hecho que la configuran", excepción que consiste en que Fajardo y González, por documento del 7 de noviembre de 1960, convinieron en extinguir la obligación proveniente del mandato oculto, en el sentido de que el obligado a hacer la tradición de la finca comprada, o sea Fajardo, no quedare obligado a ello sino como dueño definitivo de la finca, dándola a González en arrendamiento por cinco años y a un canon muy bajo y reconociéndole en dinero el valor de unos abonos químicos y mejoras a cambio de que éste aceptara desprenderse de su derecho de dominio sobre la finca, con todo lo cual vinieron a extinguirse, por novación, las anteriores obligaciones entre las mismas partes, provenientes del mandato oculto. Esta novación, que constituye una excepción perentoria, no fue reconocida por el Tribunal en virtud del anotado error de hecho.

Concluye el censor manifestando que "si la honorable Corte estima que la acusación al respecto *ha debido formularse con base en error no de hecho sino de derecho.* Porque el sentenciador no es que no apreció tal convenio contenido en el documento aludido, sino que al mismo documento no le otorgó el valor probatorio que tiene o demostrativo de la excepción, entonces, acuso, la sentencia, por violación de las citadas disposiciones, proveniente ella del *error de derecho* en que de esta laya incurrió con quebrantamiento del precepto contenido en el artículo 637 del Código Judicial. Porque lo acordado y hecho constar en el aludido documento tiene el valor de confesión judicial, por parte de González, de que convinieron en extinguir, sea de un modo jurídico u otro de los contemplados en los artículos últimamente citados del Código Civil, la obligación cuyo cumplimiento se pretende con la demanda y mediante ejercicio de la acción que al mandante otorga el artículo 2177 del Código Civil, cuya disposición fue violada *mutatis mutandis,* en la forma y a la manera dichas en la acusación, por error de hecho precedente. Vale decir por no haber apreciado en el valor que tiene tal confesión que el convenio y el documento implican. Sin cuyo *error de derecho,* en fin, el Tribunal habría reconocido la extinción de aquella obligación del demandado; y absuelto éste de la demanda que, por lo tanto, parte de la base de exigir el cumplimiento de una obligación que se extinguió conforme a la ley". (Subraya la Corte).

Considera la Corte:

La censura tal como está concebida no puede recibir estudio y decisión a fondo de la Corte, pues involucra ataque por error de hecho y por error de derecho, en forma disyuntiva o subsidiaria, respecto a una misma prueba, lo cual no es técnicamente admisible.

Reiterada ha sido la doctrina de la Corte de que "no es posible que la misma prueba sea sometida a un tiempo al doble ataque por error de derecho y error de hecho, porque, en síntesis, si se trata del primero, la prueba existe en el juicio, pero ha sido ilegalmente estimada; si del segundo, la prueba puede existir o no existir, pero el fallo ha negado su presencia o la ha afirmado en contra de la evidencia; además, si de error de derecho, es indispensable señalar el precepto legal sobre pruebas infringido como medio conducente al quebranto de la ley sustancial; si de error de hecho, ello no se requiere, y el agravio se produce con la sola demostración de la existencia o inexistencia de la prueba.

"Si se alega ese doble error con el propósito de que el cargo los comprenda ambos en forma disyuntiva, también es contrario a la técnica del recurso, que no admite imprecisión ni vaguedad al respecto, ya que sobre el carril que traza el recurrente se desarrolla de modo ineludible la respuesta del opositor y la tarea de la Corte. Sobre esta materia pueden verse, entre otras, las casaciones de junio 22 de 1953 (LXXV, 2130, 358), 17 de agosto de 1954 (LXXVIII, 2145, 325), julio 17 y 31 de 1959 (XCI, 2214, 25 y

110) y abril 25 de 1960 (XCII, 2223 y 2224, 451). (Casación Civil XCIII, 166, 1ª y 2ª).

En armonía con lo expuesto, el cargo se rechaza.

Resolución:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 23 de enero de 1960 en este proceso ordinario que Francisco González C. entabló contra José Vicente Fajardo y otros. Por tratarse de recurso doble las costas en casación se liquidarán separadamente y serán de cargo de cada uno de los recurrentes.

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

José María Esguerra Samper, Ernesto Cediel Angel, Enrique López de la Pava, Aurelio Camacho Rueda, Germán Giraldo Zuluaga, Alfonso Peláez Ocampo.

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

COLISION DE COMPETENCIA

La modificación de la competencia ocurre por la sola presentación del escrito de corrección de la demanda.

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

(Magistrado ponente: doctor Humberto Murcia Ballén).

Decide la Corte la colisión de competencia provocada por el Juez Quince Civil Municipal de Bogotá al Juez Primero Civil Municipal de Cartagena, que conoce de este juicio ejecutivo de Rodrigo Manotas Trujillo contra "Leonidas Lara e Hijos".

Antecedentes.

1º El 1º de abril de 1970 la sociedad "Mercantil del Caribe Ltda. (Caribesa)", entidad domiciliada en Cartagena, representada por su Gerente Alfonso Gutiérrez de Piñeres, aceptó en esa ciudad la letra de cambio girada, según aparece de su texto, por "Leonidas Lara e Hijos —Suc. de Cartagena—", a favor de Carlos Villalba Arrázola por la suma de $ 10.000, para ser descargada el 20 de mayo siguiente. El 8 del mismo mes de mayo dicho instrumento fue endosado para su cobro por su primer beneficiario al doctor Rodrigo Manotas Trujillo.

2º Mediante libelo de 6 de junio de ese año, el citado Rodrigo Manotas Trujillo, actuando como endosatario al cobro del referido título y con base en él, demandó ejecutivamente ante el Juzgado Séptimo Civil Municipal de Cartagena a la sociedad colectiva de comercio "Leonidas Lara e Hijos", representada por sus socios gestores Luis A., Rómulo y Oliverio Lara Borrero, "con domicilio secundario en esta ciudad donde existe sucursal de dicha corporación", a fin de obtener por esta vía el pago de la obligación contenida en la aludida letra de cambio, junto con los intereses de mora a la rata legal y las costas del juicio. En el mismo escrito el demandante solicitó el decreto de medidas cautelares sobre bienes de la sociedad demandada, más concretamente "el embargo y secuestro preventivos del inmueble" número 17-98 de la calle 30 de esa ciudad.

Adjuntó a su libelo dos certificados expedidos por la Cámara de Comercio de Cartagena: el uno fechado el 7 de abril de 1970, según el cual la sociedad "Leonidas Lara e Hijos" aparece inscrita en el Registro Público de Comercio del año pasado (1962), "como sucursal"; y el otro fechado el 26 de mayo del mismo año, según el cual la misma entidad aparece allí inscrita como agencia.

3º Mediante auto del 10 de junio siguiente el Juzgado Séptimo Civil Municipal de Cartagena decretó la medida cautelar impetrada, y además libró el mandamiento de pago en los términos en que fue solicitado en la demanda. Esta providencia se notificó personalmente el 3 de septiembre de 1970 al apoderado de la entidad demandada, quien en esa diligencia expresó no pagar la suma reclamada porque la sociedad ejecutada no la debe; y, además, propuso los recursos de reposición y apelación, los cuales se encuentran pendientes de consideración.

4º Así las cosas, el apoderado de "Leonidas Lara e Hijos", mediante escrito de 20 de agosto de ese mismo año y con fundamento en lo estatuido por los artículos 413 a 422 del Código Judicial entonces vigente, acudió al Juzgado Quince Civil Municipal de Bogotá a efecto de que este funcionario asumiera el conocimiento del juicio en cuestión, y por ende provocara colisión positiva de competencia al Juzgado Séptimo Civil Municipal de Cartagena, respecto de la ejecución instaurada por Manotas Trujillo contra la citada sociedad "Leonidas Lara e

Hijos''. Afirmó el peticionario que ésta ''tiene domicilio exclusivamente en Bogotá'' y que por tanto ''el único Juez colombiano competente para conocer de ese temerario juicio ejecutivo, es el Municipal de Bogotá''.

A su libelo acompañó, a más de la certificación de la Cámara de Comercio de Bogotá sobre constitución, existencia y representación de la sociedad mencionada, un certificado de la Cámara de Comercio de Cartagena expedido el 3 de julio de 1970, según la cual la entidad ''Leonidas Lara e Hijos'' no ha establecido domicilio principal o especial en esa ciudad.

5º El Juzgado Quince Civil Municipal de Bogotá estimó ser competente para conocer del negocio y por tanto, mediante auto del 31 de agosto de 1970, resolvió provocar colisión de competencia positiva al Juzgado Séptimo Civil Municipal de Cartagena, al que de consiguiente libró el respectivo despacho inhibitorio, que llegó a su destino el 5 de septiembre siguiente.

6º El Juez requerido, que para entonces lo era el Primero Civil Municipal de Cartagena que había asumido el conocimiento del proceso al haber aceptado el impedimento manifestado por el Juez Séptimo, luego de haber corrido traslado a los interesados, dentro del cual el demandante se opuso a la inhibición demandada y aportó algunas pruebas, por auto del 19 de diciembre, después de revocar el de 15 de octubre anterior que había decidido en sentido contrario, resolvió no acceder a inhibirse del conocimiento del asunto, porque consideró que todo el acervo probatorio incorporado demuestra que la sociedad demandada se había establecido en la ciudad de Cartagena como sucursal y que por lo mismo podía también ser demandada allí.

7º Para entonces, como que lo hizo mediante escrito de 19 de octubre de 1970, Manotas Trujillo, fundándose en lo estatuido por el artículo 208 del Código Judicial, había corregido la demanda inicial presentada contra ''Leonidas Lara e Hijos'', en el sentido de dirigirla también contra la entidad ''Mercantil del Caribe (Caribesa)'', sociedad que a la sazón se había declarado en quiebra y ''cuyo domicilio indiscutible es la ciudad de Cartagena'', representada por el síndico Hernando Pérez Salcedo. La corrección citada se encuentra pendiente de consideración y resolución.

8º Conocida que fue por el Juzgado requeriente la decisión del Juzgado requerido, insistió en su competencia privativa para conocer del juicio, y, por tanto, mediante auto de 27 de febrero de 1971, así lo comunicó a éste, quien dispuso enviar a la Corte toda la actuación.

9º Llegadas que fueron a la Corte las actuaciones tanto del Juzgado de Cartagena como la del de Bogotá, se oyó el concepto del Procurador de la Nación, quien en su vista del 16 de agosto pasado considera que la Corte debe declararse inhibida para resolver la colisión, ''hasta cuando el señor Juez Primero Civil de Cartagena se pronuncie sobre el escrito de corrección de la demanda'', porque solo hasta entonces, agrega, queda ''trabada la relación jurídico-procesal con las personas que integran la parte demandada y fijada por consiguiente con certeza quien o quienes la forman''.

Consideraciones de la Corte.

1. En auto del 20 de octubre pasado, al desatar un incidente similar al presente surgido en un negocio entre las mismas partes, la Corte dio las siguientes razones que ahora reitera:

''Conforme a nuestra ley de enjuiciamiento civil para que la actividad jurisdiccional pueda proveer con eficacia sobre las pretensiones de los litigantes, es necesaria la existencia de Juez competente para ello, es decir, del funcionario o corporación investido de jurisdicción y con facultad para ejercerla en ese caso determinado. Ha dicho la jurisprudencia que el Juez o Tribunal no puede ejercer jurisdicción sino hasta el límite de la competencia que le señala la ley, ya que, en suma, esta no es más que el ejercicio de la jurisdicción de manera concreta.

''Si como lo enseñaba el artículo 143 del Código Judicial, por competencia debía entenderse la 'facultad que tiene un Juez o Tribunal para ejercer, por autoridad de la ley, en determinado negocio, la jurisdicción que corresponde a la República', se impone aceptar que la competencia es la medida con que la jurisdicción se distribuye entre las diversas autoridades judiciales.

''La ley procedimental civil fija la competencia de los distintos jueces de la República para las diferentes clases de negocios atendiendo a los factores objetivo, subjetivo, y territorial; esto es, a su naturaleza, a la calidad de las partes y al lugar donde deben ventilarse. Precisado el Juez competente para conocer del negocio, es éste y no otro, el que tiene la atribución para tramitar y decidir la cuestión específicamente considerada.

''Para fijar la competencia por el factor territorial el legislador tiene en cuenta principal-

mente el domicilio del demandado, pues considera que si éste debe comparecer en juicio por la sola petición del demandante, ha de obligársele a hacerlo en las circunstancias menos gravosas para él. Señala así el forum domicilii rei, *por virtud del cual generalmente el demandante está obligado a instaurar su demanda ante el Juez del domicilio de su demandado. 'En los asuntos contenciosos —decía el numeral 2º del artículo 152 del Código Judicial— por regla general, conoce el respectivo Juez del domicilio del demandado'.*

"Este fuero personal, sin embargo, puede ser exclusivo o concurrente, generando así la competencia privativa o la preventiva. Reviste el primer carácter cuando en virtud del domicilio único de la persona demandada, solo hay un Juez con atribución para conocer del negocio; y es concurrente cuando el demandado tiene domicilio en varios lugares o cuando son varios los demandados con domicilios diferentes, eventos en los cuales cualquiera de los Jueces de esos domicilios puede conocer del negocio a prevención.

"El fuero personal concurrente a elección del actor lo consagraban los numerales 2º y 15 del artículo 152 ibídem, *al decir: '2º) En los asuntos contenciosos, por regla general, conoce el respectivo Juez del domicilio del demandado. Si éste tiene varios, el de cualquiera de ellos a prevención...', y '15) En los juicios que se sigan contra varios demandados es Juez competente el del domicilio de cualquiera de ellos, a elección del demandante' ".*

2. El fuero personal concurrente a elección del actor que consagraba el ordinal 15 del artículo 152 del Código Judicial, y que también establece el numeral 3 del artículo 23 del Código de Procedimiento Civil hoy vigente, como regla determinante de la competencia por el factor territorial, se da pues cuando hay dos o más demandados con distinto domicilio, vale decir, cuando se presenta un litisconsorcio pasivo.

Como lo ha dicho la doctrina, esta figura litisconsorcial, considerando el momento de su formación, puede ser inicial o sobreviniente: acontece lo primero cuando la pluralidad de demandados aparece desde el inicio del proceso, por dirigirse la demanda contra dos o más personas; y ocurre lo segundo cuando se forma durante el curso del mismo, mediante la acumulación de procesos, o con la corrección de la demanda para dirigir la ya instaurada contra otras personas a más de la ya señalada como tal en el libelo inicial. Porque si mediante el ejercicio del derecho de reformar la demanda que al demandante le asiste, éste puede, entre otras cosas, sin sustituir totalmente el sujeto pasivo de la relación procesal ya trabada, incluir nuevos demandados, cuando así ocurra hay pluralidad pasiva de partes con afinidad de pretensiones.

3. El litisconsorcio que surge por virtud de la inclusión de nuevos demandados es, en últimas, un evento de acumulación subjetiva de pretensiones; y como tal, debe gobernarse por los preceptos legales determinantes de la competencia del Juez, no solo por los que se relacionan con la naturaleza y cuantía del negocio sino también por los atinentes al factor territorial.

Dentro de estas reglas está la de que el Juez sea competente para conocer de todas y cada una de las pretensiones acumuladas. Más como la aplicación rígida de este principio constituiría obstáculo insalvable para la acumulación inicial y para la sucesiva de demandas, la doctrina creó la figura de la conexión como causa modificadora de la competencia, *que, como observa Jaime Guasp, consiste en "un supuesto que autoriza a que el Juez competente para una cierta pretensión pueda conocer de otra u otras conexas a ella". (Derecho Procesal Civil, pág. 205, Ed. 1956).*

El aludido principio ha sido consagrado por la legislación positiva en Colombia. En efecto: el artículo 209 del antiguo Código Judicial al reglamentar lo que llamaba "acumulación de acciones", después de acoger la regla general de que la agregación no era posible por el impedimento procesal que surgía de la incompetencia del Juez para conocer de todas, en la última parte de su inciso 1º estatuía que dicho impedimento no existía en el caso de acumular acciones de menor cuantía a otra u otras de mayor. Y el nuevo Código de Procedimiento Civil conservó el referido principio en su artículo 82.

4. Es evidente que el Código de Procedimiento de 1931 no determinaba expresamente el momento desde el cual debía operar la modificación de la competencia, por razón de la cuantía, en el evento de la adición de la demanda; pero también lo es que los doctrinantes nacionales, siguiendo al respecto el criterio de autores extranjeros, consideraron, y así lo aceptó la jurisprudencia, que dicha modificación ocurría desde la presentación del escrito respectivo.

El procesalista colombiano doctor Hernando Devis Echandía, en efecto, al hablar de las consecuencias del principio de la perpetuatio jurisdictionis, *dice: "Si el demandante corrige la*

demanda y como consecuencia de nuevas peticiones o de la estimación de las anteriores, el pleito sube del valor máximo que le atribuye la ley a la competencia del Juez, éste quedará sin competencia para continuar conociendo. Entonces, —concluye este autor— en realidad, se tiene una nueva demanda cuya apreciación se hace en el momento de ser presentada *(subraya la Corte), y lo actuado por el Juez mientras era competente, permanece válido, y el expediente debe ser remitido al superior". (Tratado de Derecho Procesal Civil, t. II, pág. 113. Ed. 1962).*

Fue quizás acogiendo este principio doctrinario como el legislador de 1970 expresamente determinó el nacimiento de la modificación de la competencia, por razón de la cuantía, en el momento de la presentación de la demanda posterior. Así, por ejemplo, al reglamentar la alteración de la competencia el Código de Procedimiento Civil hoy vigente, preceptúa en el numeral 2 de su artículo 21 que ella ocurre "en los contenciosos que se tramitan ante Juez Municipal, por causa de demanda de reconvención o de acumulación de procesos o de demanda ejecutiva. En tales casos —añade la norma— lo actuado hasta entonces conservará su validez y el Juez lo remitirá a quien resulte competente"; al regular la acumulación de demandas ejecutivas, dicho estatuto preceptúa mediante el numeral 1 del artículo 540 que si la que se pretende acumular "fuere de competencia de un Juez de mayor jerarquía, se le remitirá el proceso para que continúe conociendo de él"; y luego al consagrar este mismo procedimiento en el numeral 2 del artículo 556, en relación con las demandas presentadas por terceros acreedores en el proceso hipotecario o prendario.

5. Y si la modificación de la competencia ocurre por la sola presentación del escrito de corrección de la demanda, cuando la reforma consiste en el aumento de la cuantía de la pretensión inicialmente deducida, no hay óbice para aplicar la misma regla cuando la corrección se limita a la adición de nuevos demandados. La variación del forum domicilii rei *que puede presentarse por la inclusión de otros demandados puede ser también susceptible de modificar la competencia, así como lo es la alteración de la cuantía, puesto que la adición de la demanda en ese caso no implica ni conduce a la alteración absoluta de la litispendencia, sino únicamente a la modificación parcial del sujeto pasivo de la relación.*

6. En el caso de este juicio, como quedó visto al hacer la relación de actos procesales surtidos en él, el ejecutante, en ejercicio de la facultad que le otorgaba el artículo 208 del Código Judicial, desde antes de que surgiera el conflicto de competencia que aquí se considera, corrigió su demanda inicialmente presentada contra "Leonidas Lara e Hijos" en el sentido de dirigirla además contra la entidad "Mercantil del Caribe (Caribesa)", entidad también obligada por la letra de cambio aducida al proceso como título de recaudo y "cuyo único y principal domicilio es la ciudad de Cartagena".

De esta suerte, aún en el supuesto de que la competencia para conocer de procesos en que solo figure como demandada la sociedad "Leonidas Lara" no correspondiere a los Jueces de Cartagena, la presentación del escrito de adición de la demanda ejecutiva implicaría modificación de la competencia por el factor territorial, por haberse agregado como demandada otra persona cuyo único domicilio, según se afirma, está en ese lugar. Entonces, por tratarse de un juicio contra varios demandados, la competencia corresponde al Juez del lugar de cualquiera de sus domicilios, a elección del actor; y como éste, en ejercicio de dicha atribución ha escogido al de Cartagena, en él se radicó la competencia, y por tanto, el incidente de colisión que se formuló en atención a la demanda primitiva, quedó terminado por sustracción de materia.

7. Desde el 19 de octubre de 1970, antes de que surgiera el conflicto entre el Juez de Cartagena y el de Bogotá, el demandante corrigió la demanda inicial y la presentó ante el Juez de aquella ciudad, que era al único al cual debía dirigirla por encontrarse allí el proceso a que dio lugar la demanda primitiva. Legítimamente ejercitó pues un acto procesal y por ende ha adquirido el derecho a que cuando menos se le considere para estimarlo o desestimarlo; y a la vez, por la sola interposición del escrito respectivo, la justicia adquirió la obligación ineludible de decidir acerca de la admisión o de la inadmisión.

Pero si bien es cierto que la presentación del escrito de adición de la demanda basta para que opere la modificación de la competencia, la eficacia de la reforma, en cambio, está subordinada a su admisión y a la ejecutoria del auto respectivo. Si el libelo de reforma se admite, quedarán en firme los efectos de la alteración de la competencia surgida con la presentación; si, en cambio, la corrección no se admite, o si admitida el auto respectivo es revocado a la postre, no operará la alteración dicha y entonces la falta

de competencia del Juez que conoce del negocio podría alegarse.

Resolución:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, *declara terminado,* por sustracción de materia, el incidente de colisión de competencia provocado por el Juez Quince Civil Municipal de Bogotá al Primero Civil Municipal de Cartagena, en este juicio ejecutivo instaurado por Rodrigo Manotas Trujillo contra la sociedad "Leonidas Lara e Hijos" y "Mercantil del Caribe (Caribesa)"; y ordena devolver todo lo actuado al Juzgado de origen.

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

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

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

REIVINDICACION

Técnica de casación.—Causal 1ª.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, D. E., diez y siete de febrero de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 14 de enero de 1971, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil en el proceso ordinario instaurado por Horacio Molina Franco frente a Hernando Botero.

I. *El litigio.*

1. Ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Vélez, Horacio Molina Franco demandó en juicio ordinario a Hernando Botero Palacios en procura de las siguientes declaraciones:

a) que el actor es el propietario pleno de la finca denominada "Las Nutrias", ubicada en el corregimiento de Zambito de la jurisdicción municipal de Bolívar, de una superficie aproximada de 1.300 hectáreas, y comprendida dentro de los linderos generales que en la demanda se consignan;

b) que, consecuencialmente, el demandado debe restituirle, seis días después de ejecutoriada la sentencia, una zona de terreno que forma parte de ella, comprendida dentro de las alindaciones especiales que la misma demanda relaciona;

c) que el demandado, como poseedor de mala fe que es de dicha parcela, debe restituirle además los frutos naturales y civiles por ella producidos durante todo el tiempo que la ha detentado, y no solamente los percibidos sino también los que el propietario hubiera podido percibir con mediana diligencia y actividad; y

d) que se condene al demandado a pagar al demandante todos los perjuicios causados con la ocupación y además las costas del juicio.

2. Los hechos que el demandante citó como fundamento de sus pretensiones pueden sintetizarse así:

a) el predio "Las Nutrias", cuya declaración de dominio solicita el demandante Horacio Molina Franco, le fue adjudicado, en extensión de 1.300 hectáreas, a título de cultivador y a cambio de bonos territoriales, por medio de la Resolución número 123 de 21 de agosto de 1946, originaria del Ministerio de Economía Nacional, la cual, una vez inscrita en la oficina de registro de Vélez, fue protocolizada en la Notaría 6ª de Medellín mediante el otorgamiento de la escritura número 865 de 4 de marzo de 1965;

b) desde antes de esta adjudicación, el demandante poseía la finca "Las Nutrias", posesión que continuó luego en forma pública, continua y exclusiva hasta cuando al finalizar la década de 1950 sobrevino una época de inseguridad pública en la región de "El Carare", dentro de la cual se encuentra ubicada la finca aludida;

c) aprovechándose del desorden público reinante, Eliécer Garzón y José Correa penetraron a una zona de la finca "Las Nutrias", dedicándose "a hacer algunas aberturas". "Para conjurar toda suerte de problemas —dice el demandante en el hecho 4º de su libelo— una vez establecida la calidad de propietario de ellos por el doctor Molina Franco, éste, con su hermano José, compraron los pretendidos derechos de los cándidos usurpadores, como consta en el documento privado suscrito en Zambito el 24 de agosto de 1960";

d) no obstante lo anterior, los vendedores continuaron ocupando una zona del predio "Las Nutrias", procediendo "mañosamente a poner otras mejoras y hacer otras aberturas". Así las cosas, mediante documento de 23 de marzo de 1961 Garzón dijo vender a su consocio Correa "el derecho de dominio que tiene en la mitad

de una mejora situada en la vereda de Las Nutrias'';

e) para recuperar la posesión de la totalidad de sus predios, Molina Franco debió comprar pretendidos derechos sobre la finca a los invasores, así: a José Correa, mediante documento firmado en Medellín el 5 de junio de 1961; y a José Perlaza y Braulio Grueso, en febrero y marzo de 1962; y,

f) al finalizar este año Hernando Botero, en forma ''abusiva y hasta criminal'', penetró a un sector de la finca ''Las Nutrias'' y con ánimo de propietario procedió a destruir reservas forestales hechas por su legítimo dueño; de modo que en la actualidad es poseedor de mala fe de la zona cuya restitución se demanda.

3. Oportunamente el demandado contestó la demanda negando la mayoría de los hechos en ella invocados, exigiendo la prueba para los demás y oponiéndose a las pretensiones de su demandante.

Afirmó que posee algunas tierras en la región de Zambito, en virtud de que, por haberlas explotado económicamente desde antes, el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria se las adjudicó por Resolución número 37 de febrero de 1965, protocolizada mediante escritura número 252 de 13 de abril de 1965.

Agregó que la parcela que él viene poseyendo es, según los linderos descritos en el respectivo título de adjudicación, distinta de la que el demandante pretende reivindicar; y propuso, para el ''caso de que resultare que el demandante se haya hecho titular de inconmensurables extensiones territoriales, y dentro de ellas resultaren las adjudicaciones que Incora me ha hecho'', la excepción perentoria de prescripción.

4. Trabada así la relación procesal el Juzgado del conocimiento le puso término a la primera instancia con sentencia de 26 de febrero de 1970, mediante la cual denegó todas las súplicas impetradas y absolvió al demandado de los cargos contra él formulados.

5. Como efecto de la apelación interpuesta por el demandante el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, el que, por sentencia de 14 de enero de 1971, confirmó el fallo apelado y condenó al apelante en las costas del recurso.

II. *Motivación del fallo impugnado.*

1. Después de relatar los antecedentes del litigio y todo el desarrollo del proceso, dedicando buena parte a enumerar, discriminándolas y extractando su contenido, las pruebas aportadas por los litigantes, pasa el Tribunal a determinar la prevalencia entre los títulos que para justificar el derecho de dominio en la zona de terreno materia de la controversia allegaron las partes: la Resolución número 123 de 21 de agosto de 1946, proferida por el Ministerio de Economía Nacional y protocolizada mediante escritura pública 865 de marzo de 1965; y la número 37-J de 19 de febrero de 1965, dictada por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, protocolizada mediante escritura número 252 de abril del mismo año.

2. En esta tarea, el sentenciador considera primeramente las declaraciones recibidas en el juicio a instancia del demandante, refiriéndose concretamente a las rendidas por Angel Miguel Giraldo Rendón, Alfonso Calderón Gil, José Correa, Ramón Ospina, y en forma genérica las de los demás testigos; resume sus afirmaciones, en relación con la posesión ejercida por Horacio Molina Franco en la finca ''Las Nutrias'' hasta el año de 1962 y sobre la violencia que por esta época se presentó en la región.

Como de este análisis infiere que en dicha sección territorial ''la violencia fue transitoria, de manera que los poseedores de fincas raíces en el Carare siempre pudieron estar presentes para ejecutar actos de señor y dueño'', concluye el fallador afirmando que en el caso *sub lite* es inaplicable el Decreto 1113 de 1905, conforme al cual ''en los diez años que fija la Ley 48 de 1882 en su artículo 7º, para establecer en los terrenos adjudicados alguna industria agrícola o pecuaria, no se contará el tiempo de la perturbación del orden público''.

Dice, luego, refiriéndose a los documentos privados contentivos de las ventas que de mejoras existentes en el predio hicieron algunos colonos a los aquí querellantes, que como ellos demuestran que Botero Palacios precedió en la ocupación a Molina Franco, debe prevalecer el derecho de aquél puesto que, agrega, conforme al artículo 1873 del Código Civil, en los casos de venta separada de la misma cosa ''a dos personas, el comprador que haya entrado en posesión será preferido al otro''.

3. A continuación apunta el sentenciador que como Molina Franco, adjudicatario de 1.300 hectáreas en la finca ''Las Nutrias'', no cumplió con la obligación legal de explotarla económicamente en la extensión requerida por la legislación sobre baldíos, el título presentado por el demandado Botero es de mejor valor que el aportado por aquél, a pesar de ser éste más antiguo.

Dice, en apoyo de su aserto, que todas las leyes que en Colombia se han dictado sobre adjudicación de baldíos han establecido la condición resolutoria del dominio del adjudicatario para el caso de que, dentro de ciertos plazos, no hubiere explotado económicamente determinadas porciones del fundo adjudicado. Para razonar así cita, además de las Leyes 14 de 1870 y 48 de 1882, el artículo 56 del Código Fiscal que establece que si "dentro del término de diez años, contados desde la fecha de adjudicación, no hubiere (el adjudicatario) cultivado la tercera parte del terreno, u ocupado con ganado dos terceras partes..., el dominio de los terrenos adjudicados vuelve a la Nación *ipso facto* y por ministerio de la ley, y por tanto son éstos denunciables, por el solo hecho del cumplimiento de la condición"; el artículo 2º de la Ley 85 de 1920 que consagra el mismo principio, pero reduciendo a la quinta parte del fundo adjudicado la que debía ser cultivada; y, finalmente, al artículo 4º de la Ley 34 de 1936, que establece la misma condición resolutoria del dominio de terrenos adjudicados por la Nación "a cambio de bonos o títulos de tierras baldías", reduciendo el plazo a cinco años y ampliando la extensión que debe explotarse "por lo menos a la mitad del terreno" adjudicado.

Aludiendo a esta última disposición legal, dice el sentenciador que por estar vigente a la época en que se profirió la Resolución 123 de 1946, mediante la cual se adjudicó al demandante la finca "Las Nutrias", dicha norma es la que rige sus efectos. "Es indudable —dice— que Molina no cumplió con la exigencia legal de poseer el predio por medio de una explotación económica según la Ley 200 de 1936; si así hubiere sido no hubieran podido entrar a él los colonos, ni el mismo demandado".

Nota que como para hacerle adjudicación a Botero Palacios se llenaron los requisitos legales, se demostró su posesión sobre el fundo por un período de 12 años, se inspeccionó la finca "con citación de los colindantes, entre los cuales figura el hoy demandante", y como según el proceso respectivo no hubo oposición, debe concluirse que, apunta el Tribunal, "la resolución por la cual se le adjudicó el terreno debe tener todo el valor que le señala la Ley 135 de 1961".

Conclusión de este estudio es, para el Tribunal, la de que, está "más acorde con la justicia la última resolución dictada por el Gobierno según la cual se adjudicó a Botero Palacios el terreno", cuyo título lo encuentra además respaldado con la posesión que éste viene ejerciendo.

4. Expresa finalmente el Tribunal, prohijando al respecto los motivos que esgrimió el *a quo* para negar las peticiones de la demanda, que no encontrándose cabalmente probada la identidad del fundo poseído por el demandado con el que el demandante busca reivindicar, la acción deducida no puede prosperar por falta de otro de sus elementos axiológicos.

III. *Demanda de casación y consideraciones de la Corte.*

Contra la sentencia de segundo grado interpuso el demandante recurso de casación. En la demanda respectiva le formula cuatro cargos: los tres iniciales dentro del ámbito de la causal primera del artículo 52 del Decreto 528 de 1964, vigente a la sazón; y el cuarto con fundamento en la causal segunda.

Por exigirlo así el despacho lógico de los cargos, la Corte procede a examinar en primer término el último, el cual se funda en un error *in procedendo*.

Cargo cuarto. Se formula diciendo que "la sentencia no está de acuerdo con las pretensiones del actor, las que se demostraron en forma fehaciente, con plenas pruebas, frente al antiguo Código Judicial vigente a la época, y hoy, esa misma demostración aparece plena y lúcidamente, conforme al nuevo ordenamiento procesal", por lo cual, dice el censor, debe reconocérsele el derecho que le asiste haciendo las declaraciones impetradas.

Se considera:

1. Cosa distinta de no decidir un extremo de la litis es resolverlo en forma adversa al peticionante. En el primer supuesto el fallo sería incongruente y, en consecuencia, atacable en casación con base en la causal segunda; en el segundo no, puesto que la sentencia desfavorable implica un pronunciamiento del sentenciador sobre la pretensión de la parte, que solo podría ser impugnada a través de la causal primera si ella viola directa o indirectamente la ley sustancial. De lo contrario se llegaría a la conclusión de que el fallo solo sería congruente cuando fuera favorable a las pretensiones del demandante, lo que es ciertamente inaceptable.

2. Ha sido doctrina constante de la Corte la de que la sentencia totalmente absolutoria, como lo es la que aquí se impugna extraordinariamente, no puede ser atacada por incongruencia, ni por tanto acusada con fundamento en la causal segunda de casación, porque en el fallo de

dicho contenido quedan resueltas todas las súplicas de la demanda y las demás pretensiones deducidas por los litigantes, de tal manera que en esa decisión no es posible descubrir, por sustracción de materia, ninguno de los casos estructurales de la inconsonancia, como son decidir sobre cuestiones no pedidas (extra petita), o sobre más de lo pedido (ultra petita), o sobre menos de lo suplicado (minima petita).

3. De la simple lectura del cargo que se estudia, surge, pues, que él es ineficaz, puesto que hace estribar la desarmonía que le imputa al fallo en supuestos errores del sentenciador en la valoración de la prueba, los que lo llevaron a negar las pretensiones del demandante.

"Fuera de la falta de consonancia entre lo demandado y lo sentenciado —ha dicho la Corte— que es el motivo de casación autorizado en el numeral que invoca el recurrente en esta parte, todo lo demás relacionado con el fondo mismo de la cuestión controvertida, las acusaciones que conduzcan a calificar legalmente los fundamentos o motivación jurídica del fallo, son materia exclusiva del primero de los motivos de casación que engloba las diversas maneras de violación de la ley sustancial". (LII, 21).

La acusación es pues impróspera.

Cargo primero.

1. En su planteamiento se denuncia el quebranto directo de los artículos 946, 950, 962, 963 y 964 del Código Civil, violación que consiste, dice el censor, en que el Tribunal no los aplicó "a hechos debidamente comprobados en el proceso, y como consecuencia de ello el fallo de segunda instancia se abstuvo de decretar la reivindicación".

2. En desarrollo del cargo el acusador, después de determinar, enumerándolos, los requisitos que de acuerdo con la jurisprudencia son necesarios para estructurar la acción reivindicatoria, afirma que como tales presupuestos se encuentran plenamente probados en este proceso el Tribunal debió decretar la restitución demandada.

Expresa el censor que en este caso no queda duda que es él el dueño del fundo "Las Nutrias" y por tanto de la parte que de este se reivindica, porque así lo demuestra plenamente la copia de la Resolución número 123 de 21 de agosto de 1946, por medio de la cual la Nación Colombiana le adjudicó ese baldío, junto con la certificación expedida por el Registrador de Vélez, la que acredita que aquélla se inscribió allí desde octubre de 1946. Apunta que como contra este título el demandado no aportó uno de mejor derecho, era deber del sentenciador atribuirle todo su valor probatorio.

Añade el impugnador que "si a ello se agrega la numerosa prueba testimonial, la de peritos y la inspección ocular, queda más en claro que el doctor Horacio Molina Franco es el dueño de Las Nutrias y de la zona de terreno delimitada que es objeto de la acción reivindicatoria"; y que, comprobado dicho presupuesto, el *ad quem* ha debido declarar que el dominio de dicha finca correspondía al demandante.

3. Dice, luego, que por lo que hace el presupuesto relacionado con la singularización de la cosa también se halla presente, puesto que así lo justifica la prueba testimonial, la inspección judicial, el "levantamiento topográfico y fotográfico" del Instituto Agustín Codazzi, los títulos de adjudicación y además la confesión del demandado contenida en la contestación de la demanda, la cual, agrega, también demuestra la posesión del predio por parte de Botero Palacios y la identidad del poseído por éste con el que el demandante trata de reivindicar.

4. Rematando la formulación de esta censura, dice el impugnante que el actor, "al singularizar en la demanda la cosa reivindicable por sus linderos, la determinó como elemento objeto del litigio; y si el demandado aceptó estar en posesión de lo que se demanda, así singularizado, no discute entonces la identidad del bien, porque lo que posee es lo mismo que se le demanda. En este evento —añade— lógicamente no podía negar el sentenciador que hubiera identidad entre la cosa poseída y la que se pretendía reivindicar".

Se considera:

1. Reiteradamente ha sostenido la doctrina de la Corte que a la violación de la ley sustancial, que constituye el fundamento de la causal primera de casación, se puede llegar de dos maneras diferentes: por vía directa o por vía indirecta. Se infringe directamente la norma cuando, sin consideración a la estimación probatoria, se deja de aplicar dicha ley, o se la aplica indebidamente, o se la interpreta de manera equivocada; cuando la violación de la ley se origina en una indebida valoración de determinada prueba, o en que a ésta no se la tiene en cuenta a pesar de existir, o se la considera existente sin que el proceso la contenga, la infracción es indirecta, evento en el cual no se puede dar la violación de la ley sustancial por interpretación

errónea como insistentemente lo ha dicho la doctrina.

La violación directa de la ley sustancial implica pues, por contraposición a lo que a su vez constituye el fundamento esencial de la violación indirecta, que por el sentenciador no se haya incurrido en yerro alguno de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas; y que por consiguiente no exista reparo o tacha que oponer contra los resultados que en el campo de la cuestión fáctica hubiere encontrado el fallador, como consecuencia del examen de la prueba.

En la demostración de un cargo por violación directa el recurrente no puede, por consiguiente, separarse de las conclusiones a que en la tarea del examen de los hechos haya llegado el Tribunal. En tal evento, como lo ha dicho la Corte, la actividad dialéctica del impugnador tiene que realizarse necesaria y exclusivamente en torno a los textos legales que considere no aplicados, o aplicados indebidamente, o erróneamente interpretados; y en todo caso con absoluta prescindencia de cualquier consideración que implique discrepancia con el juicio que el Tribunal haya hecho en relación con las pruebas.

2. De la sola lectura del cargo en estudio se advierte que, a pesar de haberse formulado claramente por violación directa, su sustentación arranca únicamente de que el censor estima que el Tribunal no dio por establecidos en el juicio los presupuestos esenciales de la acción reivindicatoria, no obstante que toda la prueba incorporada al proceso los demuestra plenamente. Es decir, que el cargo viene edificado sobre presuntos errores que habría cometido el sentenciador en la apreciación de las pruebas aducidas por el demandante para justificar el derecho cuya tutela impetra, sustentación que no corresponde a la naturaleza de la censura formulada.

Por lo dicho, se desestima la censura.

Cargo segundo.

1. En su planteamiento se denuncia el quebranto indirecto, por falta de aplicación, de los artículos 789, 946, 950, 962, 963, 964 y 1873 del Código Civil, a causa de los errores de derecho en que incurre el Tribunal, "cuando en ocasiones le da a la prueba determinada fuerza que la ley no le atribuye, en algunas veces, y en otras, desconoce la fuerza que la ley le asigna".

2. En desarrollo del cargo empieza el censor por afirmar que erró el Tribunal al no atribuir pleno mérito probatorio a la confesión del demandado hecha al contestar la demanda, más concretamente al responder los hechos 7º, 8º y 9º del libelo, con lo cual, dice, se infringieron los artículos 606 y 607 del Código Judicial: el primero, en cuanto atribuía fuerza de plena prueba a la confesión judicial; y el segundo, que confería validez a la confesión del apoderado rendida en el escrito de contestación a la demanda.

A continuación expresa el recurrente que la conclusión del Tribunal en el sentido de que el predio materia de reivindicación no está identificado, razón esta que también lo condujo a negar las peticiones de la demanda, fue la consecuencia de no haber atribuido ni a la inspección judicial, ni al dictamen de los peritos, ni a la prueba testimonial el pleno valor demostrativo que para estos medios consagraban los artículos 730, 721 y 697 del Código Judicial. Agrega que estas pruebas fueron pedidas, decretadas y practicadas oportunamente; que en su producción se observaron todos los ritos procesales debidos; que el experticio rendido por los peritos Miguel Muñoz, Manuel Colmenares y José Manuel Solis, contra el cual no prosperó ninguna de las objeciones formuladas, se encuentra debidamente fundado y explicado; y que los testimonios recibidos en el proceso son acordes en la narración de los hechos y sus circunstancias de lugar, tiempo y modo. Refiriéndose a la prueba documental, apunta el censor que "el levantamiento aerofotogramétrico, expedido por el Instituto Agustín Codazzi", es un documento público que se allegó al proceso oportunamente y que no fue tachado de falso; que habida cuenta de estas circunstancias "ha debido dársele por el Tribunal el valor que el Código de Procedimiento Civil le atribuía"; que al no haber procedido así, el sentenciador violó el artículo 635 de dicho estatuto, como infringió también el artículo 632 *ibídem* "al negarle todo valor probatorio a la escritura pública, con la constancia de su registro, mediante la cual se protocolizó el acto de adjudicación en cabeza de Horacio Molina Franco".

3. Concluyendo la formulación de este cargo, expresa el censor: "Del estudio que hemos dejado plasmado se concluye que el fallo recurrido, hay que invalidarlo con fundamento en la causal primera, pues la sentencia es violatoria de las normas de derecho sustanciales que en el estudio de cada medio probatorio se dejaron citadas".

Cargo tercero.

1. En su planteamiento se denuncia el quebranto indirecto de los artículos 946, 950, 952, 962, 963 y 964 del Código Civil, por falta de aplicación, como consecuencia de errores de hecho que aparecen de modo manifiesto en los autos, provenientes de la falta de apreciación de algunas pruebas.

Entre los medios que al decir del censor el Tribunal dejó de apreciar, señala los siguientes:

a) la confesión del demandado contenida en la contestación a la demanda;

b) la inspección judicial practicada el 13 de junio de 1966 por el Juzgado Municipal de Bolívar, con intervención de peritos;

c) "los documentos y demás pruebas que obran en los cuadernos 1º, 2º, 3º y 4º";

d) "los documentos que acreditan las compras de las mejoras";

e) los testimonios aducidos al juicio por el demandante;

f) las copias del proceso policivo instaurado ante la inspección departamental de Zambito por Molina Franco contra Botero Palacios; y

g) el plano elaborado por el perito Solis y la aerofotografía del terreno.

2. En desarrollo del cargo el recurrente se detiene en el análisis de las pruebas referidas, extractando su contenido. En esta labor afirma que si el *ad quem* hubiera visto la confesión contenida en la contestación de la demanda, la habría ponderado en su valor probatorio y consiguientemente accedido a las súplicas, puesto que, añade, esas manifestaciones "conllevan el reconocimiento de los cuatro elementos de la acción de dominio"; que la posesión del predio materia de la litis, por parte del demandado, se encuentra acreditada además con la "múltiple prueba testimonial"; que el no haber visto el sentenciador "el plano elaborado por el perito Solis, ni el dictamen pericial practicado sobre el terreno, ni la aerofotografía", pruebas con las cuales quedan "determinados de manera cierta los puntos de alinderación (sic) de las Nutrias y la parte del inmueble a (sic) reivindicarse", lo condujo a afirmar erróneamente que no existe identidad entre el bien poseído y el que es objeto de la restitución pedida; y que, también omitió considerar la prueba testifical.

"El Tribunal —expresa el censor rematando la formulación del cargo— se limitó a hacer apreciaciones subjetivas olvidando que el acervo probatorio se analiza en su conjunto y desconociendo los principios generales de derecho de que nadie puede enriquecerse sin justa causa, error de hecho que condujo al juzgador a violar los artículos 950, 952, 962, 963, 964 del Código Civil, e igualmente el 946 *ibídem*".

Se considera:

1. Al proceder la Sala a decidir los dos cargos que aquí se examinan conjuntamente, encuentra que ellos adolecen del mismo defecto de técnica que los hace necesariamente imprósperos, cual es el de no estructurar proposición jurídica completa.

Se ha dicho, en efecto, que "cuando la sentencia del Tribunal *ad quem* decide sobre una situación dependiente, no de una sola norma sino de varias que se combinan entre sí, la censura en casación, para ser cabal, tiene que investir la forma de lo que la técnica llama proposición jurídica completa. Lo cual se traduce en que si el recurrente no plantea tal proposición, señalando como vulnerados todos los textos que su estructura exige, sino que se limita a hacer una indicación parcial de ellos, el ataque es vano".

(Sentencia de 16 de noviembre de 1967, aún no publicada).

2. Y esto es lo que acontece con los dos cargos que aquí se estudian, puesto que habiéndose apoyado principalísimamente la sentencia del Tribunal en los preceptos legales que regulan los efectos en el tiempo de las adjudicaciones de predios baldíos, dichas normas no han sido acusadas en la demanda de casación, ni la Corte puede oficiosamente estudiar este aspecto de la cuestión por impedírselo el carácter eminentemente dispositivo del recurso.

3. Los preceptos que para negar el derecho invocado por el demandante aplicó el Tribunal, acertada o desacertadamente, son, en primer lugar, el artículo 56 del Código Fiscal que estatuye que "en toda adjudicación de baldíos se entiende establecida la condición resolutoria del dominio del adjudicatario en el caso de que, dentro del término de diez años, contados desde la fecha de la adjudicación, no hubiere cultivado la tercera parte del terreno, u ocupado con ganados dos terceras partes", evento en el cual, "el dominio de los terrenos adjudicados vuelva a la Nación *ipso facto* y por ministerio de la ley, y por tanto son éstos denunciables"; y en segundo término, el artículo 4º de la Ley 34 de 1936 que consagra el mismo principio para las adjudicaciones que haga la Nación, "a cambio

de bonos o títulos de tierras baldías". Como la aplicación de estos preceptos no ha sido acusada en la demanda de casación, y a la Corte no le es dado considerar oficiosamente si ellos estuvieron bien o mal aplicados, la legalidad de la sentencia del Tribunal queda en pie porque su aplicación continúa amparada por la presunción de acierto.

Esta defectuosa formulación de los cargos segundo y tercero los hace ineficaces, y, en consecuencia, se rechazan.

IV. *Resolución.*

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia de fecha catorce (14) de enero de mil novecientos setenta y uno (1971), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil en este juicio ordinario.

Costas del recurso a cargo del recurrente.

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

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

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.



FILIACION NATURAL

Litis consorte pasivo cuando ha muerto el presunto padre.—Legítimo contradictor.—Litis consorte voluntario, efectos de su confesión.—Error de derecho.—Confesión del litis consorte.—Indicios, su apreciación es cuestión de hecho.

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

(Magistrado ponente: doctor Germán Giraldo Zuluaga).

Entra la Corte a decidir el recurso de casación que la demandada Olimpia Palacio interpuso contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia, proferida el 17 de mayo de 1969 en este proceso ordinario seguido contra élla y Delfín y Marco Tulio López.

I. *El litigio.*

1. Carmen Rojas, actuando en representación de sus menores hijos Hernán, Argenia, Einar y Edgar López o Rojas y Flor Alba y Viviana López o Rojas quienes obran en sus propios nombres, demandaron por la vía ordinaria "a la sucesión del señor Jesús López Moreno, representada por su esposa la señora Olimpia Palacio y por los hermanos carnales del causante señores Delfín y Marco Tulio López Moreno", para que se declarase que los mencionados López o Rojas, "hijos naturales de la señora María del Carmen Rojas, son también hijos naturales del señor Jesús López Moreno con derecho a recoger la cuota hereditaria que según la ley civil les corresponde, en concurrencia con la señora Olimpia Palacio esposa del causante López Moreno".

2. Como *causa petendi* se afirmó en síntesis, que entre María del Carmen Rojas y Jesús López Moreno existieron relaciones sexuales estables durante más de los veintinueve años que antecedieron a la muerte de éste; que durante ese tiempo tuvieron comunidad de habitación, inicialmente en el punto de Guayaquil del hoy Municipio de Córdoba; luego en finca de propiedad de Delfín López, hermano de Jesús; después en el poblado de Córdoba, y, finalmente, en Armenia, hasta el día de la muerte de López Moreno; que de tales relaciones sexuales, que fueron notorias y estables, nacieron los seis demandantes, a quienes López Moreno trató como a sus hijos, habiendo proveído a su subsistencia, educación y establecimiento y habiéndolos presentado, como tales, a sus deudos y amigos y al vecindario de su domicilio en general; que López Moreno contrajo matrimonio con la demandada Olimpia el 20 de julio de 1931, unión de la cual no hubo descendencia; y que los herederos de aquel son su cónyuge Olimpia Palacio de López y sus hermanos Delfín y Marco Tulio López Moreno.

3. Olimpia Palacio viuda de López contestó la demanda negando lo fundamental de los hechos de la *causa petendi* y oponiéndose a las pretensiones de la parte actora; los otros dos demandados, por el contrario, aceptaron tales hechos y manifestaron su conformidad con las declaraciones impetradas.

4. La sentencia de primer grado, proferida por el Juez Segundo Civil Municipal de Armenia el 8 de octubre de 1968, acogió todas las súplicas de los demandantes. Apelada esta decisión únicamente por la demandada Olimpia Palacio de López, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia la confirmó en fallo del 17 de mayo de 1969, contra el que la misma demandada interpuso el recurso de casación que ahora se decide.

II. *El fallo impugnado.*

Expresa el Tribunal que son dos las causales de paternidad natural alegadas: la de relacio-

nes sexuales públicas y estables y la de posesión notoria del estado civil de hijo natural. Acomete luego el análisis de todos los testimonios que adujo la parte demandante a intento de demostrar los hechos fundamentales de la demanda, y los desecha con base en que "no enseñen nada distinto del contenido fiel y exacto de las preguntas que el profesional cuestionante les formula. Los testimonios reproducen fielmente dichas preguntas hasta el punto de que entre aquellos y éstas se presenta una perfecta concordancia gramatical, literaria, ideológica y de construcción oracional, de forma que carecen de espontaneidad, racionalidad y motivación propias de los demandantes".

Entra luego el sentenciador a estudiar la prueba de esta causal "desde otro punto de vista, frente a los legítimos contradictores llamados al juicio" y encuentra que los hechos constitutivos de la causal alegada fueron confesados por los demandados Delfín y Marco Tulio López Moreno al absolver posiciones, y concluye que sus confesiones "han de tenerse con fuerza suficiente para dar por probadas las relaciones sexuales aducidas como base del reconocimiento impetrado, más aún si se agrega que los absolventes reconocen directamente y sin reticencias, que los demandantes son hijos naturales del causante Jesús López Moreno". A continuación expresa el Tribunal: "el mismo causante reconoce en escrito firmado por él y bajo juramento —declaraciones de renta— a cinco de los demandantes como hijos suyos para obtener exenciones frente al Estado. Tal reconocimiento no se explica si ninguna relación hubiera ligado al firmante de esas declaraciones con la madre de los demandantes. Es elemental que si el señor Jesús López Moreno reconoce que éstos son hijos suyos, esta calidad tiene que derivar *necesariamente* de haber tenido relaciones sexuales con la madre de tales hijos. Tales declaraciones de renta no pueden tenerse como prueba directa de reconocimiento por la causal 3ª del artículo 4º de la Ley 45 de 1936 que no fue alegada, pero sí constituyen un indicio de existencia de las relaciones sexuales".

Finalmente afirma el Tribunal que estando probada la causal de relaciones sexuales, "resulta inocuo el análisis del segundo motivo aducido para tal efecto".

III. *El recurso.*

La única recurrente en casación formula cuatro cargos contra la sentencia antes extractada, todos dentro del campo de la causal primera, así:

Primer cargo. Expresa la censura que el Tribunal dejó de aplicar los artículos 20 y 29 de la Ley 45 de 1936 y 1458, 1464 y 1476 del Código Civil y aplicó en forma indebida los artículos 1º, 4º, 8º y 21 de la misma ley, quebranto indirecto que se produjo como consecuencia del error de hecho en que incurrió el sentenciador respecto de la prueba de confesión, de acuerdo con la cual declaró que estaban plenamente acreditadas las dos únicas causales de filiación natural que se invocaron en la demanda, es decir, las que establecían los numerales 4º y 5º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936 que son las mismas que señalan los numerales 4º y 6º del artículo 6º de la Ley 75 de 1968.

Dice el recurrente que son tres los demandados en este juicio: la viuda Olimpia Palacio y los dos hermanos del causante; que, por tanto, la parte demandada la integran todos ellos, entre quienes existe un litis consorcio necesario; que Olimpia Palacio "se opuso siempre a las peticiones del demandante y nunca aceptó las afirmaciones de hecho en que éste basaba su solicitud. Los señores López Moreno en cambio, aceptaron algunos de los hechos aducidos por el actor en su libelo. Erróneamente, el Tribunal halló una confesión en las declaraciones de éstos últimos, olvidando que por sí solos éllos no constituían la parte demandada. Así pues, al examinar una prueba —las declaraciones de los señores López Moreno— el Tribunal halló confesión de parte donde sólo existía el informe de algunos de los interesados, e incurrió por eso en evidente error de hecho".

Luego de algunas críticas al contenido de las respuestas que los demandados López Moreno dieron al pliego de posiciones que se les sometió y de insistir en que la demandada Olimpia Palacio de López no confesó los hechos fundamentales de la demanda que dio origen al presente juicio, concluye afirmando el recurrente que "hubo error de hecho al ver declaración de parte donde sólo existía declaración de algunas personas y al dar por afirmados hechos que no lo fueron en forma expresa y precisa. Si el Tribunal no hubiese cometido ese doble error de hecho *la sentencia habría tenido que ser desfavorable para los demandantes.* Porque, prescindiendo de la confesión que no existió, el resto de las pruebas analizadas no eran suficientes para aceptar el pedido de la demanda". De aquí concluye el censor que "frustrada, pues, la posibilidad jurídica de que las declaraciones aludidas integran una *confesión,* no quedaba a esas

declaraciones ninguna capacidad para fundamentar la sentencia''. Agrega luego que no podía fundarse ese fallo ''en la prueba testimonial allegada por el demandante, porque el Tribunal con muy buen sentido, criticó su falta de espontaneidad y, por ello, su habilidad como instrumento de convicción''.

Concluye, entonces, que ''finalmente tampoco podía fundarse esa sentencia en las declaraciones de renta del occiso, donde dijo el Tribunal haber hallado el reconocimiento de cinco de los demandantes para obtener deducciones frente al Estado, y que según el Tribunal constituyen 'indicio de existencia de las relaciones sexuales'. Porque también la afirmación del Tribunal implica *error de hecho* evidente. Las copias de las declaraciones de renta mencionan a cinco personas de apellido López y, sin embargo, según las reglas sobre filiación, si los demandantes eran hijos de Carmen Rojas, era éste último su apellido, y no López, por lo que resulta imposible afirmar —como hace el Tribunal— que las personas relacionadas en la declaración de renta eran las mismas personas demandantes. (Art. 14, Decreto 1003 de 1939). Como si lo anterior fuera poco, en la mencionada declaración de renta se habla de Himar López, y ninguno de los demandantes tiene ese nombre. Finalmente, en la declaración de renta se dice que Flor Alba López tiene 19 años, y ello nos permite pensar que aquí —como en los otros casos— la coincidencia de algunos nombres es puramente superficial, puesto que la partida de nacimiento de Flor Alba López aportada al juicio (folio 19, cuaderno principal), demuestra que al elaborar la declaración de renta en comento, dicha persona tenía 21 años, no pudiendo ser, por ello, la misma persona indicada en el relato tributario. No había pues, contra el sentir del Tribunal, una declaración de renta que indicase que las *personas demandantes* habían sido presentadas como hijas de Jesús López Moreno, para efectos de conseguir una deducción de impuestos. Hubo error de hecho, también por este motivo, al afirmar la existencia de una prueba indiciaria que no existía. Por supuesto, el Tribunal seguro de que su fallo sobre la presunta prueba de confesión era concluyente se abstuvo de calificar la gravedad y precisión de este indicio.

''Sin embargo, poco importa precisar el error de hecho evidente en que incurrió el Tribunal al afirmar que la declaración de renta presentada constituía 'indicio' de las relaciones sexuales entre el causante y Carmen Rojas. Porque aunque esa declaración pudiese acreditar, en verdad, el indicio que creyó ver en ella el Tribunal, tal indicio era único, y el Tribunal ni siquiera se pronunció sobre su gravedad y precisión, condiciones éstas que de acuerdo con el artículo 665 del Código Judicial habían sido necesarias para que dicho 'indicio' hubiese podido prestar algún soporte a la sentencia que impugno.

''Así, pues, como no hubo confesión, como la prueba testimonial fue rechazada por el Tribunal y como tampoco hubo indicios plurales en número, y graves y conexos entre sí, o si alguno hubo, fue único y no tenía las condiciones legales para tener fuerza probatoria, la sentencia del Tribunal no podía ser favorable a la parte demandante en ningún caso''.

La Corte considera:

1. Este proceso, por estar ya muerto el presunto padre natural, se inició contra sus herederos; como tales fueron demandados sus dos hermanos legítimos y su viuda. El litis consorcio pasivo así formado entre éstos, no es necesario, como erradamente lo afirma el impugnador, sino meramente facultativo o voluntario, pues nada impedía que la pretensión se hubiera deducido solamente contra uno o varios de éllos; la sentencia, en tal caso, sólo aprovecharía o perjudicaría a quienes fueron citados al juicio. (G. J. LXXVI, pág. 261).

2. Asimismo yerra el recurrente cuando pretende que los demandados son legítimos contradictores con el alcance que esta expresión tiene en los artículos 403 y 404 del Código Civil. En la cuestión aquí propuesta existiría legítimo contradictor si los demandntes, quienes se pretenden hijos de Jesús López Moreno, hubieran dirigido la demanda contra éste. Mas si el libelo demandador se dirigió directamente contra los herederos, sus dos hermanos y su viuda, entonces, no existe legítimo contradictor. En consecuencia, el fallo, por este motivo, no produciría efectos erga omnes, sino sólo respecto de quienes fueran partes en el juicio.

3. Por existir entre los demandados litis consorcio pasivo voluntario, el recurso de casación, propuesto únicamente por Olimpia Palacio, no podría aprovechar a los otros demandados. Para los litis consortes que aceptaron la decisión del Tribunal, su fallo condenatorio se encuentra ya ejecutoriado.

4. Así como los recursos intentados en casos como el presente apenas benefician el litis consorte facultativo que los introduce, pues en tal

cvento no es forzoso el pronunciamiento de sentencia que deba ser igual para todas las personas que forman el consorcio, de la misma manera cada uno de esos litis consortes, independientemente de los demás, puede confesar.

Errado es sostener, como lo hace el recurrente, que por estar integrada la parte demandada por tres personas, la aceptación que dos de éllas hagan de ser ciertos los hechos que las perjudican afirmados por el adversario, no constituye confesión, pues ésta sólo podría surgir cuando la hacen todas las personas que integran la parte respectiva. Tal afirmación sería válida si se tratara de un litis consorcio necesario, más ya se vio que el que aquí forman los demandados es sólo facultativo, por lo cual cada uno de éllos puede confesar.

5. Como, en el punto, el error que se endilga al Tribunal se hace consistir en que halló una confesión en las declaraciones de los demandados López Moreno, "olvidando que por sí solos ellos no constituían toda la parte demandada", síguese, frente a lo expuesto arriba, que el cargo no puede prosperar, pues se apoya en una premisa errada cual sería la de que no es confesión la aceptación del hecho que les perjudica hecha por varios de los demandados en juicio de filiación natural. Ningún error fáctico, por tanto, cometió el Tribunal al deducir, de las posiciones que absolvieron los demandados López Moreno, que éstos aceptaron los hechos fundamentales de la demanda en cuanto a la causal de relaciones sexuales. Precisamente eso es lo que expresan las respuestas correspondientes.

6. Más si por cuanto no existe un litis consorcio necesario entre los demandados, cada uno de ellos puede confesar con independencia de los demás, ello no quiere decir que los efectos de esa confesión pueden extenderse a los demás consortes que no confesaron. La relatividad de los efectos de esta prueba impide que su valor demostrativo se extienda también a quienes no aceptaron los hechos que les perjudican y que fueron afirmados por el adversario. La confesión, por tanto, aún tratándose de la hecha por un litis consorte voluntario, sólo puede perjudicar como tal a quien la hizo y nunca a los demás.

Grave error, en este punto, cometió el Tribunal al hacer extensivos a Olimpia Palacio los efectos de la confesión que hicieron los otros dos demandados. No obstante, comoquiera que por este aspecto preciso no se formuló acusación contra la sentencia del *ad quem*, la Corte no tiene facultad para hacer un enjuiciamiento acerca de temas no señalados por el recurrente.

7. En cuanto al segundo error de hecho que se atribuya al Tribunal, se observa:

La sentencia, como aparece del extracto que de ella se hizo, tiene dos soportes probatorios autónomos: el primero consiste en que hay prueba de confesión sobre los hechos constitutivos de la causal de relaciones sexuales; el segundo, en que si el causante Jesús López Moreno, en su declaración de renta, denunció como sus hijos a cinco de los demandantes, ese hecho constituye indicio necesario de que, durante el tiempo en que se presume la concepción, él cohabitó con la progenitora de los demandantes, pues "es elemental —según reza la sentencia— que si el señor López Moreno reconoce que éstos son hijos suyos, esta calidad tiene que derivar *necesariamente* de haber tenido relaciones sexuales con la madre de tales hijos".

8. Ahora bien, no habiendo prosperado el ataque dirigido a derribar el primer soporte, aunque prosperara el que se encamina a desquiciar el segundo, síguese que el fundamento que quedó incólume basta para estribar la sentencia e impedir su casación por el aspecto que contiene este primer cargo, el cual se rechaza.

Segundo cargo.

Denúnciase error de derecho por violación de los artículos 605, 665 y 666 del Código Judicial en la valoración de la prueba de confesión y de la de indicios, lo que llevó al Tribunal a infringir indirectamente, por falta de aplicación, los artículos 7, 20 y 29 de la Ley 45 de 1936 y 404, 1458, 1464 y 1476 del Código Civil, y, por aplicación indebida, los artículos 1, 4, 8 y 21 de la Ley 45 de 1936.

Expone el recurso que para la validez de la confesión se requiere capacidad de obligarse en quien la hace; que según los artículos 401 a 404 del Código Civil y 7º de la Ley 45 apuntada, "para que un fallo en materia de filiación natural produzca efectos, es preciso que se pronuncie 'contra legítimo contradictor' y son legítimos contradictores, fallecido el presunto padre, sus herederos"; que, entonces, fallecido el progenitor sólo puede surgir la confesión si la hacen *todos* los herederos de éste, mas no si sólo son varios los que confiesan, "pues entre los herederos del legítimo contradictor se establece un litis consorcio necesario"; que "según el análisis anterior la capacidad para confesar, en un juicio de filiación natural donde hay varios herederos, no pertenece a uno solo de ellos, sino a *todos*, en forma indivisible, pues la causa es

indivisible, y son indivisibles los efectos de la sentencia, cualquiera que sea".

"La declaración de unos o algunos de los herederos no puede valorarse como confesión, pues ellos no tienen, por sí solos, la capacidad que exige la norma citada para 'contraer la obligación de cuya comprobación se trata' ".

Concluye entonces así el recurrente: "si de los tres demandados, sólo confesaron dos, los hermanos del difunto, pues la viuda de éste negó siempre los hechos, síguese que el Tribunal cometió yerro de derecho, al calificar como confesión la manifestación que hicieron dos de los demandados de ser ciertos los hechos que les perjudicaba en estos dos señores aisladamente sino en todos los herederos del legítimo contradictor".

Finalmente arguye el impugnante que es único y no necesario el indicio que saca el sentenciador del hecho de que en su declaración de renta el presunto padre denunció como sus hijos a cinco de los demandantes; que ese indicio "no podía prestar ningún soporte a la sentencia" porque el *ad quem* "ni siquiera se pronunció sobre su gravedad y precisión, condiciones estas que de acuerdo con el artículo 665 del Código Judicial habían sido necesarias para que dicho "indicio" pudiera tomarse como medio de convicción; que al hacerlo el fallador cometió error de derecho al violar el artículo 666 del Código Judicial, pues no siendo la declaración de renta prueba directa de la paternidad natural, "éste sería solo un indicio para probar otro indicio".

La Corte considera:

1. El error de jure se presenta, como lo tiene enseñado la doctrina jurisprudencial de la Corte, cuando a un medio probatorio, cuya objetividad misma no se discute, se le concede un valor persuasivo de que legalmente carece o se le niega el que la ley le otorga. Adviértese, entonces, que la censura anda descaminada cuando pretende edificar un error de derecho sobre elementos eminentemente fácticos como lo son al determinar si la confesión carece de validez, si quien la hizo no tenía capacidad para obligarse, si el confesante es o no legítimo contradictor. Apreciar si alguien ha manifestado ser cierto el hecho que le perjudica afirmado por la contraparte y, por ende, si ello constituye confesión, es un asunto que no desborda los lindes del campo fáctico.

Ahora bien, si el Tribunal vio que los demandados López Moreno aceptaron los hechos que servían, dentro de la causal cuarta de paternidad natural que erigía el artículo 4º de la Ley 45 de 1936, para fundar la declaración de que los demandantes son hijos de Jesús López, y si de allí concluyó que esas manifestaciones revestían el carácter de confesión, con ello no incurrió en error de derecho, pues el Código Judicial en su artículo 606 daba fuerza de plena prueba a la confesión judicial.

2. Es claro que en tratándose de cuestión litigiosa que haya de resolverse de manera uniforme para todos los litis consortes, cual sucede cuando existe litis consorcio necesario, los actos que impliquen disposición del derecho en litigio y la confesión, sólo pueden producir sus efectos propios si emanan de todos los que integran el consorcio. Este principio está consagrado hoy en los artículos 51 y 196 del Código de Procedimiento Civil. Mas cuando a pesar de existir litisconsorcio, éste no es necesario sino facultativo, la confesión, aunque no haya sido hecha por todos los que la componen, produce plenos efectos contra los confesantes. Respecto de los demás litis consortes facultativos, esa declaración de parte solamente tendrá el valor de testimonio de tercero.

3. En el caso *sub júdice,* como arriba se dejó dicho, no existe entre los demandados un litis consorcio necesario, pues la sentencia que en este proceso debía dictarse no tenía que ser uniforme para todos los litigantes ya que la demanda introductoria del proceso no fue siquiera propuesta directamente contra el presunto padre natural, que había fallecido cuando los demandantes ejercitaron su derecho de acción. Precisamente, por haber premuerto Jesús López Moreno, señalado como progenitor, los demandantes trajeros a juicio a la recurrente Olimpia Palacio y a los dos hermanos de aquel, en su calidad de herederos del mismo.

Resulta, entonces, que no erró el sentenciador al calificar de confesión la manifestación hecha únicamente por los hermanos López Moreno de que eran ciertos algunos hechos que les perjudican afirmados por los demandantes, ni al dar a esa confesión valor de plena prueba, pues tal es el que a la judicial le confería el artículo 606 del Código Judicial.

4. Lo anterior, como en el cargo precedente se puntualizó, no quiere decir que hubiera acertado el Tribunal al extender los efectos de esa confesión a la recurrente Olimpia Palacio quien no confesó. Mas como ese errado proceder no fue materia de ataque por ese preciso aspecto, la Corte no puede salirse del campo delimitado por la censura.

5. Errado anda el censor cuando afirma que "para que un fallo en materia de filiación natural produzca efectos es preciso que se pronuncie contra legítimo contradictor" y yerra también cuando asevera que, "fallecido el presunto padre, son legítimos contradictores sus herederos".

La inteligencia que debe darse a los artículos 401 a 404 inclusive del Código Civil, que eran aplicables también a los casos de filiación natural por disposición del artículo 7º de la Ley 45 de 1936 y que lo son hoy por mandato del 10 de la Ley 75 de 1968, no permite conclusión como la que expone el recurso. En efecto:

a) Toda sentencia pronunciada en proceso en que se litiga ora la paternidad ora la maternidad, ya legítima ya natural, produce la plenitud de los efectos generales y relativos de toda decisión judicial definitiva, es decir que tiene fuerza obligatoria en la causa en que se pronunció y respecto de quienes en élla fueron partes. Sucede, empero, que excepcionalmente el fallo dictado en esos asuntos puede tener obligatoriedad, no ya relativa, sino absoluta, es decir que tenga efectos erga omnes, *para lo cual es indispensable, entre otros requisitos, que haya sido pronunciado entre legítimos contradictores. De consiguiente, si el fallo respectivo no reúne las exigencias del artículo 402 del Código Civil, no produce efectos frente a todo el mundo; más no por ello pierde su eficacia, pues, en tal evento, su fuerza obligatoria podrá oponerse pero sólo a quienes intervinieron en el proceso correspondiente;*

b) En la cuestión de paternidad, como es la propuesta en este litigio, sólo hay legítimo contradictor cuando ella se ventila entre hijo y padre. Por ende, si por haber muerto éste el proceso de paternidad se inicia contra sus herederos, en tal evento no existe el legítimo contradictor.

6. Según lo que dispone el artículo 404 del Código Civil, si el padre, contra el que se adelanta proceso de filiación por sus hijos, razón por la cual inicialmente existe legítimo contradictor, fallece después de habérsele notificado la demanda, sus herederos lo representan en su calidad de contradictor legítimo demandado, pero con la modificación de que si el deceso se produce antes de la sentencia, ésta sólo aprovecha o perjudica a los herederos que hayan sido citados, aunque no comparezcan al proceso. Es decir que, en tal evento, el fallo también tiene efectos relativos.

Brota de todo lo expuesto que, evidentemente, los herederos del padre, demandados directamente en esa calidad en proceso de filiación, porque había fallecido antes de iniciarse el litigio, no tienen ni pueden tener la calidad de legítimos contradictores.

7. Acerca de la censura que se hace consistir en que el Tribunal habría cometido error de derecho en la apreciación de la copia de la declaración de renta como prueba de indicio, pues éste "sería único y no necesario", la Corte observa:

a) El *ad quem* calificó como indicio necesario la conclusión que brotaba de considerar que el presunto padre, en su declaración de renta y patrimonio, había declarado como hijos suyos a cinco de los demandantes, pues "tal reconocimiento... tenía que derivar *necesariamente* de haber tenido relaciones sexuales con la madre de tales hijos".

La censura, entonces, para que la formulación del cargo por error de derecho en la valoración de ese indicio pudiera ajustarse a la técnica, debía haber indicado como infringido el precepto que da fuerza de plena prueba al indicio necesario, lo que no hizo. Las normas, en este aspecto, señaladas como violación media por el recurrente, que lo fueron los artículos 665 y 666 del Código Judicial, no atañen a la fijación del valor de persuación del indicio necesario.

b) La conclusión a que puede llegar el sentenciador acerca de si un indicio es necesario o no, si existe uno o son varios, y si cuando son plurales tienen las calidades de gravedad, precisión y conexidad, es asunto que no sale de los lindes del campo fáctico y que no alcanza a entrar al terreno dentro del cual puede ocurrir el error de derecho. El juicio del sentenciador en el punto, no está encaminado a otorgar o negar determinado valor de convicción a una precisa prueba ya examinada, sino que apunta exclusivamente a la objetividad de la misma.

Como no existe, pues, el error de derecho denunciado, el ataque se rechaza.

Tercer cargo.

Denúnciase interpretación errónea del artículo 404 del Código Civil, que el censor hace consistir en que el Tribunal entendió que este precepto "confiere la representación del legítimo contradictor a sus herederos en forma divisible", siendo que esa disposición tiene un alcance diferente: el de que "la causa de la litis es indivisible para todos los herederos e indivisi-

bles los efectos de la sentencia, por lo que la representación jurídica del occiso no es divisible entre sus representantes''.

Cuarto cargo.

Denúnciase en él transgresión, por la vía directa y por falta de aplicación, del artículo 404 del Código Civil, por cuanto ''el derecho a obrar en nombre del legítimo contradictor corresponde a *todos* sus herederos y no puede concederse a unos y negarse a otros'', no obstante lo cual el sentenciador dio ''plenos efectos jurídicos a la declaración de los señores López Moreno'' con lo cual restó esos efectos a la posición de Olimpia Palacio (quien rechazó los hechos en que se funda la pretensión de los demandantes), dejando de aplicar, en consecuencia, el precepto citado que le atribuía a Olimpia Palacio —como representante del legítimo contradictor— la facultad de producir efectos jurídicos con sus actuaciones procesales''.

La Corte considera:

1. Ya se dejó expuesto que no existe litis consorcio necesario en casos como el presente en que, por haber premuerto el presunto padre natural, quienes dicen ser sus hijos demandan la paternidad directamente frente a los herederos de aquél. En tal evento la sentencia no tiene por qué ser uniforme para todos los demandados; puede ser, sin que nada lo impida, absolutoria para unos y condenatoria para otros. Por ende, el *ad quem* ni dejó de aplicar ni equivocó el sentido del precitado artículo cuando, no obstante ser tres los herederos del progenitor fallecido, calificó como confesión judicial la manifestación que dos de los demandados hicieron de ser ciertos algunos hechos que los perjudican afirmados por los demandantes.

2. Cosa distinta es, se repite, que el Tribunal erradamente haya visto que Olimpia Palacio confesó a que, equivocadamente también, haya extendido a ésta los efectos de una confesión que no le podía perjudicar porque fue hecha sólo por los otros litis-consortes. Mas no habiéndose formulado cargo por este preciso aspecto, la Corte no puede tomarlo como base para enjuiciar la sentencia del *ad quem*.

3. Dejando de lado lo anterior, obsérvase que el artículo 404 apuntado, en el caso, no constituye proposición jurídica completa, pues él solo no gobierna la totalidad de la situación jurídica debatida, ya que la relación sustancial está determinada especialmente por el artículo 4º de la Ley 45 de 1936, norma en que fundó su fallo el Tribunal y que, en estos dos cargos que conjuntamente se despachan, el impugnante no señala como quebrantada.

Por lo expuesto se rechazan estos últimos ataques.

IV. *Resolución:*

En mérito de las razones apuntadas, 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 Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia, proferida el 17 de mayo de 1969 en el juicio ordinario iniciado por Carmen Rojas y otros contra la sucesión de Jesús López M.

Sin costas en casación porque el recurso dio origen a rectificación doctrinaria.

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

José María Esguerra Samper; con salvamento de voto, *Aurelio Camacho Rueda, Ernesto Cediel Angel, Germán Giraldo Zuluaga, Humberto Murcia Ballén, César Gómez Estrada,* Conjuez.

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

Con respeto que me merecen mis colegas de Sala, expongo a continuación los motivos que me llevaron a salvar mi voto en la sentencia anterior:

1. Las relaciones sexuales estables y notorias habidas entre los presuntos padres de quien promueve un juicio de filiación natural y la posesión notoria de ese mismo estado, como causales para que proceda la declaración impetrada, pueden probarse libremente, porque la ley no exige que deban serlo mediante elementos de convicción específicamente señalados por ella misma. Si esto era verdad bajo la vigencia de la Ley 105 de 1931, con tanta mayor razón lo es hoy, dada la libertad de apreciación probatoria que establece el Código de Procedimiento Civil. Por consiguiente, la confesión judicial de la parte demandada es prueba apta y eficaz para demostrar las aludidas causales de filiación natural.

2. Cuando el sujeto pasivo de la relación procesal está integrado por más de una persona, todas éstas constituyen la parte demandada, según lo establecían los artículos 202 y 207 del Código Judicial, y por tanto, para que hubiese confesión, ora al aceptar los hechos de la demanda susceptibles de este medio de prueba, ya al contestar en forma afirmativa preguntas pertinentes del pliego de posiciones, requeríase que todas ellas manifestasen ser ciertos los hechos aseverados por su contraparte. Sólo así podía obtenerse la prueba de confesión, tal como la definía el artículo 604 *ibídem,* es decir "*la manifestación de una parte* (se subraya) de ser cierto el hecho que le perjudica afirmado por la otra". La aseveración aislada de una sola de las varias personas integrantes del sujeto pasivo de la relación procesal, únicamente a ella la afectaba y por tanto no podía ser considerada como confesión. Este es el *efecto relativo* de esa prueba, vale decir, que perjudica a quien la hace y a sus causahabientes, pero que en manera alguna afecta al litis consorte del confesante (LXXIV, pág. 710) ni menos aún a terceros (LII, pág. 174 - CXXIX, pág. 109). Estos principios no sufrieron modificación en el nuevo Código de Procedimiento Civil, cuyo artículo 196 establece que "la confesión que no provenga de todos los litis consortes necesarios tendrá el valor de testimonio de tercero" y que "igual valor tendrá la que haga el litis consorte facultativo, respecto de los demás".

3. En los juicios de filiación natural que se promueven cuando el presunto padre ha fallecido, al tenor del artículo 7º de la Ley 45 de 1936 (hoy 10 de la Ley 75 de 1968) es aplicable, entre otros, el artículo 404 del Código Civil, según el cual "los herederos representan al contradictor legítimo que ha fallecido antes de la sentencia y el fallo pronunciado a favor o en contra de cualquiera de éllos aprovecha o perjudica a los coherederos que, citados, no comparecieron". De este precepto se deduce claramente que la ley no exige que todos los herederos del presunto padre natural deban ser demandados en el juicio de filiación y por tanto, que entre tales herederos no hay un litis consorcio necesario como lo expone la censura; éste es simplemente facultativo (LXXVI, pág. 261). Por ello no puede afirmarse que bajo las normas legales de orden probatorio que estaban vigentes cuando se promovió y se falló este juicio la confesión de algunos de los litis consortes tuviera la virtualidad de afectar o perjudicar a los que no la hicieron.

4. En el caso *sub júdice* estimo que el Tribunal incurrió en el error que le atribuye el censor, puesto que creyó que había *confesión de la parte demandada* respecto de los hechos afirmados por los demandantes y basado en ella profirió la sentencia objeto del recurso, cuando es lo cierto que tal confesión solo provenía de los dos hermanos legítimos del presunto padre, únicos a quienes podía perjudicar, y que la codemandada de éstos, en su carácter de cónyuge sobreviviente del causante, no había confesado. De esta suerte, la censura ha debido prosperar, ya que como consecuencia de ese error probatorio el *ad quem* quebrantó los preceptos que se indican en la demanda, al atribuirle a la confesión de dos de los demandados el valor de tal respecto de la demanda que no confesó y en consecuencia sobre esa única base probatoria, haber accedido a las pretensiones de la parte actora.

5. En cuanto a las declaraciones de renta del presunto padre que se allegaron a los autos, en las cuales figuran como personas a cargo del mismo, cinco de los demandantes, como hijos suyos, estimo que el Tribunal se limitó a considerarlas como prueba corroborante de la pretendida confesión a que me he referido en párrafos anteriores. Ese documento como lo ha expuesto la jurisprudencia de la Corte en caso de ser auténtico, permite hacer la declaración de paternidad natural cuando ésta se apoya en la causal 3ª, del artículo 4º de la Ley 45 de 1936 (hoy artículo 6º de la Ley 75 de 1968), vale decir, en la existencia de un escrito proveniente del pretendido padre que contenga una confesión inequívoca de paternidad. En manera alguna puede acreditar la existencia de las relaciones sexuales, causal de paternidad conceptualmente bien distinta de la anterior, que requiere entre otras cosas estar demostrada en armonía con la presunción que consagra el artículo 92 del Código Civil, lo cual obviamente no puede ser acreditado mediante una declaración de renta. Esta, pues, jamás podría ser apreciada como indicio necesario de las relaciones sexuales y como simple indicio no necesario de las mismas por sí sólo no permitiría al Juez obtener la certeza necesaria para hacer la declaración de paternidad natural impetrada, con apoyo en la causal cuarta del artículo 4º de la precitada Ley 45.

Estos son, en síntesis, los motivos que me indujeron a discrepar de la mayoría de la Sala.

José María Esguerra Samper.

Bogotá, 22 de febrero de 1972.

PERTENENCIA

Incongruencia.—Testimonios contrapuestos.

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

(Proyecto elaborado por el doctor Ernesto Gamboa Alvarez).

Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandante contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, dictada el 21 de mayo de 1969, en el proceso de declaratoria de pertenencia, promovido por Félix Santos Varón y convertido en ordinario por oposición de Miguel Angel y Josefina Varón.

El litigio.

En su demanda de instancia, afirma Félix Santos Varón que Faustino Varón, por escritura 1093 del 6 de diciembre de 1941 de la Notaría Primera de Ibagué, compró a José Varón la mitad indivisa del predio rural denominado Chucuní, ubicado en jurisdicción del Municipio de Alvarado, equivalente dicha mitad a setenta y media hectáreas; que el comprador procedió inmediatamente a entregar a Félix Santos la finca así adquirida, "para que la usufructuara, la trabajara y viviera de ella", y éste "entendió que se la había obsequiado", por lo cual procedió desde 1941 a delimitarla de la otra mitad proindiviso, alindándola, cercándola y separándola de las demás fincas vecinas, en forma tal que el dueño de la otra mitad aceptó tácitamente esa partición material; que en consecuencia, Félix Santos desde la fecha de la compra de Faustino a José, entró en posesión real y material del referido predio y continuó, en forma quieta, tranquila y pacífica, ejecutando actos de señor y dueño, tales como levantar construcciones, desarrollar cultivos, mejorar potreros, mantener ganados de su propiedad y, en fin, explotarla económicamente sin reconocer dominio a persona alguna, pues los frutos de la finca siempre fueron para él, sin participación para Faustino, quien "prácticamente se la regaló para que de ella viviera con su mujer y sus hijos, aunque no se llegó a hacer escritura"; y que esta posesión "tranquila, quieta, pacífica y no interrumpida desde el año de 1941", y los demás antecedentes que se han resumido y que configuran su *causa petendi,* le sirvieron de apoyo para entablar en 1967 ante el Juzgado Civil Municipal de Alvarado, con citación y audiencia del señor Agente del Ministerio Público proceso de pertenencia con el fin de obtener la declaración judicial de haber adquirido por prescripción extraordinaria "el derecho de dominio y posesión" del referido terreno, cuyos linderos especifica debidamente.

Admitida la demanda y dentro del término de los emplazamientos de rigor, se hicieron presentes Miguel Angel y Josefina Varón Díaz, quienes se opusieron a las súplicas del libelo, negaron la mayoría de los hechos aducidos por el demandante, manifestaron que "Félix Santos Varón recibió la finca de manos de don Faustino Varón R. para que se la administrara a nombre de don Faustino, sin merma alguna de su derecho de dominio y posesión" y que "Félix Santos Varón no ha tenido la posesión de la finca en mención con ánimo de señor y dueño, sino simplemente la ha tenido como un dependiente de don Faustino Varón", siendo hoy en día dicha finca de propiedad de los opositores por adjudicación que de ella se les hizo en la mortuoria de este último, tal como lo acreditan las respectivas hijuelas que aparecen en el expediente protocolizado por escritura 1412 de agosto de 1968, de la Notaría Segunda de Ibagué.

En tal virtud el proceso se convirtió en ordinario, cuya primera instancia desató el *a quo* el 9 de diciembre de 1968, acogiendo las súpli-

cas de la demanda de pertenencia, fallo que por alzada de los opositores, revocó el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué el 21 de mayo de 1969, providencia contra la cual éste interpuso el recurso de casación que ahora se decide.

Motivaciones de la sentencia impugnada.

Después de tener por demostrado, con las afirmaciones de la demanda y con prueba testimonial, que Félix recibió la finca de Faustino para que "percibiera sus productos o frutos en forma gratuita", concluye el Tribunal que así se configuró un contrato de comodato o préstamo de uso, que implica para el comodatario demandante ser un "tenedor precario", pues "no hay en el expediente prueba alguna de que al momento de entregarle Faustino la finca lo hubiera hecho a título de donación".

Agrega que al estudiar en qué momento Félix Santos Varón hubiera podido "intervertir" su calidad de tenedor a poseedor, lo cual solamente pudiera haber ocurrido en caso de oposición o abierto desconocimiento del tenedor al propietario, tal circunstancia solo se ha presentado desde cuando se entabló la presente demanda, pues con anterioridad "no se sabe a ciencia cierta desde qué momento comenzó la posesión del demandante".

Concluye el sentenciador, que por estar demostrado que el demandante recibió el inmueble de Faustino "a título de tenencia, más propiamente de tenencia precaria", y sin haber "constancia en autos de que antes de iniciarse la presente demanda hubiera habido de parte del demandante un acto positivo o inequívoco que desconociera abiertamente la posesión de la finca frente al titular Faustino Varón", no procede la declaratoria de pertenencia y por tanto debe revocarse en este sentido el fallo de primer grado.

La demanda de casación.

Tres cargos se formulan, uno por la causal segunda y dos por la primera, que en su orden se estudian y deciden así:

Primer cargo.

En el ámbito de la *causal segunda*, ataca el impugnante la sentencia por inconsonancia, al haber considerado que la entrega del predio fue hecha por Faustino a Félix Santos en virtud de un contrato de comodato, siendo así que los opositores fundaron su pretensión en que éste último "recibió la finca de manos de don Faustino para que la administrara", con lo cual a juicio del censor cambió el sentenciador los términos de la litiscontestación y los planteamientos de una de las partes, pues "al estructurarse el fallo sobre la base de un comodato, no cabe duda de que este contrato ha sido objeto de un pronunciamiento *implícito* en su parte resolutiva". (Se subraya).

Considera la Corte:

Es bien sabido, en cuanto a la segunda causal de casación que la incongruencia o disonancia del fallo se traduce en su parte resolutiva, pero no se presenta cuando se resuelva adversamente la demanda, caso en el cual el yerro del fallador debe atacarse con base en la causal primera; que nunca puede recaer en materia de motivación, porque dicha causal se refiere al fallo excesivo, incongruente u omiso, temas que inciden exclusivamente en la resolución; que la causal aducida no autoriza adentrar en el examen de las consideraciones que hayan servido al sentenciador como motivos determinantes de su decisión; y que es improcedente cuando el Tribunal ha considerado la condición sub júdice *en forma distinta a como la apreció alguna de las partes, o se ha abstenido de decidir de acuerdo con los puntos de vista expuestos por algunas de ellas. (LII, 21; LXXII, 430; LXXVIII, 101 y 882; LXXX, 711).*

De acuerdo con lo expuesto, la censura es improcedente, pues la parte resolutiva del fallo atacado decide negar las súplicas de la demanda. Y sus motivaciones, no muy distintas al planteamiento de los opositores una vez que sirven para concluir que el demandante no llegó a la finca como poseedor, sino como tenedor, no pueden ser objeto de ataque en el campo de la causal aducida.

En consecuencia, el cargo se rechaza.

Segundo cargo.

A consecuencia de manifiesto error de hecho en la apreciación de la demanda de instancia, del escrito de oposición y de los testimonios de Gustavo Bahamón, Francisco Morales, José Manuel Fuertes y Simeón Antonio Conde, indica el censor como violadas indirectamente, en su orden por falta de aplicación las disposicio-

nes de los artículos 2200, 2202, 2203 y 2220 del Código Civil; 471, 609 y 697 del Código Judicial; 91 de la Ley 153 de 1887; 1767 del Código Civil; 2 y 5 de la Ley 120 de 1926; 2518 y 2531 del Código Civil; y 1 de la Ley 50 de 1936; y por aplicación indebida los artículos 777 y 780 del Código Civil.

El ostensible error de hecho se hace consistir, en síntesis, en que para el recurrente, ni en la demanda de instancia, ni en el escrito de oposición, ni en las declaraciones de los testigos mencionados, aparece que entre Faustino y Félix Santos se hubiera celebrado un contrato específico de comodato, pues en su orden tales pruebas se refieren, según el censor, a que el demandante afirma haber recibido la finca como una liberalidad o regalo de Faustino; que los opositores dicen que la recibió para que percibiera los frutos en forma gratuita; y que los testigos mencionan que Faustino se la entregó para que la cuidara o administrara, situaciones todas muy distintas del contrato de comodato que, en sus motivaciones, dio por demostrado el sentenciador, y que lo llevaron a negar la prescripción adquisitiva impetrada.

Considera la Corte:

Para que el error de hecho sea de recibo en casación es indispensable que sea evidente y que incida en la decisión.

La apreciación fáctica fundamental que sirvió al Tribunal para no acceder a las súplicas de la demanda, consistió en considerar que el demandante "recibió el bien de manos de Faustino Varón a título de tenencia, más propiamente de tenencia precaria, pues así se desprende no solo de la demanda sino de las varias declaraciones de testigos traídas por quienes se opusieron (C. Nº 3)".

La figura del comodato apenas sirvió de escalón al Tribunal para llegar al plano del *título de tenencia,* más propiamente de *tenencia precaria,* que le asigna al demandante, máxime si éste en ningún momento probó su aserto de que Faustino le había obsequiado o donado la finca.

No contradice el carácter de tenedor del demandante su afirmación contenida en el hecho 2º de la demanda de que Faustino le *entregó* la finca para que la gozara, la trabajara y viviera de ella, pues quien disfruta, trabaje, o viva de una finca puede ser o bien poseedor o simple tenedor, lo que permite concluir que no hubo interpretación errónea de la demanda.

La manifestación de los opositores de que el demandante recibió la finca para que "la administrara a nombre de don Faustino, sin merma alguna de su derecho de dominio y posesión", en modo alguno puede tenerse por confesión de que Félix Santos no reconociera dominio ajeno, sino por afirmación de la existencia de un título precario, que excluye la posesión de Félix Santos a nombre propio.

Y los testimonios conforme a los cuales Faustino entregó la finca para que Félix Santos se la administrara o se la cuidara, no solo no pugnan sino que confirman la apreciación del sentenciador en cuanto a que Félix Santos recibió el fundo como simple tenedor.

Además, la donación que afirma el demandante le fue hecha por Faustino, no aparece probada con la escritura pública de rigor.

Por tanto, no existe para la Corte contraevidencia entre las pruebas comentadas y las conclusiones fácticas del Tribunal, luego el cargo se rechaza.

Tercer cargo.

Se hace consistir en manifiesto error de hecho del sentenciador, cuando al tratar de una posible mutación del carácter de tenedor en el de poseedor por parte de Félix Santos frente a Faustino, expone que no se puede precisar en qué momento hubiera ocurrido esta "intervención" del título, una vez que las declaraciones testimoniales de Fulgencio Rengifo, Eugenio Mayorquín, Marco Elías Reinoso, Gustavo Pérez, José Napoleón Flórez y Valeriano Rodríguez, no mencionan un hecho positivo o inequívoco de tal mutación, siendo así que a juicio del censor, dichos testimonios, lo mismo que la inspección judicial y el peritaje practicados, sí prueban que desde 1941 Félix Santos ha ejercido actos de posesión en la finca, consistentes en construcción de casa de habitación, plantación de cultivos varios, cerramientos con alambre de púas, y mantenimiento de ganados. Y agrega que el error en cuestión condujo al Tribunal a violar, indirectamente, por falta de aplicación, en su orden, los artículos 2 y 5 de la Ley 120 de 1928; 2518, 2531, 981 y 762 del Código Civil; 697, 730 y 722 del Código Judicial; y 1 de la Ley 50 de 1936.

Considera la Corte:

Se insiste en lo expuesto al comienzo del despacho del cargo anterior, o sea que el error de hecho trascendente en casación debe ser ostensible.

La conclusión fáctica del Tribunal en las motivaciones del aparte de su fallo que ahora es atacado mediante el cargo en estudio, consiste en que, aún suponiendo una "interversión" del título de Félix Santos Varón en el sentido de haber cambiado su calidad de tenedor por la de poseedor, no fue posible precisar en qué fecha pudo ocurrir tal cambio, pues "los actos consistentes en plantar mejoras, construir casa, etc., verificados por el demandante, y de que hablan las declaraciones traídas por él, son *actos equívocos* en cuanto al ánimo de señor y dueño, pues pueden haberse ejecutado por el demandante en su calidad de comodatario, y no de dueño". (Se subraya).

No hay ningún elemento objetivo para distinguir entre el poseedor y el simple tenedor, pues la diferencia entre la mera tenencia y la posesión estriba en el ánimo de dueño (XLVII, 431).

Las pruebas mencionadas en modo alguno son contraevidencia de lo admitido por el Tribunal, o sea, que los actos a que ellas se refieren bien pudieron ser ejecutadas por Félix Santos como simple tenedor y no exclusivamente como poseedor, pues como quedó expuesto, tales actos son equívocos y en veces pueden ser ejecutados sin ánimo de dueño.

Los testimonios aducidos por los opositores refieren que Faustino entregó la finca a Félix Santos para que la cuidara o administrara, o sea que el alegado ánimo de dueño del demandante a partir de la fecha de tal entrega no es, ni con mucho, cierto, preciso e indiscutible.

Los testimonios aducidos al proceso por ambas partes no son armónicos ni concordantes en este particular:

El Tribunal tenía la facultad de escoger entre los unos y los otros (Art. 702 del C. J.). Los testigos que afirmaron la tenencia, excluyendo la posesión formaron el convencimiento de aquél, dentro de la discreta facultad que el citado artículo le confería.

"Cuando sobre un mismo punto se presentan testimonios contrapuestos, el artículo 702 del Código Judicial autoriza al sentenciador para apreciar tal prueba con arreglo a los principios generales de la sana crítica y no con sujeción a la tarifa legal, de modo que aquél goza en tal caso de una amplia libertad para formarse su propio convencimiento sobre si aparecen establecidos determinados hechos, o sobre si solo hay indicios de éstos, y aun para prescindir de las exposiciones testimoniales. Haciendo uso de esta libertad de apreciación probatoria, el fallo consideró demostrada la posesión de ambos cónyuges y no la exclusiva de la señora Benavides". (CXV, 60).

La Corte no puede cambiar o sustituir esta apreciación, sin invadir el fuero del juzgador de mérito.

Por tanto, al no encontrar la Corte la contraevidencia alegada, el cargo se rechaza.

Resolución:

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley *no casa* la sentencia dictada el 21 de mayo de 1969 por el Tribunal Superior del Distrito de Ibagué en este proceso de declaratoria de prescripción adquisitiva entablado por Félix Santos Varón Rengifo.

Costas a cargo del recurrente.

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

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

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

REIVINDICACION

Error de derecho.—Apreciación probatoria según el nuevo Código de Procedimiento Civil.—Error de hecho.

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

(Magistrado ponente: doctor Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 10 de diciembre de 1970, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta en el proceso ordinario instaurado por Luis Sandoval Ferrero frente a Bertha Pérez de García.

I. *El litigio.*

1. Ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cúcuta, Luis Sandoval Ferrero demandó en juicio ordinario de mayor cuantía a Bertha Pérez de García en procura de las siguientes declaraciones:

a) que el actor es el dueño absoluto del departamento número 16-19 de la Avenida 1ª de esa ciudad, con extensión superficiaria de 67.50 metros cuadrados, de 4.50 metros de frente por 15 de fondo, distinguido por los linderos que en la demanda se consignan;

b) que, consecuencialmente, la demandada debe restituirle "una pieza del primer piso del apartamento descrito";

c) que la misma, como poseedora de mala fe que es, está obligada a restituirle también los frutos naturales y civiles producidos por el inmueble durante todo el tiempo que lo ha ocupado, y no solamente los percibidos sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad; y

d) que se condene a la citada demandada a pagar al demandante las costas del juicio.

2. Como hechos constitutivos de la *causa petendi* el demandante invocó los siguientes:

a) mediante la escritura pública número 217 de 13 de febrero de 1969, otorgada en la Notaría Segunda de Cúcuta e inscrita en el Registro de Instrumentos Públicos y Privados de esa misma ciudad el 15 siguiente, Luis Sandoval Ferrero adquirió, por compra que hizo a Aura Delgado viuda de Jordán, el dominio del departamento número 16-19 de la Avenida 1ª, con extensión de 67.50 metros cuadrados, "constante de tres pisos en parte y en parte de dos: con dos piezas, lavadero, baño enchapado, garaje, instalaciones de alumbrado, servicios de acueducto y cloaca, siendo los linderos que lo individualizan, los siguientes: por el Norte, con propiedad de Bertha Pérez de García; por el Sur, con propiedades del comprador; por el Oriente, con propiedades de Hernando Arias Moreno; y por el Occidente, con la Avenida primera (1ª)"; y,

b) una de las piezas del primer piso de este departamento, la que es objeto de la reivindicación, se encuentra ocupada por Bertha Pérez de García quien es la actual poseedora de ella.

3. Oportunamente la demandada contestó la demanda negando los hechos en ella invocados y oponiéndose a las pretensiones de su demandante.

Expresó que posee el inmueble por haberlo comprado a Aura Delgado viuda de Jordán mediante la escritura pública número 2867 de 22 de noviembre de 1968, otorgada en la Notaría Primera de esa misma ciudad, título que es anterior al aportado por el demandante; y que viene ejerciendo esta posesión desde mucho tiempo antes de que Sandoval Ferrero comprara la edificación colindante con la suya. Con fundamento en estas afirmaciones propuso la excepción de prescripción, y, además, las que nominó

"inepta demanda" y "falta de personería sustantiva de la demandada".

4. Trabada así la relación procesal el Juzgado del conocimiento le puso término a la primera instancia con sentencia de 16 de septiembre de 1970, mediante la cual negó las súplicas impetradas, absolvió a la demandada de los cargos contra ella formulados e impuso al demandante las costas procesales.

5. Como efecto de la apelación interpuesta por esta parte el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, el que, por sentencia del 10 de diciembre de ese mismo año, confirmó el fallo apelado.

Contra la decisión del Tribunal el demandante interpuso el recurso de casación que, ahora, se decide.

II. *Motivación del fallo impugnado.*

1. Concretándose el Tribunal al estudio de la acción reivindicatoria que encuentra deducida en la demanda incoativa del proceso, después de enumerar los cuatro presupuestos esenciales que la estructuran según la jurisprudencia tradicional, emprende el estudio de las pruebas aducidas, para concluir que como el demandante no demostró ser propietario del bien materia del litigio sus pedimentos no pueden prosperar, por falta de uno de dichos elementos.

2. En esta tarea, el sentenciador considera primeramente la copia de la escritura número 217 de 13 de febrero de 1969, otorgada en la Notaría Segunda de Cúcuta, para inferir que según este título el bien objeto de la venta hecha por Aura Delgado viuda de Jordán a Luis Sandoval Ferrero fue el "apartamento ubicado en la Avenida 1ª, número 16-19 de esta ciudad, 'constante de tres pisos y en parte de dos, con dos piezas, lavadero, baño enchapado, tina, garaje..., con una extensión superficiaria de 67.50 metros...' ".

Refiriéndose al dictamen rendido por los peritos Cayetano Morelli y Hugo Vargas, advierte el Tribunal que si éstos, después de inspeccionar el inmueble, llegan a la conclusión que es el mismo mencionado en la escritura número 217, "ello está indicando que las especificaciones y la descripción que en este título se hace del mismo son idénticas a lo que ellos constataron"; es decir, "que el apartamento en cuestión consta de dos piezas, lavadero, baño enchapado, tina, garaje y ocupa una extensión superficiaria de 67.50 metros". Nota el sentenciador que en el plano levantado por los expertos, éstos, sin embargo, señalan, expresando que ninguna de estas dependencias tiene acceso en forma alguna al apartamento de Sandoval Ferrero, "una alcoba con su correspondiente cuarto de baño, un área de circulación de forma irregular de 8.30 metros^2, con lavadero y un sanitario auxiliar", pieza y servicios que, a pesar de encontrarse dentro de los linderos de lo que el demandante compró, están, según la pericia, "incorporados a la casa de la señora Bertha de García"; y que, en ese mismo plano se aprecian, en los pisos segundo y tercero, las dos piezas, la cocina, el lavadero y el baño de que habla la escritura número 217.

Con base en tales razonamientos deduce el *ad quem*, después de expresar que el dictamen tiene "el valor de plena prueba, por reunir los requisitos de que trata el artículo 722 del Código Judicial", que en la escritura en que el actor apoya sus pretensiones —alude el fallador a la número 217 de 13 de febrero de 1969—, "quedó constancia del área ocupada por el apartamento que adquiría de la señora Aura Delgado viuda de Jordán, pero en la descripción detallada que se hizo de ese departamento se incluyeron solamente dos piezas con baño enchapado, sin mencionarse la otra pieza con su baño más el sanitario y el lavadero contiguo, dependencias éstas que en la realidad forman un conjunto separado e independiente del apartamento del demandante, pero anexo a la casa de la calle 16 número 0-91 de propiedad de Bertha Pérez de García".

3. Acomete en seguida el Tribunal el análisis de la escritura número 2067 de 22 de noviembre de 1968, otorgada en la Notaría Primera de Cúcuta e inscrita en el registro el día 15 siguiente, mediante la cual Aura Delgado viuda de Jordán transfirió a título de venta a favor de Bertha Pérez de García el dominio de la casa número 0-91 de la calle 16 de esa ciudad; y el de la número 433 de 16 de marzo de 1969, pasada también en la misma Notaría 1ª, mediante la cual se aclaró la anterior en el sentido de excluir de la enajenación "el apartamento contiguo".

Concretando el contenido de estos instrumentos y los efectos de las declaraciones en ellos consignados, apunta el fallador que cuando el demandante compró el departamento número 16-19 de la Avenida 1ª de dicha ciudad, la propiedad del mismo correspondía a Bertha Pérez de García; pero que como ésta accedió posteriormente a aclarar la escritura 2067, en el sentido indicado, "tal aclaración tuvo el efecto de confirmar en la práctica la venta que Aura Delgado de Jordán había hecho a Luis Sandoval

Ferrero''. ''Si la escritura 2067 comprendía la casa de la calle 16 número 0-91 y el apartamento contiguo que a la postre compró el demandante —dice el sentenciador— (y tanto lo comprendía que fue menester hacer la aclaración contenida en la escritura número 433, con la expresa exclusión del mismo) la lógica más elemental indica que la señora Bertha Pérez de García se desprendió del apartamento de que trata la escritura número 217, comprendiendo las dependencias de que allí se habla solamente, sin que la alcoba y los servicios anexos del primer piso, que están conectados o vinculados al resto de su casa, entraren en tal exclusión''.

4. Todos estos razonamientos llevaron al Tribunal a concluir que el demandante no había acreditado ser el dueño del bien cuya restitución pretende, puesto que, dice sintetizando la motivación de su sentencia, en la escritura número 217 de 13 de febrero de 1969, por él aportada para justificar el derecho que invoca, ''se señalaron expresamente las dependencias que componían el apartamento materia del contrato, y hasta se incluyó la frase de que éste constaba de tres pisos 'en parte de dos'. Esta expresión y la exacta descripción del apartamento —añade el juzgador— dan margen para que la jurisdicción entienda que lo efectivamente adquirido por el demandante fue el inmueble inspeccionado por el Juez, las partes y los peritos, sin incluir la alcoba y sus anexidades que están siendo materia de este debate''.

Finalmente dice el sentenciador, que esta apreciación suya acerca del contenido del contrato de compraventa plasmado en la precitada escritura número 217, la respaldan las mismas cláusulas estipuladas; porque si en una de ellas se expresó que la vendedora hizo entrega material de lo vendido al comprador, quien entonces manifestó su aceptación al respecto, esa conducta significa que lo recibido por éste fue todo lo vendido por aquélla.

III. *La demanda de casación.*

1. Con fundamento en la primera de las causales que consagraba el artículo 52 del Decreto 528 de 1964, equivalente a la prevista por el numeral 1 del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil hoy vigente, el impugnador formula un solo cargo contra la sentencia de segundo grado.

En su planteamiento se denuncia el quebranto indirecto, por falta de aplicación, de los artículos 946, 947, 950, 952, 961, 964 y 1889 del Código Civil, a causa de error de derecho del Tribunal al estimar el mérito de algunas pruebas. La censura señala, como violación medio, los artículos 632 y 722 del Código Judicial.

2. En desarrollo del cargo expresa el censor que como los peritos Cayetano Morelli y Hugo Vargas, uniforme y fundadamente conceptuaron que dentro de los linderos del apartamento comprado por el demandante se encontraba la pieza que pretende reivindicar, junto con sus servicios, erró el Tribunal al no haber atribuido a dicho dictamen el pleno valor probatorio que para este medio consagraba el artículo 722 del Código Judicial, vigente a la época en que se profirió el fallo; y que al negar el sentenciador la restitución pedida en la demanda, incurrió también en yerro, porque no le dio el valor de plena prueba, a pesar de reunir los requisitos exigidos por la ley, a la escritura número 217 de 13 de febrero de 1969, ni al certificado expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Cúcuta, con lo cual infringió el artículo 632 de esa misma obra, documentos éstos que, dice el censor, acreditan plenamente que Sandoval Ferrero es dueño, por haberlo comprado a Aura Delgado de Jordán, ''del apartamento que se solicita reivindicar, dentro de las dimensiones y linderos que aparecen en la escritura 217''.

3. Pasa luego el recurrente a puntualizar las violaciones de la ley sustancial que denuncia en la formulación del cargo. Al respecto asevera que al no reconocer el sentenciador el dominio del demandante sobre una de las dependencias del departamento 16-19 de la Avenida 1ª de Cúcuta, infringió el artículo 1889 del Código Civil, que obliga al vendedor a entregar todo lo comprendido dentro de los linderos señalados. Expresa que como las alindaciones consignadas en la escritura mediante la cual el demandante compró la habitación, no podían ser luego modificadas por la vendedora exclusivamente, el valor que el Tribunal atribuyó a la escritura número 433, mediante la cual se aclaró la venta que Aura Delgado de Jordán hizo a Bertha Pérez de García, es equivocado.

Estima también el impugnador que el *ad quem,* al no reconocer el dominio del apartamento descrito en cabeza del demandante, quebrantó también los artículos 946 y 947 del Código Civil, ''normas que dan derecho a mi mandante para recuperar el bien que no está en posesión, en las medidas y dentro de los linderos que le reconoce el título que le da la calidad de propietario''.

Afirma el impugnador que la sentencia violó también, por falta de aplicación, los artículos

950 y 952 de la misma obra, porque siendo él el propietario del bien que se reivindica tiene a su favor la acción que le negó el sentenciador, la cual dirigió contra Bertha Pérez de García por ser ésta la actual poseedora, como lo demuestran, en primer lugar, la inspección judicial practicada el 24 de febrero de 1970 durante la primera instancia del proceso; y en segundo término, el dictamen de los peritos.

Finalmente asevera el censor que la sentencia del *ad quem* infringió, por inaplicación, los artículos 961 y 964 *ibídem*. "Al no ser decretada la reivindicación del inmueble de propiedad del demandante —dice— el Tribunal violó los artículos anteriores, que son la consecuencia lógica de la acción reivindicatoria y que determina la forma fe, debe pagar los frutos percibidos del inmueble reivindicado, al titular del mismo" (sic).

IV. *Consideraciones de la Corte.*

1. Exhaustivamente ha dicho la jurisprudencia de la Corte, que el error de derecho *tiene lugar cuando a pesar de la correcta apreciación de los medios probatorios, en cuanto a su presencia objetiva en el proceso, el juzgador yerra al evaluar su eficacia demostrativa, bien sea atribuyéndoles un mérito que la ley no les concede o negándoles el que ella les asigna. En tal ocurrencia es deber del censor señalar el precepto de disciplina probatoria infringido por el sentenciador, demostrar la existencia del yerro y precisar su incidencia en el fallo.*

Siguiendo el sistema de la tarifa legal de pruebas, que era el dominante en el Código Judicial que rigió hasta el 30 de junio de 1971 y por ende aplicable cuando se profirió el fallo aquí impugnado, en el error de derecho podían incurrir los Tribunales al evaluar cualquiera de los medios establecidos, porque para cada uno de ellos dicha ley determinaba su mérito probatorio. Mas, como en el Código de Procedimiento Civil que entró en vigencia a partir del 1º de julio pasado, en lo referente a la apreciación de pruebas, se consagra como principio general el sistema de la persuasión racional, conforme al cual corresponde al fallador ameritarlas de acuerdo con las reglas de la sana crítica, con excepción del escrito ad solemnitatem *ya que en él se confunde la parte probatoria con la existencia misma del acto, el error de derecho, como modalidad de la causal primera de casación, ha quedado limitado a casos muy reducidos.*

2. Y reiteradamente también ha dicho la doctrina que el error de hecho *en la apreciación de las pruebas ocurre, en cambio, cuando el fallador no vio la que obra en el juicio o supuso la que no existe en él, hipótesis éstas que por imperativo lógico comprenden la desfiguración del medio probatorio, bien sea por adición de su contenido (suposición), o por cercenamiento del mismo (preterición). Incumbe por consiguiente al censor, en tal supuesto, puntualizar cada uno de estos yerros y demostrar su evidencia, para que quede así de manifiesto que la conclusión sobre la cuestión de hecho a que llegó el Tribunal por virtud del desacierto en la apreciación de las pruebas, no corresponde a la realidad fáctica establecida por ellas.*

3. Los "errores de derecho" en que habría incurrido el Tribunal al apreciar las pruebas, los hace consistir la censura, primeramente, en que no atribuyó el valor de plena prueba que según el artículo 722 del Código Judicial correspondía al dictamen de los peritos Cayetano Morelli y Hugo Vargas, quienes de común acuerdo conceptuaron, después de identificar el departamento número 16-19 de la Avenida 1ª de Cúcuta, que la pieza materia de la reivindicación se encuentra dentro de los linderos que a él corresponden según la escritura número 217 de 13 de febrero de 1969; segundamente, en que tampoco reconoció a esta escritura pública, ni al certificado respectivo expedido por el Registrador, el pleno mérito demostrativo que para estos documentos consagraba el artículo 632 *ibídem*, los cuales acreditan que Luis Sandoval Ferrero es el dueño, por haberlo comprado a Aura Delgado viuda de Jordán, del citado inmueble, descrito como cuerpo cierto, con extensión superficiaria "de sesenta y siete metros con cincuenta centímetros (67.50 mts.), es decir, cuatro metros con cincuenta centímetros (4.50 mts.), frente por quince metros (15. mts.) de fondo"; y, finalmente, en que al apreciar la escritura número 433 de 15 de marzo de 1969, por medio de la cual se aclaró la número 2067 de noviembre del año anterior, contentiva de la compra hecha por Bertha Pérez de Gareía a Aura Delgado viuda de Jordán, le atribuyó valor para demostrar que con ella se habían modificado las alindaciones del inmueble del demandante, sin que éste hubiese intervenido en su otorgamiento.

4. Ocurre, empero, como se advierte de la lectura del resumen que de su sentencia se hizo, que el *ad quem* sí atribuyó valor de plena prueba, tanto al dictamen pericial, como a la escritura número 217 citada y al certificado expe-

dido por el Registrador. Y siendo ello así, como evidentemente lo es, se impone concluir que no incurrió en ninguno de los yerros de derecho que el cargo le imputa en sus dos primeras censuras, sencillamente porque al evaluar la eficacia probatoria de dichos medios les reconoció el mérito que para ellos consagraba la ley vigente a la sazón. En efecto:

a) refiriéndose al concepto rendido en el juicio por los peritos Morelli y Vargas, dice la sentencia del Tribunal: "El dictamen así rendido tiene a juicio de la Sala, el valor de plena prueba, por reunir los requisitos de que trata el artículo 722 del Código Judicial". Analizando la peritación dice el sentenciador que si el inmueble general inspeccionado, según los expertos, coincide con el descrito en la escritura número 217, "ello está indicando que las especificaciones y la descripción que en este título se hace son idénticas" a lo que los peritos comprobaron; por lo cual, agrega, hay que concluir que el inmueble no consta de tres piezas sino solamente de dos, quedando por tanto excluida la que aquí se pretende reivindicar, inferencia que apoya, además, en el mismo concepto pericial, según el cual dicha pieza y sus servicios, a pesar de encontrarse dentro de los linderos generales, "están incorporados a la casa de la señora Bertha de García, no tienen acceso en forma alguna al apartamento del señor Luis Sandoval y con el sistema eléctrico dentro del circuito de la casa demandada";

b) a la escritura pública número 217 de 13 de febrero de 1969 y al certificado respectivo expedido por el Registrador, también atribuyó el sentenciador mérito de plena prueba, y consiguientemente dio por legalmente establecida con ellos la propiedad que Sandoval Ferrero ostenta sobre el departamento número 16-19 de la Avenida 1ª de Cúcuta, por compra que de él hizo a Aura Delgado viuda de Jordán, "con las dependencias allí descritas, atendiendo más a tal descripción que al área enunciada, sin incluir la alcoba y sus anexidades que están siendo materia de este debate". "Si de una parte se cita todo lo que integra el apartamento en cuestión —dice el juzgador— y de otra aparece que en el primer piso, dentro de los linderos del mismo, hay una zona sin comunicación alguna con el apartamento, e integrada a un inmueble diferente, esa expresión de constar 'de tres pisos y en parte de dos' está aludiendo, a juicio de la Sala, a lo que la inspección y el peritazgo demostraron: que si bien el apartamento está construido en tres pisos, dos de ellos se vendieron completos y uno parcialmente, o sea el primero donde solo existe el garaje y la escalera que lleva a los pisos superiores"; y,

c) atinente a la escritura número 433 de 15 de marzo de 1969, mediante la cual se aclaró la número 2067 de 22 de noviembre del año anterior, contentiva de la venta de la casa número 0-91 de la calle 16 hecha por Aura Delgado viuda de Jordán a Bertha Pérez de García, el Tribunal se limitó a reconocer que con ella quedó ratificada la enajenación que del departamento número 16-19 hizo Delgado viuda de Jordán a Sandoval Ferrero por medio de la escritura número 217. "Si la escritura 2067 —dice el sentenciador— comprendía la casa de la calle 16 número 0-91 y el apartamento contiguo que a la postre compró el demandante (y tanto lo comprendía que fue menester hacer la aclaración contenida en la escritura número 433, con la expresa exclusión del mismo), la lógica más elemental indica que la señora Bertha Pérez de García se desprendió del apartamento de que trata la escritura número 217, comprendiendo las dependencias de que allí se habla solamente, sin que la alcoba y los servicios anexos del primer piso, que están conectados o vinculados al resto de su casa, entraran en tal exclusión".

5. El análisis comparativo que del contenido de la prueba pericial y del de la documental aportada al proceso hizo al Tribunal, lo llevó a deducir, reconociendo a dichos medios pleno mérito demostrativo, que la pieza y sus servicios anexos que aquí pretende reivindicar el demandante, no quedaron incluidos en la compra que del departamento número 16-19 hizo Sandoval Ferrero mediante la escritura número 217, otorgada en la Notaría de Cúcuta el 13 de febrero de 1969. Sobre esta conclusión el *ad quem* edificó su fallo.

Si, como lo dice el impugnador, el Tribunal atribuyó falsamente al experticio conceptos no consignados en él, o prescindió de considerar los que sí expresa; si equivocadamente estimó que la compraventa contenida en la escritura 217 de 1969 no comprendió "la alcoba y sus anexidades que están siendo materia de este debate"; si erróneamente vio que mediante la escritura número 433 se modificaron las alindaciones consignadas en la número 217, o en la 2067 de 1968; y si, en fin, la conclusión del sentenciador contradice la realidad fáctica que estas pruebas establecen, el juicio del fallador, por referirse a la objetividad de dichos medios, no podría variarse en el recurso de casación, sino en tanto se comprobara que en esa apreciación incurrió en error de hecho que aparezca evi-

dente en los autos. Y ese posible yerro de facto del Tribunal no lo podría considerar la Corte dentro de los límites de error de derecho que el impugnante ha demarcado para su acusación.

Por lo dicho, se desestima el cargo.

V. *Resolución:*

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia de fecha diez (10) de diciembre de mil novecientos setenta (1970), proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta.

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

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

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

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

RENTA VITALICIA

Incongruencia y reformatio in pejus.— Falsedad en escritura pública.—Dictamen grafológico.—Certificados que deben agregarse al protocolo, su ausencia o retardo no produce nulidad.—Ley canónica, su aplicación.— Ordenes y asociaciones religiosas, su representación.—Justo título para la prescripción ordinaria.—La ley no determina proporción alguna entre la renta vitalicia y el precio.

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

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

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha 28 de agosto de 1968, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio ordinario de Cecilia Rozo Zabala contra la provincia de la congregación o comunidad de Hijas de la Caridad de San Vicente de Paúl (llamadas también Vicentinas) y contra la Reverenda Madre Emilia Coene (en comunidad, Sor Vicenta).

I. *El proceso.*

1. En la demanda se piden, en resumen, las siguientes condenaciones:

Primera. Que es *falsa* o *incompleta* la *escritura número 1359,* otorgada en la Notaría Cuarta de Bogotá, el 23 de marzo de 1944.

Segunda. Que es *inexistente,* o *nulo,* o *inefi faz,* el contrato de constitución de renta vitalicia que en dicha escritura se hizo constar, mediante el cual Ignacio Skorny y Rosa o Rosalbina Rozo de Skorny, casados entre sí, aparecen transfiriendo a la comunidad demandada, como precio de una supuesta renta vitalicia, un solar con tres casas de habitación, de una extensión superficiaria de 5.521 varas cuadradas, situado en el Barrio de Chapinero de esta capital, distinguido en sus puertas de entrada con los números 53-97, 54-01 y 54-13 de la carrera 14 y alindado como en la súplica se indica.

Tercera. Que, en subsidio de la condenación pedida en el punto anterior, se declare que el *contrato* a que dicho punto se refiere "no es de constitución de renta vitalicia, sino que encubre una donación no insinuada *(simulación relativa)* y, por lo tanto, *nula, inexistente* o *ineficaz* para transferir el dominio del bien raíz antes descrito.

Cuarta. Que el inmueble dado como precio de la pretendida renta vitalicia *no comprende:*

a) El solar que Ignacio Skorny compró a Gabriel Martínez por la escritura número 195, otorgada en la Notaría Segunda de Bogotá el 11 de febrero de 1921, deducida la parte del mismo que Skorny vendió a Eugenio Andrade por la escritura número 35, del 8 de enero de 1927, de la Notaría Quinta de Bogotá, alindada la parte que conservó Skorny conforme se expresa en la súplica;

b) El solar que Ignacio Skorny compró a Guillermo Lesmes H. mediante la escritura número 35, del 8 de enero de 1916, de la Notaría Segunda de Bogotá, deducido el solar "determinado por los linderos según la escritura citada en la petición segunda", cuya parte restante "quedó encerrada entre los predios números 17, 29, 19 y 20 del plano del catastro municipal y los dos solares a que se refieren las peticiones... (2ª y 4ª-A de este resumen)", cuyos linderos se señalan en la súplica.

Quinta. Que, como consecuencia de las condenaciones pedidas en los puntos anteriores, *los inmuebles a que éstas se refieren no han salido del patrimonio* de la sociedad conyugal

Skorny-Rozo, o de las sucesiones de tales dos cónyuges.

Sexta. Que las personas demandadas deben *restituir* a las mencionadas sucesiones, o a la expresada sociedad conyugal, los *inmuebles* determinados en las súplicas segunda y cuarta.

Séptima. Que esa restitución debe comprender el valor de los *frutos naturales y civiles* de las cosas reivindicadas, percibidos o que hubieran podido percibirse con mediana inteligencia y cuidado desde la fecha en que las demandadas entraron en posesión de ellas hasta el día de la restitución.

Octava. Que las demandadas deben pagar a las sucesiones nombradas, o a la citada sociedad conyugal, el valor de los *perjuicios de todo orden* causados a Ignacio Skorny y a Rosa o Rosalbina Rozo de Skorny en virtud "de los hechos que adelante se relatarán y de las condenaciones que se hagan".

Novena. Que la restitución pedida en la súplica sexta debe hacerse por las demandadas "purgando cualquier *gravamen o limitación del dominio* impuesta por las mismas a los bienes...".

Décima. Que se ordene la *cancelación del registro* de la escritura número 1359 y la anotación de que esta escritura es nula.

Undécima. Que, en subsidio de las condenaciones pedidas en los puntos séptimo y octavo, se declare que la comunidad demandada es *civilmente responsable* de los perjuicios sufridos por las sucesiones, o por la sociedad conyugal, a causa de la *forma ilegal* como otorgó la escritura número 1359 la Reverenda Madre Emilia Coene en su carácter de *persona subordinada* a dicha comunidad en la fecha en que tal escritura fue firmada; y

Duodécima. Que se condene a las demandadas a pagar solidariamente las *costas del juicio.*

2. Fundáronse estas peticiones en hechos que cabe sintetizar así:

a) el 23 de marzo de 1944, la Reverenda Madre Emilia Coene (en comunidad, Sor Vicenta), se presentó en casa del moribundo Ignacio Skorny, situada dentro del solar determinado en la súplica segunda de esta demanda, diciéndose representante de la comunidad demandada y debidamente autorizada por ésta, y en tal supuesto carácter suscribió, ante el Notario Cuarto de Bogotá, quien se hallaba presente, la escritura número 1359, mediante la cual la citada comunidad se comprometió a pagar a Skorny y a su mujer, sucesivamente, recibiendo como precio el inmueble identificado en dicha súplica segunda, una renta vitalicia de $ 100.00 mensuales, así: $ 70.00, en dinero efectivo; $ 30.00, representados en el valor del arrendamiento que en lo futuro Skorny y su señora deberían pagar a la comunidad por permanecer viviendo en aquella casa; y, como prestación complementaria, se obligó la comunidad a dar a los cónyuges Skorny "todo el apoyo moral que éstos necesiten a fin de que encuentren en ella una ayuda durante su vida, como si fuera su guardadora";

b) esta escritura no fue firmada por el Notario el 23 de marzo de 1944, sino "cerca de dos meses después de dicha fecha, cuando el contratante Ignacio Skorny ya había fallecido";

c) en el acto del otorgamiento de la escritura no hubo testigos instrumentales;

d) con posterioridad a la fecha de la escritura, "se introdujo en su texto algo —substancial— que no constó ni se leyó ante el moribundo ni fue aprobado por los otorgantes en el acto mismo del otorgamiento";

e) Ignacio Skorny falleció el 30 de mayo de 1944, y la escritura sólo vino a registrarse el 7 de julio de 1944;

f) el contrato de renta vitalicia fue celebrado contra expresa prohibición de las leyes civiles y canónicas;

g) el pretendido contrato tiene objeto y causa ilícitos;

h) la comunidad demandada es una persona moral de la Iglesia Católica, y sus actos se rigen por el Código de Derecho Canónico, "conforme a sus propias Constituciones y reglas";

i) los cónyuges Skorny-Rozo eran católicos y, por lo tanto, "su conducta, al igual que la de la comunidad, estaba sujeta al Derecho Canónico";

j) para que la comunidad y los cónyuges Skorny-Rozo hubieran podido celebrar el contrato, habrían tenido que ajustarse a todos los requisitos y formalidades exigidos por el Derecho Canónico, ninguno de los cuales se cumplió por ninguna de las partes contratantes;

k) en la fecha de la escritura, la Madre Emilia Coene no era representante de la comunidad, ni tenía la debida autorización para celebrar el contrato ni, en especial, para enajenar la pensión estipulada, por carecer de delegación otorgada "por el legítimo Prelado u Ordinario del lugar, el Arzobispo de la Arquidiócesis de Bogotá, que es la respectiva autoridad eclesiástica, ni por ninguno de sus vicarios";

l) el documento aducido para demostrar la existencia de poderes y facultades de la Madre Coene, no es idóneo para acreditar su personería;

m) la comunidad demandada "no estuvo presente en el acto de la firma de la escritura" y, por lo tanto, "no manifestó su consentimiento contractual";

n) por este motivo, los cónyuges Skorny-Rozo incurrieron en error "en cuanto a la persona con la cual aparecen contratando y en consideración a ella";

ñ) en el contrato se estipuló una renta que no consiste en dinero, a lo menos en parte;

o) el inmueble transferido como precio de la supuesta renta vitalicia, "fue estimado" en la suma de $ 16.200; estaba avaluado catastralmente, en la fecha del contrato, en $ 13.200, y hoy tiene en el catastro un valor de $ 268.000;

p) dicho inmueble producía y produce una renta muy superior a la pactada en el contrato;

q) todo ello conduce a la conclusión de que "si el contrato acusado hubiera tenido alguna validez, ésta sería simplemente la de una donación no insinuada";

r) el inmueble transmitido como precio de la renta vitalicia no comprende los solares indicados en los ordinales a) y b) de la súplica cuarta;

s) Rosa o Rosalbina Rozo viuda de Skorny otorgó testamento instituyendo como su heredera universal a Cecilia Rozo Zabala, y más tarde, el 20 de mayo de 1949, falleció en Bogotá;

t) desde el 23 de mayo de 1949, la comunidad demandada "arrebató la posesión de las fincas alinderadas en las peticiones de esta demanda, a la señorita demandante Cecilia Rozo Zabala", y actualmente conserva esa posesión, de la cual ha derivado cuantiosos frutos;

u) la Reverenda Madre Coene es "subordinada" de la comunidad demandada y lo era también el día de la firma de la escritura número 369;

v) consiguientemente, dicha Reverenda Madre y la comunidad a la cual pertenece son solidariamente responsables de los "perjuicios de todo orden" causados con la actuación de aquélla "en la firma de la escritura citada".

3. La comunidad demandada contestó este libelo negando la gran mayoría de los hechos, aceptando parte de algunos otros, manifestando oponerse "a todas y cada una de las peticiones de la demanda" y proponiendo las excepciones de "carencia de acción" y cosa juzgada. Más tarde, en uno de sus alegatos de instancia, propuso la excepción de prescripción adquisitiva ordinaria respecto de los dos solares a que se refieren los ordinales a) y b) de la cuarta súplica.

La Reverenda Madre Emilia Coene no dio respuesta a la demanda.

4. Conoció del proceso en su primera instancia el Juez Primero Civil del Circuito de Bogotá, quien con fecha 16 de junio de 1964 dictó sentencia en la cual resolvió:

"*Primero.* Declarar no probadas las acciones y pretensiones incoadas por la señorita Cecilia Rozo Zabala, quien demandó para la sociedad conyugal formada por el hecho del matrimonio de Ignacio Skorny (y Rosa o Rosalbina Rozo de Skorny) y para las sucesiones ilíquidas de éstos, demanda presentada el 21 de octubre de 1955.

"*Segundo.* Negar, en consecuencia, todas y cada una de las súplicas o peticiones del libelo de demanda presentado por la mencionada Cecilia Rozo Zabala contra la Provincia de la Congregación o Comunidad de Hijas de la Caridad de San Vicente de Paúl, llamadas también Vicentinas, representada por la Reverenda Madre Jacqueline Lefebre, Superiora Visitadora de la mencionada Provincia, y en contra de la Reverenda Madre Emilia Coene.

"*Tercero.* Absolver a la entidad demandada y a la Madre Emilia Coene de todos y cada uno de los cargos formulados en el libelo.

"*Cuarto.* Condenar en las costas del juicio a la parte actora. Tásense oportunamente (Decreto 0243 de 1951)".

5. Contra este proveído recurrió en alzada la parte demandante, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá desató la segunda instancia de esta manera:

"*Primero.* Confírmase la sentencia apelada, adicionándola en el sentido de declarar, como en efecto se declaran, probadas las excepciones perentorias de prescripción ordinaria y cosa juzgada, con el alcance que les fue atribuido en la parte motiva de esta providencia.

"*Segundo.* Condénase en costas a la parte apelante. Tásense".

6. La desfavorecida interpuso contra esta decisión el recurso extraordinario, que la Corte estudiará y resolverá previo resumen de los fundamentos que tal decisión sustentan.

II. *Motivación del fallo impugnado.*

Divide el Tribunal su sentencia en ocho capítulos, así:

1. "Presupuestos procesales".

En éste examina por separado lo concerniente a demanda en forma, competencia del Juez, capacidad para ser parte y capacidad procesal (legitimatio ad processum), y al respecto concluye: "Es, pues, indiscutible que la relación jurídico-procesal puede reputarse trabada en condiciones de imponer la consideración en el fondo de las acciones acumuladas en la demanda".

2. "Falsedad de la escritura número 1359".

Dice que, interpretando el hecho 10º de la demanda [ordinal d) del resumen que se hizo al relatar los antecedentes del proceso], se colige que la falsedad de ese instrumento la hace consistir la demandante en que en su otorgamiento *no hubo testigos instrumentales* y en que *el Notario no lo firmó en la fecha en que fue otorgado,* sino "cerca de dos meses después".

a) Los testigos instrumentales.

Explica el Tribunal que todo instrumento público está amparado por las presunciones de autenticidad y veracidad; que la falsedad proveniente de inconcordancia entre lo que ocurrió entre el funcionario que lo autoriza y lo que éste dice que ocurrió, es falsedad material del instrumento; y que es preciso distinguir entre original falso y copia falsa, pues la falta de veracidad de ésta puede establecerse mediante cotejo, en tanto que la de aquél no admite este sistema de prueba.

Dice luego que, según afirma la parte actora, los testigos instrumentales Hernando Arenas y Daniel París no firmaron el original, en el cual aparecen como testigos signatarios José Joaquín Villamizar y José Vicente Parra; que en la 1ª y 2ª copias figuran como testigos Arenas y París, en el encabezamiento de la escritura, y además Villamizar Parra, al final, sin que se hiciera la salvedad correspondiente; y que en la 3ª copia aparecen como testigos únicamente Villamizar y Parra, al principio y al final, también sin la debida salvedad, la cual sí figura en el original.

Y advierte: "Lo importante en este caso *es el original del instrumento que reposa en el protocolo* y lo accesorio son las copias tomadas de dicho original. Y para los efectos de la falsedad propuesta *únicamente interesa la tercera copia auténtica acompañada a la demanda,* pues otras que hayan podido expedirse, para fines diferentes, no constituyen la materia probatoria sujeta á los reparos formulados por el demandante en su libelo de demanda".

En cuanto al *original,* que fue objeto de inspección ocular en el proceso, hace notar el Tribunal que "en el protocolo aparecen intercalados los nombres de José Joaquín Villamizar y José Vicente Parra y figuran también como testigos Hernando Arenas y Daniel París. Pero al final se salva la intercalación hecha, con estos términos: 'entre líneas José Joaquín Villamizar y José Vicente Parra. Vale. Testado Hernando Arenas y Daniel París. No vale' ".

Agrega que la *3ª copia,* la acompañada a la demanda, está en un todo de acuerdo con la matriz, puesto que en ella sólo aparecen como testigos Villamizar y Parra.

Y pone finalmente de manifiesto que en la *1ª y 2ª copias* se omitió la salvedad antes transcrita, lo cual sólo demuestra que se trata de *copias incompletas,* pero no falsas.

Examinando en seguida las pruebas tendientes a demostrar que al otorgamiento de la escritura no comparecieron testigos instrumentales, dice el sentenciador que la parte actora adujo al efecto los testimonios de Irene Chivatá Monroy, Trinidad Chivatá de Caro, Juan José Fajardo, Octavio Ortiz y Rafael Toquica. Encuentra que a estos tres últimos nada les consta sobre el particular, y que las testigos Chivatá, la primera de las cuales era sirviente del servicio doméstico del matrimonio Skorny, sólo afirman que el día del otorgamiento de la escritura "fueron a la casa un señor y varias hermanas Vicentinas, quienes le leyeron a don Ignacio, quien de paso ya no se daba cuenta de nada, la escritura, habiéndole ayudado una de las hermanas a extender la firma correspondiente".

Considera el Tribunal que por estas dos declaraciones no se puede descartar "que fuera de tales personas hubieran estado presentes otras", y que, de todos modos, tales testimonios no resultan idóneos para destruir la presunción de autenticidad de la escritura.

Termina el fallador el estudio de esta primera cuestión diciendo: "los testigos instrumentales que suscribieron el original, y cuyas firmas fueron debidamente reproducidas en la tercera copia acompañada a la demanda, debe presumirse legalmente que estuvieron presentes

durante el acto del otorgamiento y, por lo tanto, no puede reputarse la escritura *como incompleta* por su aspecto meramente formal'' (se subraya).

b) La firma del Notario.

En cuanto al hecho de que el Notario firmara la escritura en fecha posterior a su otorgamiento, hace notar el juzgador que ello no contribuye falsedad alguna, pues lo que puede determinarla es la falta de participación del funcionario en el otorgamiento del instrumento de que da fe.

Agrega de que el dictamen grafológico, en lo que a este aspecto se refiere y cuyas conclusiones transcribe, no está debidamente fundamentado y por ende carece del valor de plena prueba, puesto que ''las principales razones aducidas a manera de premisas de los conceptos emitidos, son de simple tipo conjetural, y dicho más claro se traducen en simples suposiciones desprovistas de suficiente poder de convicción''.

Finalmente, se refiere de nuevo el sentenciador a la diligencia de inspección ocular practicada al original del instrumento, en la cual se tomó nota de que hay partes del texto escritas en tinta azul y otras en tinta verde, como también de otras circunstancias ''accesorias e inocuas'' (constancia al margen de haberse expedido la 1ª y la 2ª copias, nota escrita con lápiz), cuestiones todas que, en su concepto, son incapaces de ''configurar una verdadera falsedad en instrumento público''.

3. ''Inexistencia, nulidad o ineficacia del contrato de renta vitalicia''.

Sobre este particular, el Tribunal comienza poniendo de presente que, según doctrina de esta Corte, ''es inoficioso, al menos prácticamente, insistir sobre la diferencia entre los dos fenómenos jurídicos'' *inexistencia* y *nulidad absoluta;* y que, de acuerdo con opinión del profesor De Ruggiero, ''forzada resulta toda tentativa de contraponer la *ineficacia* a la *invalidez,* queriendo ver en la primera un concepto más amplio que en la segunda o simplemente un concepto diverso''.

Transcribe luego el artículo 1741 del Código Civil, que dice así: ''La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las partes que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas. Hay así mismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces. Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato''.

Con base en estas premisas, emprende en el estudio de los defectos atribuidos al contrato de renta vitalicia en la demanda:

a) Omisión de solemnidad *ad sustantiam actus.*

''Con motivo del estudio de la precedente acción de falsedad —dice el sentenciador—, quedó aclarado que la escritura en que se recogió el contrato de renta vitalicia no carece (adolece, quiso decir), de grave irregularidad que la torne inoperante para cumplir un requisito propio de la naturaleza solemne del acto jurídico celebrado''.

b) Falta de consentimiento.

''Respecto del consentimiento válido de las partes otorgantes —se lee en el fallo acusado—, en el hecho primero de la demanda se sugiere que el señor Skorny cuando se otorgó la escritura estaba afectado de grave dolencia y en condiciones de moribundo. Mas ninguna prueba idónea se produjo para demostrar que se encontraba además privado de los condiciones intelectuales indispensables para prestar un consentimiento válido''.

Y haciendo nuevamente alusión a las declaraciones de Irene y Trinidad Chivatá, advierte el Tribunal que a los testigos ''les está vedado emitir conceptos y mucho más cuando sean de orden técnico, y procedan de declarantes de muy limitados conocimientos como los que pueden adivinarse en personas dedicadas a los servicios domésticos, o a otros menesteres similares''. Se refiere el fallador a las afirmaciones de estas testigos en relación con el estado físico (y posiblemente mental) en que se hallaba Skorny en el momento de otorgarse la escritura.

c) Error en el consentimiento.

La parte actora, dice el sentenciador, alega también que los cónyuges Skorny ''incurrieron en error en cuanto a la persona con la cual aparecen contratando y en consideración a ella'', pues la Comunidad demandada no estuvo presente en el otorgamiento de la escritura, comoquiera que la Reverenda Madre Coene no tenía ni la representación ni la autorización de aquélla para celebrar el contrato.

Para dilucidar y resolver esta cuestión, el fallador transcribe y acoge lo que sobre el particular expresó el Juez *a quo:* que según una certificación del Ministerio de Justicia, Sor María Mejía era la representante de la comunidad "en agosto o junio de *1946*"; pero que conforme a otra certificación del mismo Ministerio y a una de la Curia, quien representaba a la comunidad el *23 de marzo de 1944,* fecha de la escritura de renta vitalicia, era Sor María Luisa Courbin, de quien recibió poder especial Sor Emilia Coene para celebrar el contrato.

A lo dicho agrega el Tribunal que el contrato fue ejecutado por la Comunidad y redundó en beneficio de ésta, circunstancia que excluye todo posible error por parte de los cónyuges Skorny respecto de la persona con quien contrataron.

Y, colocándose finalmente en el terreno hipotético de que la Madre Coene no hubiera sido representante de la comunidad para la celebración del contrato, afirma el juzgador que habría habido entonces una estipulación para otro, ratificada y aceptada tácitamente por la comunidad en los términos del artículo 1506 del Código Civil; y que, con arreglo a este texto legal, sólo el beneficiario, no el estipulante, puede demandar lo estipulado, razón por la cual Cecilia Rozo Zabala, como heredera de los estipulantes, carecería "de interés jurídico para impugnar la representación de la comunidad en el acto de otorgarse la escritura".

d) Objeto y causa ilícitos.

"En el hecho dieciocho [ordinal g) del resumen de la Corte] se habla de objeto y causa ilícitos —observa el sentenciador—, pero del contrato celebrado no surge concepto alguno de ilicitud, ni el actor lo sustenta en hechos concretos".

e) Ineficacia del contrato.

Refiriéndose presumiblemente a este aspecto del ataque en la demanda se dirige contra el contrato de renta vitalicia, dice el Tribunal: "Se afirma que el otorgamiento del instrumento tuvo lugar el 23 de marzo de 1944 (hecho segundo), que el señor Skorny falleció el 30 de mayo (hecho séptimo), que el Notario firmó la escritura después (hecho veinticuatro) y que sólo se registró el 7 de julio del mismo año (hecho noveno)".

Sobre estos puntos y su orden cronológico, afirma el fallador, hay cosa juzgada, según excepción propuesta oportunamente por las demandadas.

"Con anterioridad a este juicio —dice—, 'la sociedad conyugal ilíquida que estuvo formada por el señor Ignacio Skorny y por la señora Rosa Rozo de Skorny, representada por ésta' pidió la nulidad del contrato, con la devolución de los frutos naturales y civiles y la consecuencial cancelación en la Notaría y en el registro de la escritura pública que lo contiene.

"Tales peticiones tuvieron como fundamento jurídico el haberse registrado la escritura de constitución de la renta vitalicia después de treinta y seis días de haber muerto el señor Ignacio Skorny. Como causa jurídica se invocó entonces la necesidad de la entrega del bien que implica la renta vitalicia para su perfeccionamiento, y se argumentó que, no habiéndose efectuado la inscripción, no podía verificarse tal entrega, y la ley exige que tal contrato se perfeccione antes de la muerte de la persona de cuya vida pende su duración".

Existe, pues, concluye el Tribunal, "un fallo adverso que hizo tránsito a cosa juzgada en el sentido material y que le es oponible a la señorita Rozo Zabala en su calidad de causahabiente a título universal de la parte demandante en el litigio fenecido", el cual, "por el aspecto precitado, tiene el mismo objeto, se funda en las mismas causas y establece identidad jurídica entre las partes en ambos juicios".

4. "La renta vitalicia según el derecho colombiano".

Los requisitos esenciales del contrato de renta vitalicia, según criterio de la Corte que el Tribunal reproduce, son los siguientes: "que el contrato se otorgue por escritura pública (Art. 2292); que sea aleatorio y a título oneroso (Art. 2287); que la pensión consista en dinero (Art. 2290), y que haya precio para percibirla (Arts. 2290 y 2291)".

"El mencionado artículo 2290 —observa el sentenciador— preceptúa que 'el precio de la renta vitalicia, o lo que se paga por el derecho de percibirla, puede consistir en dinero, o en cosas raíces o muebles', y 'la pensión no podrá ser sino en dinero'. Pero al mismo tiempo que impone esta condición perentoria para la validez del contrato, deja en libertad a los contratantes para 'establecer la pensión que quieran, a título de renta vitalicia', poniendo muy en claro que 'la ley no determina proporción alguna entre la renta y el precio'".

En la demanda se afirma que la pensión no fue estipulada en dinero, "a lo menos en gran parte". Pero esta afirmación es inexacta, dice

el fallador, puesto que se pactó que la renta sería de $ 100.00 mensuales. El mismo contrato contiene también el arrendamiento de una casa por $ 30.00 al mes; pero como esta suma se compensaba parcialmente con la renta, la cantidad líquida a cargo de la comunidad quedó reducida a $ 70.00 mensuales. "Mas ya quedó visto que cualquiera que sea su monto en dinero, debe reputarse como válida, por cuanto la ley no exige proporción alguna entre la renta y el precio. Esto pone de relieve que el contrato no puede reputarse nulo por lo pactado accesoriamente a propósito del arrendamiento del inmueble".

5. "Inobservancia de las leyes eclesiásticas".

La parte actora, advierte el juzgador de segundo grado, afirma insistemente en su libelo que el contrato de renta vitalicia "es nulo por violación de la ley canónica aplicable a ambas partes, en razón de no haber obtenido la representante legal de la comunidad previa autorización válida para contratar y sobre todo para comprometer el patrimonio propio de la expresada comunidad".

Sin embargo, observa, el contrato objeto del litigio se gobierna por la ley civil y no por la eclesiástica; pues si hay normas civiles especiales que difieren al derecho de la iglesia en materia de existencia y representación de las comunidades religiosas, no hay ninguna en cambio que remita al derecho canónico en lo que atañe a contratos ni, en especial, al de renta vitalicia, "en condiciones de incorporar las últimas (las leyes eclesiásticas) como requisitos indispensables para la validez de los respectivos actos jurídicos".

"La parte actora ni en su demanda ni en sus alegatos ha citado ninguna disposición legal en virtud de la cual la ley civil defiera a la eclesiástica en lo tocante al contrato celebrado, por la sencilla razón de no existir. En tales condiciones es inocuo cualquier cargo que se haga a la validez del contrato con apoyo en preceptos del derecho canónico".

6. "La convención fue relativamente simulada".

En subsidio se pide en la demanda que se declare que el contrato de renta vitalicia está afectado de simulación relativa, por encubrir una donación no insinuada, dice el Tribunal.

"Ocurre empero —advierte—, que la parte actora ninguna prueba produjo en orden a establecer que la escritura acompañada a la demanda recoge un contrato aparente, el de renta vitalicia, y encubre uno oculto, la donación a título enteramente gratuito. Por esta causa el instrumento público aducido sigue produciendo efectos en contra de los otorgantes (artículos 1765 y 1766), en condiciones de vincular a las partes mediante el contrato celebrado a título oneroso".

7. "Acción reivindicatoria".

La demandante pretende reivindicar "dos zonas del terreno objeto del contrato celebrado".

Pero la parte demandada opuso a esta pretensión la excepción perentoria de prescripción adquisitiva ordinaria, planteándola de esta manera:

"Desde la fecha del contrato referido: 23 de mayo de 1944 y su registro llevado a cabo el 7 de julio del mismo año, hasta la fecha de la notificación de la demanda: 3 de febrero de 1956... transcurrieron casi doce años.

"La congregación demandada ha estado en posesión regular no interrumpida por más de diez años de todo el globo de terreno del cual se pretenden arbitrariamente segregar tales porciones, y ello como consecuencia de la entrega real y material que se le hizo en virtud del mismo contrato, y por consiguiente habría ganado por prescripción ordinaria el dominio de tales bienes (artículos 2518 y siguientes del C. C.).

"Posesión regular he dicho, porque procede de justo título: la tantas veces citada escritura número 1359 de 23 de marzo de 1944, en cuya virtud se poseen los mismos bienes, y fue adquirida de buena fe".

De acuerdo con el artículo 2528 del Código Civil, dice el sentenciador, "para ganar la prescripción ordinaria se necesita posesión regular no interrumpida, durante el tiempo que las leyes requieren". Posesión regular, según el artículo 764 del mismo Código, es la que procede de *justo título* y ha sido adquirida de *buena fe*. Justo título "es el que da al poseedor un justo motivo para creerse dueño de la cosa", y buena fe, "la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio" (artículo 768 *ibídem*). "La buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria" (artículo 769 *ibídem*). Finalmente, "no se podrá alegar interrupción civil en el caso del artículo 2524 del Código Civil, respecto del demandado que haya obtenido sentencia de absolución" (artículo 29 de la Ley 95 de 1890).

Con base en los textos legales transcritos, concluye el Tribunal que la prescripción adquisitiva ordinaria está demostrada, puesto que hay justo título, buena fe y transcurso del tiempo necesario, sin que haya habido interrupción civil de la misma en virtud del proceso ordinario anterior, comoquiera que en él fue absuelta la entidad demandada.

Pero si en gracia de discusión —agrega— se admitiera que no hay prescripción adquisitiva ordinaria de las zonas reivindicadas, "la reivindicación tampoco puede prosperar por no haberse demostrado, en forma satisfactoria, dos de los requisitos indispensables para la prosperidad de toda acción de dominio, o sean, la *calidad de dueño de una cosa singular* y la *identidad entre ésta y la poseída por el demandado*".

La parte actora no probó ser dueña de las zonas que pretende reivindicar, puesto que éstas, según el dictamen pericial, quedaron comprendidas en el contrato celebrado, lo cual significa que la causante Rozo de Skorny no llegó a ser dueña de tales zonas, enajenadas en vida por Skorny.

No hay tampoco identidad entre esas zonas y el predio poseído por la comunidad demandada; pues, como lo hizo notar el Juez *a quo*, la cabida del solar entregado resulto ser, según los peritos Román Quiñónez, Zárate Rengifo e Hinestrosa, algo inferior a la cabida indicada en el contrato de renta vitalicia. "Entonces, si los lotes comprados (sic) por la comunidad o recibidos en pago del precio de la renta vitalicia, no comprenden una extensión mayor a la vendida (sic), no puede decirse que la venta (sic) no comprendió todos los lotes que pasaron a ser propiedad de la comunidad".

8. "Indemnización de perjuicios".

La acción de responsabilidad civil ejercitada en una de las súplicas *principales*, dice la sentencia acusada, "deriva de las supuestas falsedad de la escritura e ilegalidad del contrato". De consiguiente, no habiéndose demostrado ni la una ni la otra, tal acción no puede prosperar.

La ejercitada en súplica *subsidiaria* tampoco prospera, puesto que la demandante la propuso como sustituta de la condena por frutos, propia de la acción reivindicatoria, que habrá de rechazarse.

"Finalmente —advierte el fallador— debe explicarse que según reiterada jurisprudencia de la honorable Corte, sólo se reconoce interés jurídico para pedir la invalidez de un contrato a las partes que han intervenido en su celebración o a sus causahabientes a título singular o universal. Por tal motivo la demandante, en razón de no haber intervenido en forma personal, en el contrato de renta vitalicia, carece de interés jurídico para ejercitar, en su propio nombre, las acciones encaminadas a desconocerle el valor jurídico a tal contrato. Su actuación ha sido estudiada únicamente en su calidad de sucesora a título universal de una de las partes contratantes".

III. *La demanda de casación.*

Propone la parte recurrente catorce cargos contra la sentencia acusada: el primero, por la segunda causal, y los trece restantes, por la primera. La Corte los estudiará en su orden.

Primer cargo.

Lo formula la censura por tres aspectos distintos:

a) El Tribunal se abstuvo de pronunciarse en su sentencia sobre la súplica de que se declare *"la ineficacia de la escritura de renta vitalicia"*, cuyo apoyo radica en que "el inmueble alinderado no corresponde al terreno real".

"En la petición segunda de la demanda del juicio se impetró la 'inexistencia', la 'nulidad', o la 'ineficacia' de la mencionada escritura 1359 del 23 de marzo de 1944, de la Notaría Cuarta de Bogotá. En el hecho 22 de la misma demanda, se alegó que en la escritura se pretermitieron los requisitos necesarios para la validez del contrato, 'en atención a su naturaleza'; en el hecho 37 se agregó que 'si el contrato acusado hubiera tenido alguna validez, sería simplemente la de una donación no insinuada'. Uno de los requisitos indispensables en todo contrato de transferencia de bienes inmuebles, consiste en que se identifique el inmueble mediante linderos que correspondan a su realidad (C. C. arts. 1857 y 2594). Por tanto, implícita, pero claramente, se invocó en la demanda la ineficacia del contrato y de la escritura y su registro, en razón de no haberse alinderado correctamente el inmueble que se pretendió transferir, o, dicho de otra manera, en razón de que lo alinderado no corresponde a la realidad. No quedó singularizado el inmueble, en la realidad".

Conforme al dictamen de los peritos Hinestrosa y Zárate Rengifo, los linderos meridional, occidental y oriental indicados en la escritura no son reales, es decir que *se alindó otro inmueble.*

El sentenciador nada resolvió sobre este alindamiento irreal y defectuoso, incurriendo por ello en incongruencia.

b) Repite aquí el impugnador la acusación que hace en el punto anterior, pero dando a la demanda la interpretación de que al pedirse en ella la declaración de que la escritura es "incompleta", se solicita consecuentemente que se la declare "inválida" o "ineficaz".

Dice así el censor: "La demanda solicita el pronunciamiento acerca de que la escritura de renta vitalicia quedó 'incompleta' y es inválida o, a falta de esto, ineficaz, porque quedaron claros en sus linderos, porque no hubo firma de los testigos instrumentales sino mucho tiempo después. En el alegato ante el Tribunal... se reclamó este hecho, de que la escritura había quedado 'incompleta' ".

"El Tribunal, en cambio, se limitó a examinar si la escritura y el contrato de renta vitalicia eran válidos, por otros motivos. Nada dijo acerca de los efectos jurídicos de haber quedado la escritura 'incompleta'. Y como esos efectos son su ineficacia para transmitir la propiedad del inmueble, el Tribunal violó la congruencia y se debe casar la sentencia para que se haga tal pronunciamiento".

c) "Indebido pronunciamiento sobre prescripción y cosa juzgada parciales. En efecto, la sentencia de primera instancia negó implícitamente estas dos excepciones, al no declarar que estuvieran probadas. La demanda no apeló. El Tribunal carecía de competencia para adicionar la sentencia del *a quo*, en esos dos puntos, porque equivalía a perjudicar con ello al único apelante y a favorecer a la parte no apelante. Se violó el principio de la *reformatio in pejus*. Se violó el artículo 494 del Código de Procedimiento Civil. Hay violación de la congruencia".

La Corte considera:

1. La impugnación del fallo por incongruencia, en los aspectos que se exponen en los puntos a) y b), no puede prosperar, puesto que el Tribunal pronunció sentencia *absolutoria* respecto de "todos y cada uno de los cargos" formulados por la demandante, lo cual significa que ninguna de las súplicas del libelo quedó sin ser resuelta.

2. En cuanto al tercer aspecto de la acusación que por incongruencia formula la censura, esto es, el indicado en el punto c), debió invocarse la causal primera de casación, en vez de la segunda. *Que la sentencia sea* incongruente *es conclusión que sólo puede resultar de comparar aquélla con las* pretensiones *de los litigantes. La "reformatio in pejus" resulta de efectuar una comparación entre la sentencia de segundo grado y* la de primera *instancia, y se configura cuando en aquélla se empeora la situación de la única parte que recurrió contra las decisiones del Juez* a quo.

Se rechaza pues el cargo, por sus tres aspectos.

Segundo cargo.

Violación por vía directa, debido a falta de aplicación, de los artículos 1008, 1012, 1013, 1048 (artículo 21 de la Ley 45 de 1936), 1155, 1395, 1398 y 1401 del Código Civil.

Según la parte recurrente, el Tribunal afirmó erróneamente que la actora no debió obrar en su propio nombre, sino como representante de su causante en calidad de heredera universal. Pero reconoce la censura que este yerro "no influyó en la decisión", limitándose a pedir que se rectifique el concepto "para fines de doctrina".

La Corte observa:

1. Está en lo cierto el Tribunal al afirmar que son cosas distintas demandar en el propio nombre y demandar "como heredero", o "para determinada sucesión", o "para cierta sociedad conyugal ilíquida". En el primer caso, el demandante ha de ser el titular original de una acción que no ha recibido de otro a título singular ni universal; en el segundo, el actor es causahabiente a este último título de quien tenía la acción, y debe, por lo tanto, invocar la calidad en que obra o pedir para la comunidad en la cual tiene derechos transmitidos por herencia.

2. Muy claramente advirtió el juzgador de segundo grado que la actuación de la demandante "ha sido estudiada únicamente en su calidad de sucesora a título universal de una de las partes contratantes". Y era así como debía estudiarla, ya que Cecilia Rozo Zabala pidió en la demanda, no para sí, sino para las sucesiones ilíquidas de Ignacio Skorny y Rosa Rozo de Skorny o para la sociedad conyugal ilíquida que éstos formaron, lo cual significa que entendió obrar como heredera universal de la viuda de Skorny.

Se desecha por lo tanto el cargo.

Tercer cargo.

Errores de hecho y de derecho en la apreciación de las siguientes pruebas, que a juicio del

impugnador demuestran la *falsedad parcial de la escritura pública de renta vitalicia:* las copias 1ª, 2ª y 3ª de dicho instrumento, la inspección ocular de su matriz u original, el dictamen de los peritos grafólogos, los certificados de paz y salvo acompañados a esa matriz u original y las diversas tintas y amanuenses usados para escribir su texto. Cada una de tales pruebas —afirma— suministra un indicio, y todos los *indicios,* en conjunto, acreditan plenamente la falsedad.

a) *Copias 1ª, 2ª y 3ª de la escritura.* "Al no incluírse en las dos primeras copias —observa—, ni en la tercera siquiera, transcripción alguna de la salvedad que luego apareció en la matriz al practicarse la inspección judicial dentro del juicio, *se pone de presente, con valor de plena prueba, que cuando esas copias se expidieron, no existía esa salvedad,* en la parte final de la escritura, para quitarle validez al texto que señalaba como testigos actuarios a Arenas y París, y dársela, en cambio, a quienes posteriormente firmaron como tales, Parra y Villamizar" (se subraya).

El Tribunal se negó a reconocer fuerza probatoria a las copias 1ª y 2ª, violando el principio universal de la "comunidad y unidad de la prueba" e incurriendo en *error de derecho,* con infracción de los artículos 1759 y 1765 del Código Civil y 630, 632 y 636 del Judicial.

b) *Dictamen de los peritos grafólogos.* Con él quedó demostrado que "*esa salvedad fue escrita con posterioridad a la expedición de las tres copias*" (se subraya), es decir después del 29 de mayo de 1950.

El fallador le negó a este dictamen el valor de plena prueba alegando qne no está bien fundamentado, por lo cual incurrió en *error de derecho,* con violación de los artículos 722 y 723 del Código Judicial.

c) *Certificados de paz y salvo.* Sirven para probar plenamente que *la fecha de la escritura es falsa,* puesto que ésta aparece otorgada el 23 de marzo de 1944, en tanto que los citados recibos sin cuya agregación a la matriz del instrumento éste no puede fecharse, fueron expedidos en "abril y mayo de 1945 (sic)".

El sentenciador les negó a estos documentos "el carácter probatorio y por tanto que fueran indicios", incurriendo así en *error de derecho* por violación de los artículos 662, 664 y 665 del Código Judicial.

d) *Tintas y amanuenses diferentes.* Se usaron unos para el texto general de la matriz de la escritura y otros para indicar los nombres de los testigos Arenas y París.

"El Tribunal no les reconoció ni siquiera el valor de indicios; no aplicó los artículos 662 a 665 del Código de Procedimiento Civil (con prescindencia del contenido de los indicios y de su fuerza intrínseca de convicción, respecto a la cual el cargo debe ser un *error de hecho*)" (se subraya).

La circunstancia de ser falsa la salvedad visible al final de la escritura y de serlo igualmente la fecha de ésta —concluye el recurrente—, la dejan sin valor, *por haber faltado los testigos instrumentales:* "a) Arenas y París no asistieron a la firma de la escritura y nunca la firmaron; b) Villamizar y Parra no asistieron a la firma de la escritura y la firmaron después de expedida la primera copia, sin que se hubiera salvado válidamente su firma póstuma, ni la intercalación de sus nombres en el texto, ni la invalidación de los nombres de Arenas y París como únicos testigos, pues el haber ocurrido todo esto después de expedidas las tres copias, es decir, después del veintinueve de mayo de 1950, hace que tales intercalación y salvedad, lo mismo que las firmas de Villamizar y Parra, carezcan de valor legal".

Por no haberlo declarado así —dice finalmente la censura—, el Tribunal violó los artículos 2583, 2584, 2586 y 2596 del Código Civil. Y, en consecuencia, los artículos 2287 a 2292 del mismo Código, "al estimar válida y legalmente constituída" la renta vitalicia, así como los 1740 a 1743 *ibídem* "al no declarar la nulidad del contrato", y los 946 a 952 *ibídem,* "al negar la acción reivindicatoria".

Estima la Corte:

1. Durante la diligencia de inspección ocular que se practicó en la Notaría Cuarta de Bogotá para examinar la matriz de la escritura de renta vitalicia, la parte demandante pidió que se hiciera cotejo *de las copias 1ª y 2ª de tal instrumento con el original en el protocolo.*

Esta prueba, cuando se trata de escrituras públicas, tiene por objeto verificar si la copia o copias se ajustan en un todo a la matriz, esto es, si son o no son copias fieles. *Pero no se puede en manera alguna concluir, con base en el cotejo, que dado el texto de la copia o copias la matriz* es falsa. *La falsedad de la matriz ha de ser establecida* con otros medios de prueba, *como acertada y claramente lo expresa Carrara con estas palabras, que el Tribunal transcribe en la sentencia impugnada: "Cualquiera comprende que el peligro derivado de la alteración de una copia puede ser reparado por la diligencia de los in-*

teresados, mediante un cuidadoso y tempestivo cotejo con el original; pero no puede decirse lo mismo si la alteración ha recaído sobre éste. Bien se advierte que cuando se suprime un original, el daño puede ser irreparable, mientras que si se suprime una copia auténtica el daño puede reducirse a la molestia y a los gastos necesarios para procurarse una nueva copia". (Programa del Curso de Derecho Criminal, Parte Especial, Tomo VII, Nº 3697, pág. 326).

En este proceso no se ha pedido que se declare la falsedad de determinada copia *de la escritura número 1359, sino que se declare falsa* la escritura misma, *esto es, su matriz u original en el protocolo. Y del cotejo entre el original y una o más copias sólo puede surgir que las copias cotejadas resulten ser fieles y completas o infieles e incompletas: lo primero, si concuerdan exactamente con la matriz; lo segundo, si hay inconcordancia en uno o más puntos.*

Por lo tanto, no se incurrió por parte del Tribunal en ningún error de derecho al estimar el texto de la matriz como el verdadero y auténtico, sin violar por ello los artículos 1759 y 1765 del Código Civil, ni los 630, 632 y 636 del Judicial, comoquiera que el original de la escritura, que no podía traerse al proceso, fue materia de inspección ocular (artículo 730 del Código últimamente citado), dentro de la cual se efectuó cotejo de las copias (artículo 654 *ibídem*), con el resultado de que éstas no concuerden totalmente con aquél, mediando la decisiva circunstancia de que el original en el protocolo no apareció roto, enmendado sin la correspondiente salvedad, suplantado ni alterado, en tanto que las copias, por virtud del cotejo, sí aparecieron inconcordantes con el texto de la matriz "en parte sustancial de su contenido" (artículo 652 *ibídem*).

2. El dictamen grafológico no tendría necesariamente el valor probatorio que preveía el artículo 722 del Código Judicial, como lo afirma el recurrente. Podía tener el que le atribuía el 723 de esa obra. Y en éste se dejaba a la prudente y discreta apreciación del Juez el darle al dictamen alguna fuerza de prueba o negarle completamente la virtud de tal.

Si el sentenciador de segundo grado encontró que el dictamen de los peritos grafólogos no estaba debidamente fundamentado, porque se apoyaba en conjeturas y suposiciones desprovistas de poder de convicción, no podría la Corte sustituir este criterio con uno distinto, salvo contraevidencia que no fue alegada por la censura.

En consecuencia, tampoco hubo, por este segundo aspecto, error alguno de derecho.

3. Conforme a los artículos 1º y 2º de la Ley 33 de 1896, 28 de la Ley 32 de 1918, 3º de la 84 de 1925 y 17 de la 81 de 1931, la circunstancia de que los certificados de estar en paz y a salvo los otorgantes por concepto de los impuestos predial, de sucesiones y donaciones y sobre la renta, patrimonio y exceso de utilidades, según los casos, no se agreguen al protocolo o se agreguen con retardos, *es incapaz de afectar la validez y autenticidad de la escritura pública: simplemente hace responsable al Notario, a quien debe sancionarse con multas o suspensión del empleo.*

Por consiguiente, el hecho de que los certificados que se agregaron al original de la escritura número 1359 tuvieran fechas posteriores, poco o mucho, o la de tal instrumento (abril y mayo de 1944, no de 1945, como afirma el recurrente), no puede servir de indicio de que la fecha de dicha escritura es falsa, menos aún tratándose, como se trataría, de un solo indicio que estaría bien lejos de ser necesario. No incurrió el Tribunal a este respecto en ningún error de derecho, ni violó en manera alguna los artículos 662, 664 y 665 del Código Judicial.

4. El fallador estimó que el uso de tintas diferentes y otros detalles de la misma índole, son circunstancias "accesorias e inocuas" que no pueden "configurar una verdadera falsedad en instrumento público".

Al respecto observa la Corte que, no existiendo disposición legal que ordene extender los originales de las escrituras con tinta de un solo color, ni mediante los servicios de un solo amanuense, el hecho de que así no se haga en la práctica no puede determinar falsedad en la escritura, ni siquiera servir de indicio de que ésta no sea auténtica. En este particular, el sentenciador no incurrió en error alguno de derecho ni de hecho.

5. Finalmente, es de advertir que en este cargo la censura impugna el fallo de segundo grado por no haberse declarado en él la falsedad de la escritura de renta vitalicia con base en una serie de *indicios* que, a su juicio, suministran las pruebas que en el cargo se enumeran y que quedaron examinadas en los puntos anteriores.

Debe ponerse de presente que, en lo que atañe a prueba indiciaria, la Corte no puede sustituir con su propio criterio el que haya servido al Tribunal para apreciar el valor de convicción

de cada una de las presunciones conducentes a establecer la existencia de determinado hecho.

En sentencia dictada en el año de 1964, expresó esta Sala lo siguiente: "Por regla general, dice el artículo 665 del Código Judicial, los indicios no necesarios forman plena prueba cuando son en número plural, graves, precisos y conexos entre sí, de modo que concurran todos a demostrar, sin lugar a duda, la verdad del hecho controvertido". La apreciación de estas cualidades de gravedad, precisión y conexión la confía la ley al Juez de la causa, quien se mueve a darles el valor de prueba legal cuando primeramente tales indicios han producido en su ánimo un valor más moral que jurídico, de manera que su juicio ponderativo es intocable en casación... La declaración sobre su ningún valor indicial está, pues, implícita al no haberlas considerado como base de lo que juzgó, y al no haberlas destacado al igual de otras a las que sí dio conducencia y algún valor de prueba... El Juez es soberano en el justiprecio de la fuerza de convicción que corresponde a los indicios, porque la ley ha dejado a su juicio calificar su carácter de gravedad y precisión según las relaciones y conexiones entre los hechos que los constituyen y los que se trata de averiguar. A la inferencia lógica deducida judicialmente de un hecho, al cálculo de probabilidad que funda en él, no se puede oponer en ataque de pruebas otra inferencia distinta, otra interpretación del hecho. Los cargos contra la prueba indiciaria son conducentes y eficaces solamente si se enderezan contra la existencia misma del hecho en que se genera el indicio, o de su descalificación, por ejemplo por falta de conexión lógica con el hecho que se trata de demostrar... (G. J., Tomo CVIII, págs. 190 y ss.).

Y en sentencia del 2 de febrero de 1971, aún sin publicar, proferida en el juicio ordinario de Moisés Sabogal Novoa contra el Banco de Bogotá, dijo así la Corte: "Si el reconocer o no a un hecho acreditado en el proceso el valor de indicio, es función que se refugia en la autonomía del juzgador de instancia; si el proceso mental que mueve al sentenciador a darle a un hecho el valor de indicio obedece a un juicio ponderativo inseparable de su discrecionalidad, intocable en casación; si al no haber estimado el juzgador con fuerza de indicios las pruebas que señala el recurrente, lleva implícita la declaración sobre su ningún valor indiciario; y si la censura se funda precisamente en no haber visto el sentenciador la prueba indiciaria que resulta del conjunto de los hechos indicadores, no hay duda, según lo expuesto, de que el Tribunal no incurrió en error de hecho por no haberle dado, al conjunto de prueba que se señala, el valor de indicios...".

Fallando las premisas en que se apoya la censura al formular este cargo, forzosamente ha de fallar también su conclusión: la falsedad de la escritura de renta vitalicia.

Se rechaza, pues, el cargo.

Cuarto cargo.

Con apoyo en los mismos errores de derecho invocados en el cargo inmediatamente anterior, acusa el recurrente la sentencia por violación indirecta, debida a la falta de aplicación, de los artículos 2583 a 2586 del Código Civil y 2595 de la misma obra, conforme a los cuales *es nula la escritura pública de renta vitalicia.*

Dice la parte recurrente que, sea o no sea falsa dicha escritura, "la verdad es que faltó el requisito sustancial de que los testigos instrumentales que la firman hubieran concurrido al acto y la hubieran firmado antes que el Notario". Esta irregularidad, agrega, "causa nulidad de la escritura, al tenor de los textos civiles citados".

Y concluye así: "Considero que los artículos 2583 y 2584 del Código Civil son de naturaleza probatoria y no sustancial, por lo que su violación significa error de derecho en la apreciación de la prueba de la escritura pública y de las copias de la misma. Los artículos 2586 y 2595 del Código Civil son, en cambio, normas sustanciales, sobre el valor de formalidades esenciales del acto.

Se violaron indirectamente los artículos 2287 a 2292, 1740 a 1743 y 946 a 952 del Código Civil, por no haber sido aplicados los dos grupos últimos, y por aplicación indebida el primero".

La Corte observa:

1. En el despacho del tercer cargo, se indicaron las razones por las cuales el fallo impugnado no contiene los errores de derecho que en aquél se invocaron y en éste se repiten.

2. Al folio 40 del cuaderno número 3 del expediente, obra una fotografía de la primera página del original o matriz de la escritura número 1359. En ella se aprecia que los nombres "Hernando Arenas y Daniel París", aparecen *subrayados* y que entre el renglón en que están escritos y el anterior se *añadieron* los nombres "José Joaquín Villamizar y José Vicente Parra".

Al folio 45 del mismo cuaderno está visible una fotografía del último folio de dicho original o matriz, y en él se lee, *antes de las firmas de las partes otorgantes, los testigos instrumentales y el Notario y al final de la parte dispositiva del contrato,* la nota siguiente: "Entre líneas 'José Joaquín Villamizar y José Vicente Parra' —vale—. Testado: 'Hernando Arenas y Daniel París' —no vale—".

El artículo 2583 del Código Civil es del siguiente tenor: "Prohíbese absolutamente usar de iniciales en los nombres y apellidos de los otorgantes y en los nombres de las cosas, y de abreviaturas en las palabras de los instrumentos, raspar lo escrito en éstos o borrarlo de modo que quede ininteligible lo que estaba escrito. Los nombres, apellidos y palabras deberán escribirse completamente, y cuando se cometa algún error o equivocación en lo escrito, se enmendará o *subrayará,* colocándose entre paréntesis las palabras que se quiere que no valgan, *escribiéndose entre renglones las que deban añadirse.* En todos los casos de este artículo se pondrá a la margen del respectivo instrumento y en frente de lo corregido, *una nota* repitiendo íntegramente las palabras enmendadas, *subrayadas,* o *sobrepuestas,* expresando su estado, y si valen o no, nota que será suscrita con firma entera por los otorgantes, por los testigos instrumentales y por el Notario. *Si por la mucha extensión de lo corregido no cupiere la nota a la margen, se pondrá aquélla al fin del instrumento;* y si ya estuviere éste firmado, en seguida de él, firmando la nota, como queda dicho, los otorgantes, los testigos y el Notario" (subrayó la Corte).

Conforme al artículo 2584 del mismo Código, "En cualquier caso en que no aparezcan debidamente puestas y firmadas las notas que se contrae el artículo que precede, *no valdrán las correcciones,* y se dará cumplido crédito *a lo primitivamente escrito,* sin perjuicio de exigir la responsabilidad en que haya incurrido el Notario o el que resulte haber hecho las correcciones" (subrayó la Corte).

Apareciendo que, de acuerdo con las disposiciones legales transcritas, está debidamente puesta y firmada la nota contentiva de la salvedad, resulta ser que la corrección o enmendadura consistente en haber suprimido los nombres de Arenas y París y añadido en su lugar los de Villamizar y Parra, es perfectamente válida, y el tenerla por tal no puede constituir error de derecho.

El cargo, por lo tanto, no prospera.

Quinto cargo.

"Violación directa, por falta de aplicación, de los artículos 25 y 26 de la Ley 57 de 1887, artículo 16 de la Ley 153 de 1887 y de la Ley 35 de 1888, de los artículos 2, 3, 4 y 10 del Concordato, y de los cánones 100, 105, 434, 490, 533, 534, 549, 1529, 1530, 1531, 1532, 1533 y 2347 del Código de Derecho Canónico, aplicables al tenor de los textos civiles citados".

El recurrente intenta demostrar en este cargo que el contrato de renta vitalicia celebrado entre los cónyuges Skorny y la comunidad demandada, se rige por el derecho canónico, dada la circunstancia de que la ley civil colombiana defiere a la eclesiástica en estas materias. Y como con base en esta premisa encuentra que hay requisitos y solemnidades canónicas que no se observaron en la celebración de aquél, sienta la conclusión de que el Tribunal violó, también por falta de aplicación, los artículos 641, 1519 y 1741 del Código Civil, puesto que, con arreglo a estas disposiciones, *el contrato de renta vitalicia es absolutamente nulo.*

Agrega finalmente que "hubo, además, error de hecho del Tribunal, por la no apreciación de la prueba del documento emanado de la Curia Arzobispal de Bogotá (folios 18 y 19, Cuad. 3º) y violación también por este concepto por falta de aplicación, de las normas citadas, y, consecuentemente, de los cánones mencionados, al darle validez a ese contrato".

La Corte considera:

1. En sentencia de fecha 15 de mayo de 1954, la Corte determinó con toda claridad las materias en las cuales, conforme al Concordato celebrado con la Santa Sede y aprobado por la Ley 35 de 1888, debe aplicarse la legislación canónica, y las que no se rigen por ésta, sino por el derecho civil colombiano.

Dice así ese fallo, en su parte pertinente: "Los artículos 2º, 3º y 4º del Concordato reconocen al derecho canónico como un ordenamiento jurídico independiente del ordenamiento jurídico del Estado Colombiano, pero que puede producir efectos dentro del ámbito de nuestra legislación civil, *cuando ésta defiere, en ciertas materias, expresamente, al derecho de la Iglesia.* Según la doctrina actual de los canonistas acerca de esa deferencia del ordenamiento jurídico del Estado al ordenamiento jurídico de la Iglesia sólo son posibles, en tal materia, dos posiciones que suelen designarse con los califi-

cativos de 'referencia material o recepticia y referencia formal o no recepticia'. En la primera, las normas canónicas se consideran como incorporadas al Derecho del Estado, en el sentido de que la prestan su contenido, quedando de esa manera sustraídas al ordenamiento de su origen, sometidas a la influencia de las concepciones del derecho que las recibe e íntimamente transformadas por éstas. En la segunda, las normas canónicas son tomadas por el Derecho del Estado y hechas válidas o exequibles en éste, como simples normas indicativas, es decir, como normas que continúan considerándose extrañas al ordenamiento jurídico que las recibe y existentes en el ordenamiento jurídico de donde provienen, con las características intrínsecas y la vigencia o validez que tienen en el ordenamiento de su origen...

"En los casos y materias en que la legislación colombiana defiere a la canónica, esa deferencia es formal y no recepticia. Así resulta, indudablemente, de los artículos 2º, 3º y 4º del Concordato...". (G. J., Tomo LXXXVII, págs. 579 y ss.). Subrayó esta Sala.

Conforme a esta doctrina, confirmada en fallos posteriores de la Corte, *el derecho canónico sólo es aplicable por la justicia civil colombiana cuando haya, dentro del ordenamiento jurídico nacional,* norma que defiera expresamente al de la Iglesia en materia determinada. *Ocurre este fenómeno, por ejemplo, en lo tocante a la constitución y representación de las personas morales de derecho canónico, por virtud de lo dispuesto por el artículo 10º del Concordato, como se verá más adelante.*

Pero en materia de contratos, y en especial del de renta vitalicia, tiene razón el Tribunal cuando afirma, en la sentencia impugnada, que el celebrado entre los Skorny y la comunidad demandada "resulta gobernado por la ley civil y no por la eclesiástica, por no existir, en la primera, norma o precepto especial que defiera en lo concerniente a la constitución de renta vitalicia al derecho de la Iglesia" *(se subraya).*

2. Lejos de deferir nuestra legislación civil a la canónica en punto de contratos, sucede precisamente lo contrario: que la legislación eclesiástica se remite a la civil en esta materia. Conforme al canon 1529 del Código de Derecho Canónico, en efecto, *"lo que el derecho civil dispone en el territorio acerca de los contratos, en general o en especial, tanto nominados como innominados, y respecto de los pagos, se ha de observar en virtud del derecho canónico en materia eclesiástica con idénticos efectos,* siempre que no vaya contra el derecho divino ni disponga otra cosa el derecho canónico" —se subraya—. (Código de Derecho Canónico bilingüe y comentado, Miguelez-Alonso-Cabreros, 4ª edición, pág. 575).

En relación con el canon transcrito, la citada obra contiene el siguiente comentario: "Es este otro de los lugares en que la Iglesia acepta o canoniza, y de una manera muy amplia, la legislación civil de cada región, salvas las dos excepciones que al fin del canon se contienen; de tal suerte que, fuera de lo en éstas comprendido, hay que atenerse a lo dispuesto en dicha legislación en todo lo concerniente a la capacidad de los contratantes, al consentimiento, al objeto o materia, y a la causa de los contratos".

3. Por lo que toca con el error de hecho alegado al final de este cargo, carece de toda trascendencia en las decisiones tomadas por el Tribunal con base en la no aplicabilidad del derecho canónico al contrato de renta vitalicia.

En efecto: la certificación expedida por el encargado del Despacho para Comunidades Religiosas del Arzobispado de Bogotá, en que la censura apoya el citado error de hecho, no puede *suplir* la falta de disposición civil expresa que defiera al derecho canónico en materia de contratos, ni puede *contrariar* el claro ordenamiento del canon 1529, transcrito atrás.

Por lo expuesto, el cargo no prospera.

Sexto cargo.

1. El recurrente parte aquí de la premisa de que el Tribunal atribuyó a la demandante la carga de probar que quien otorgó poder especial a la Madre Coene para celebrar el contrato con los Skorny no tenía la representación de la comunidad, debiendo ser a la inversa, en opinión de aquél, puesto que la comunidad es la parte litigante interesada en que aparezca que "sí estuvo bien representada en el contrato". De aquí deduce la censura la conclusión de que el *artículo 1757 del Código Civil* fue infringido por falta de aplicación.

2. Dice luego que el fallador incurrió en los siguientes *errores de derecho,* todos ellos con violación de lo dispuesto por los artículos 635 y 639 del Código Civil y 632 del Judicial:

a) Haber tenido como prueba de que, en la fecha del contrato, la representante de la comunidad era la Madre Courbin, fundándose en una certificación eclesiástica según la cual lo fue desde el 11 de septiembre de 1930 hasta el 25 de abril de 1954. Esa certificación carece

de valor probatorio, puesto que quien exclusivamente tenía la facultad de certificar sobre la representación de las corporaciones era el Ministerio de Gobierno y actualmente el Ministerio de Justicia;

b) Haber omitido tener como pruebas un certificado del Ministerio de Justicia, conforme al cual en agosto de 1946 la representante de la comunidad era la Madre Mejía; al poder otorgado por ésta el 11 de octubre del mismo año, para representar a la comunidad en el otro juicio ordinario, y la confesión del apoderado de la Madre Courbin de no haber sido ésta representante de la comunidad el 22 de enero de 1947; y

c) No haber reconocido valor probatorio a otros dos certificados del Ministerio de Justicia que dan fe de que la Madre Courbin sólo comenzó a figurar como representante de la comunidad el 22 de octubre de 1948 y de que no hay constancia en los archivos del Ministerio de quién la representaba el 23 de marzo de 1944, fecha del contrato.

De lo cual concluye el impugnador: "Si en agosto de *1946* la representante era Sor Josefina Mejía y la representación por Sor Courbin apenas se registró en *1948*, esto indica que salvo prueba en contrario, la representación en 1944 la tenía Sor Josefina". Y tal prueba no se adujo por la parte demandada, a quien correspondía suministrarla.

3. Examinando el punto por otro aspecto, la censura pone de presente que la Madre Coene sólo recibió poder de la Madre Courbin "para que como representante de la comunidad en los negocios con el señor Ignacio Skorny, dé todas las firmas necesarias y acepte en mi nombre, lo que haya de recibir". Este poder, en concepto del impugnador, no autorizaba a la Madre Coene "para actos dispositivos", razón por la cual el Tribunal violó, de un lado, los artículos 2157, 2158 y 2159 del Código Civil, y de otro, el canon 2347 del Código de Derecho Canónico.

"Por otra parte —agrega— al faltar la autorización del superior, que exigen los cánones mencionados en el cargo anterior, ese poder carece de todo valor y también el contrato celebrado por Sor Emilia Coene, porque equivale a violar normas de orden público (las citadas en el cargo anterior, que invoco también, como violadas, para éste)".

4. Para que la Madre Coene hubiera podido representar eficazmente a la comunidad en el otorgamiento de la escritura de renta vitalicia, habrían tenido que agregarse al protocolo uno o más documentos en que constaran los siguientes hechos:

"a) Estar ella nombrada por el Capítulo Provincial como representante legal o delegada suya para el acto, de acuerdo con los estatutos, y que así constara en el acta correspondiente;

"b) Haber sido aprobado su nombramiento por el Sacerdote Director Provincial, por escrito;

"c) Haber sido 'designada' o 'determinada' como representante legal o delegada al efecto por el Arzobispo de Bogotá, el Ordinario del lugar, ante la autoridad del Poder Civil;

"d) Estar reconocida e inscrita como tal en el Ministerio de Gobierno o luego en el Ministerio de Justicia, por resolución legal;

"e) Contar con el consentimiento expreso y contractual del Capítulo Provincial para la constitución de tal 'renta vitalicia', por mayoría de votos y en 'votación secreta' y que así constara en el acta de la respectiva sesión;

"f) Contar con tal negociación con la aprobación del Sacerdote Director Provincial, por escrito, y

"g) Condición *sine qua non,* porque es 'ad sustantiam', haber recibido previamente la autorización de la respectiva autoridad eclesiástica, en el caso, el Beneplácito Apostólico de la Santa Sede, por intermedio del Arzobispado de Bogotá...".

5. El cargo finaliza con la síntesis siguiente: "Así, el Tribunal le reconoció representación de la comunidad, a quien no tenía ese carácter; le reconoció valor a un poder que no lo tenía. Violó así los textos sobre pruebas citados, incurriendo en error de derecho en su apreciación, y violó los textos civiles citados, como también violó indirectamente los artículos 25 y 26 de la Ley 57 de 1887; 16 de la Ley 153 de 1887; Ley 35 de 1888; artículos 2, 3, 10 del Concordato aprobado por esta última Ley; cánones 533, 534, 490 y 1531 y demás citados en este cargo y el anterior; artículos 1741, 1519, 2287 a 2292 del Código Civil, éstos por indebida aplicación y los otros por falta de aplicación. Igualmente los cánones 1530 a 1534 y 2347".

Estima la Corte:

1. La regla universal en materia de carga de la prueba en los procesos es esta: "Onus probandi incumbit actori; reus in excipiendo fit actor". Por manera que, habiéndose pedido en

la demanda que se declare inexistente, nulo o ineficaz el contrato de renta vitalicia, entre otras razones porque la comunidad demandada no estuvo representada en la celebración de ese contrato, es a la parte actora a quien corresponde demostrar que no hubo tal representación, no a la parte demandada la prueba de que sí la hubo.

El artículo 1757 del Código Civil fue correctamente aplicado por el Tribunal.

2. El artículo 10º del Concordato celebrado con la Santa Sede, aprobado mediante la Ley 35 de 1888, reza así: "Podrán constituírse y establecerse libremente en Colombia órdenes y asociaciones religiosas de un sexo y de otro, toda vez que autorice su canónica fundación la competente superioridad eclesiástica; ellas se regirán por las constituciones propias de su instituto; y para gozar de personería jurídica y quedar bajo la protección de las leyes, deben presentar al Poder Civil la autorización canónica expedida por la respectiva superioridad eclesiástica".

Conforme al artículo 26 de la Ley 57 de 1887, "las asociaciones religiosas cuya existencia esté autorizada por la respectiva superioridad eclesiástica, serán representadas conforme a sus constituciones o reglas. La misma superioridad eclesiástica determinará la persona a quien, conforme a los estatutos, corresponde representar a determinada asociación religiosa".

Por el artículo 1º del Decreto número 1326 de 1922, se estableció lo siguiente: "Las solicitudes sobre reconocimiento de personería jurídica deberán dirigirse por conducto de la respectiva Gobernación, la cual, antes de enviarlas al Ministerio de Gobierno, deberá emitir su concepto sobre si los fines y organización de la respectiva entidad no contienen nada contrario a la moralidad ni al orden legal, y si reúnen los demás requisitos que las leyes exigen para el reconocimiento de las personerías jurídicas". Y el artículo 4º de esta misma ley expresa: "Las resoluciones que se dicten sobre reconocimiento de personería jurídica serán publicadas en el Diario Oficial a costa del particular interesado, y no surtirán sus efectos sino quince días después de hecha la publicación".

Mediante la Ley 68 de 1945, se creó y organizó el Ministerio de Justicia. El artículo 1º del Decreto número 105 de 1947 (enero 17), reglamentario de esta Ley, dice así: "A partir del 16 del presente mes comenzará a funcionar el Ministerio de Justicia, el cual tendrá a su cargo... el estudio de las documentaciones que se presenten por los sindicatos, hospitales, sociedades de beneficencia, etc., para el reconocimiento de su personería jurídica...".

Finalmente, de acuerdo con el artículo 1º del Decreto número 3172 de 1968, "corresponde al Ministerio de Justicia, de conformidad con la Constitución y las leyes, atender a las siguientes funciones:... g) Reconocer y cancelar personería jurídica a las asociaciones, corporaciones y fundaciones cuando esas funciones no hayan sido atribuidas a otros despachos".

a) Personería jurídica de la comunidad demandada.

A folios 6, 7 y 8 del cuaderno número 1 del expediente, está visible una copia, expedida por el Ministerio de Justicia el 10 de mayo de 1955, de los siguientes documentos: la resolución mediante la cual el Gobierno Nacional reconoció personería jurídica a la comunidad demandada, con constancia de su publicación en el Diario Oficial del 4 de enero de 1917; la fundación de la comunidad en el año de 1633, en la ciudad de París; y los estatutos de la misma, en los cuales consta que la comunidad está representada "en cada provincia" por la *Visitadora Provincial*, quien representa a su vez a la *Madre General residente en París*.

b) Representación general de la comunidad demandada.

Es verdad que a folios 35 y 89 del cuaderno número 3, obran dos certificaciones del Ministerio de Gobierno (no del de Justicia, como afirma la censura), conforme a los cuales la representante de la comunidad en *4 de junio y 17 de agosto de 1946* era la Madre Josefina Mejía. Y es igualmente cierto que, al folio 39 vuelto del mismo cuaderno, hay una certificación del Ministerio de Justicia en que consta que el expediente de la comunidad se extinguió por incendio el 9 de abril de 1948; que fue reconstruído mediante "documentos que reposan en los archivos de este Ministerio", y que, revisados tales documentos, "no se halló constancia de quién representaba a la comunidad el 23 de marzo de 1944".

Mas es preciso tener en cuenta que esta última certificación fue expedida el 13 de marzo de 1957; y según otra procedente del mismo Ministerio de Justicia, visible a folios 4 vuelto, 5 y 5 vuelto y fechada el 14 de marzo de 1957, constan los siguientes hechos: que el expediente de la comunidad se quemó el 9 de abril de 1948; que al ser reconstruido, se inscribió como re-

presentante de ésta, el 22 de octubre de ese mismo año, a la Madre Luisa Courbin, como *Visitadora,* por designación que le hizo el *Superior General, en París, el 24 de abril de 1935.*

Por lo tanto, hay plena prueba en el proceso de que, desde el 24 de abril de 1935 hasta el 4 de junio de 1946, la representante general de la comunidad en Colombia, en su carácter de Visitadora Provincial y por designación del Superior o Superiora General residente en París, fue la Madre María Luisa Courbin, lo cual significa que quien tenía personería para dar a la Madre Coene poder especial para la celebración del contrato de renta vitalicia que tuvo lugar el 23 de marzo de 1944, era la Madre Courbin, no la Madre Mejía, como lo afirma el recurrente.

En consecuencia, no incurrió el Tribunal en ninguno de los errores de derecho que por este aspecto le imputa al sentenciador, como se deja demostrado mediante argumentos que pueden sintetizarse así:

a) El verdadero apoyo de orden probatorio que sirvió al Tribunal para concluir que la representante general de la comunidad en la fecha del contrato fue la Madre Courbin, es la certificación de 14 de marzo de 1957, expedida por el Ministerio de Justicia. El certificado de origen eclesiástico fue considerado por el sentenciador como elemento secundario, como refuerzo de aquel otro;

b) Las certificaciones del Ministerio de Gobierno en relación con la Madre Mejía, el poder otorgado a ésta en el otro juicio y la confesión de la Madre Courbin, nada prueban respecto de quién representaba a la comunidad en la fecha del contrato; y

c) Los certificados del Ministerio de Justicia que invoca el censor no alteran la fuerza probatoria plena del de fecha 14 de marzo de 1957, que es posterior a aquéllos y da fe de hechos positivos precisos: que la Madre Courbin fue representante general de la comunidad desde el 24 de abril de 1935 hasta el 4 de junio de 1946, fechas entre las cuales queda comprendida la de la celebración del contrato.

3. La censura afirma que el poder especial otorgado por la Madre Courbin a la Madre Coene para la celebración del contrato de renta vitalicia, no la autorizaba "para actos dispositivos", como ser el que obligó a la comunidad a pagar mensualmente, a ese título, la suma de $ 100.00.

Conforme al artículo 10º del Concordato y al 26 de la Ley 57 de 1887, transcritos atrás, en esta materia debe entenderse a las constituciones o reglas de la comunidad, las cuales, desde luego, deben ajustarse a las prescripciones del Derecho Canónico. A falta de norma especial contenida en aquéllas, debe estarse a lo prescrito en este último.

Como no consta en el proceso que la comunidad, para el otorgamiento de poderes especiales, deba cumplir determinados requisitos, es preciso atender a lo que sobre el particular dispone el Código de Derecho Canónico.

Reza el canon 200 de dicho Código: "1. La potestad de jurisdicción ordinaria y la delegada para todos los asuntos, deben interpretarse en sentido amplio; *cualquier otra, en sentido estricto; mas a quien tiene potestad delegada, se entiende que se le concede también todo aquello sin lo cual no podría ejercerse dicha potestad.* 2. A quien afirma ser delegado, le incumbe el deber de probar la delegación" (subrayó la Corte).

La Madre Courbin delegó en la Madre Coene la potestad de representar a la comunidad, no en todos los asuntos, sino en un asunto determinado: "los negocios con el señor Ignacio Skorny", esto es, el contrato de renta vitalicia que vino a celebrarse. Esta delegación, conforme al canon transcrito, debe interpretarse en sentido estricto; pero conlleva la facultad de aceptar y ejecutar *todo lo necesario para que la potestad delegada pueda ejercerse.* El contrato de renta vitalicia no puede ser celebrado sin que el contratante que la constituye se obligue al pago de una pensión periódica. Luego la delegación especial que la Madre Courbin hizo a la Madre Coene comprendía forzosamente la facultad de obligar a la comunidad al pago de la pensión o renta vitalicia, aceptando en compensación el precio "que haya de recibir", como se lee en el poder.

Como puede verse, en materia de representación de órdenes y asociaciones religiosas la legislación colombiana defiere a las constituciones o reglas de la persona moral y con ello, indirectamente, a la legislación eclesiástica, con la cual han de estar aquéllas de acuerdo.

De aquí que los cánones mencionados en el quinto cargo de la demanda de casación, nada tengan que ver con el asunto. La Madre Courbin era la representante general de la comunidad en Colombia cuando el contrato de renta vitalicia fue celebrado, porque de ello da fe el Ministerio de Justicia, al cual corresponde la función de certificar sobre la personería jurídica y representación de las órdenes y asociaciones religiosas. Y la Madre Coene era la delegada especial para la celebración del contrato de

renta vitalicia, según potestad que en ella delegó la Madre Courbin. Ningún otro requisito era necesario, de acuerdo con las reglas o estatutos de la comunidad y con el Código de Derecho Canónico.

4. Ninguno de los requisitos de índole eclesiástica que enumera en este punto la censura era necesario para que la Madre Coene representara válidamente a la comunidad en la celebración del contrato con los Skorny: por lo que toca con la representación, todas las formalidades y condiciones necesarias fueron cumplidas, y por lo concerniente al contrato mismo, se observaron todas las reglas prescritas por el Código Civil colombiano, al cual defiere el Derecho Canónico, como quedó visto.

5. Conclúyese que ninguna de las normas sustanciales citadas por la censura fue infringida por el Tribunal, ni en relación con la representación de la Madre Coene, ni en lo que atañe a la validez del contrato de renta vitalicia.

Se rechaza por lo tanto el cargo.

Séptimo cargo.

"Violación directa del artículo 1506 del Código Civil, por indebida aplicación".

El Tribunal, afirma la censura, dice que aún suponiendo que la Madre Courbin no hubiera sido la representante general de la comunidad, ni la Madre Coene una delegataria suya para la celebración del contrato de renta vitalicia, éste habría sido una estipulación a favor de la comunidad en los términos del artículo 1506 del Código Civil.

Lo cual significa, apunta, que el sentenciador aplicó indebidamente este texto legal, pues "olvidó que las normas canónicas y las civiles colombianas que las hacen aplicables, forzosamente, a los contratos que celebren las comunidades religiosas, en Colombia, son de orden público, de interés general, cuya contradicción implica objeto ilícito y nulidad absoluta, como lo sostengo en los mismos cargos (los dos anteriores)".

Por otra parte, agrega, la aceptación, sea expresa o tácita de lo estipulado, sólo competía al Gobierno Eclesiástico y al Vaticano, dada la cuantía de lo estipulado. Y la aceptación tácita no podía suplir el cumplimiento de los requisitos y formalidades canónicas aplicables a la estipulación como contrato, puesto que son de orden público.

Como consecuencia de la indebida aplicación del citado artículo 1506, el Tribunal violó "los artículos 25 y 26 de la Ley 57 de 1887, 16 Ley 153 de 1887, Ley 35 de 1888, artículos 2, 3 y 10 del Concordato, los cánones 100 a 105, 198, 529 a 535 y 490 y demás citados en los dos cargos últimos, y artículos 1741, 1519, 2287 a 2292 Código Civil, por falta de aplicación aquéllos y éstos por aplicación indebida".

La Corte observa:

1. En la sentencia impugnada sólo se considera la estipulación para otro en forma enteramente hipotética y subsidiaria, "en gracia de discusión", para el caso de que no estuviera (y sí lo está, como resulta del despacho de los cargos anteriores), plenamente demostrada la representación de la Madre Courbin y la delegación que hizo en la Madre Coene para la celebración del contrato de renta vitalicia. Por lo tanto, el verdadero soporte de la sentencia, en lo que a estos dos aspectos concierne, subsistiría a pesar de que el cargo pudiera prosperar.

Por lo tanto, se rechaza éste.

Octavo cargo.

Se formula así: "Error de hecho en la apreciación de la prueba de las irregularidades de la escritura de renta vitalicia", a consecuencia del cual "y de no haber hecho el Tribunal la *declaración de nulidad, o al menos de ineficacia de la escritura* para transferir el dominio del inmueble a la comunidad, se violaron las siguiennormas sustanciales: 2287 a 2292 del Código Civil por indebida aplicación: 1519, 1741 del Código Civil por falta de aplicación; 1757 del Código Civil por falta de aplicación; 946 a 952 del Código Civil por no aplicación; 2586 y 2596 del Código Civil por falta de aplicación; 2583 y 2584 Código Civil por igual razón".

El error o más bien los errores de hecho consistieron, según la censura:

a) En no haber tenido en cuenta las siguientes pruebas, que demuestran que al otorgamiento de la escritura de renta vitalicia *no concurrieron testigos instrumentales:* 1ª Las tres copias de dicho instrumento, de las cuales aparece que, en las correspondientes fechas en que fueron expedidas, no existía la nota de salvedades al final de la matriz, lo que prueba que en el otorgamiento de la escritura no estuvieron presentes los testigos Villamizar y Parra; 2ª El dictamen de los peritos grafólogos, que reafirma esta conclusión y que el Tribunal no encontró debidamente fundamentado; 3ª Las declaraciones de las testigos Chivatás, conforme a las cua-

les al otorgamiento de la escritura no compareció sino un solo señor, aparte de Skorny; y 4ª La confesión de la Madre Coene en posiciones, de que el señor Skorny cuando se otorgó la escritura estaba "gravemente enfermo".

b) En no haber tomado en consideración que, de acuerdo con el dictamen de los peritos Hinestrosa y Zárate Rengifo, los linderos meridional, oriental y occidental de la finca dada como precio de la pensión, *no corresponden a la realidad.*

c) En no haber visto los comprobantes de paz y salvo con los impuestos nacionales y municipales, agregados al protocolo, que demuestran que la escritura *fue firmada por el Notario después de la fecha en que aparece otorgada,* o si fue firmada en esta fecha, el Notario incumplió la ley.

d) En no haber tenido la inspección ocular de la matriz como prueba "de que la escritura *tenía claros sin llenar, en dos linderos*" (se subraya).

Considera la Corte:

1. Este cargo contiene una repetición de las impugnaciones hechas en los cargos tercero y cuarto: errores en la apreciación de la 1ª, 2ª y 3ª copias de la escritura, el dictamen de los peritos grafólogos, los certificados de paz y salvo, la inspección ocular de la matriz de la escritura, los claros en el texto de ésta, sobre todo lo cual la Corte se pronunció ya en el despacho de tales dos cargos.

Pero la censura agrega aquí tres nuevos errores de hecho, que deben ser examinados: haber omitido el Tribunal tener en cuenta las declaraciones de las testigos Chivatás, la confesión de la Madre Coene y el dictamen de los peritos Hinestrosa y Zárate Rengifo:

a) Los testimonios de Irene y Trinidad Chivatá fueron estudiados por el sentenciador, quien les negó la virtud de probar que no hubo testigos instrumentales en el acto del otorgamiento de la escritura. Mas esta conclusión no implica ningún error de hecho, pues el Tribunal no afirmó que las declarantes dijeran cosas que no dijeron, ni a la inversa, sino que consideró que el hecho de haber visto "un señor" no excluye que concurrieran otros que las testigos no vieran, razonamiento que no envuelve ninguna contraevidencia, si se tiene en cuenta que las deponentes afirman que se les ordenó salir de la alcoba de los Skorny, en donde se realizó el otorgamiento.

b) Que la Madre Coene declara en posiciones que Skorny estaba gravemente enfermo, nada permite concluir sobre si concurrieron o no testigos instrumentales.

c) Finalmente, ya se dijo en el despacho del primer cargo, punto b), que la circunstancia de no corresponder a la realidad los linderos indicados en la escritura de renta vitalicia es incapaz de determinar la nulidad o ineficacia del instrumento, comoquiera que sólo puede traducirse en un incumplimiento por hacerse (si se hizo) entrega material de cosa distinta de la pactada.

2. Al decidir la Corte el tercer cargo, expresó las razones por las cuales no es de recibo, como prueba de ser falsa la matriz u original de una escritura pública, aducir las copias que de ésta se hayan expedido.

Sin embargo, para poner mejor de relieve la falta de solidez de los argumentos que sobre el particular esgrime la censura, se sitúa la Sala en el terreno hipotético de que las copias del instrumento puedan demostrar la falsedad, nulidad o ineficacia de la matriz.

En este terreno, lo primero que se observa es que todo el raciocinio del recurrente estriba en irregularidades de la escritura en razón del *factor cronológico:* los comprobantes de paz y salvo son posteriores a la fecha de la escritura; la nota de salvedades se puso después de la fecha de las firmas de los testigos y el Notario; estas firmas son posteriores al otorgamiento de la escritura.

La censura atribuye al factor tiempo un valor de que carece legalmente. Conforme a los artículos 1º y 2º de la Ley 33 de 1896, 28 de la Ley 32 de 1918, 3º de la Ley 84 de 1925 y 17 de la Ley 81 de 1931, el Notario no debía prestar sus servicios en el otorgamiento de una escritura sin que se le presentaren determinados comprobantes de paz y salvo con impuestos; pero la escritura no quedaba "otorgada" hasta que el Notario la firmara.

En fin, la nota de salvedades pudo haber sido extendida en fecha posterior a la del instrumento. La ley no exigía que tuviera que ser escrita precisamente en esa fecha (artículo 2583 *ibídem*). Lo único legalmente necesario es que las firmas aparezcan *después* de la nota, autorizándola.

Como puede verse, el factor cronológico, de que se sirven tanto el recurrente como los peritos grafólogos, no tiene la significación ni la trascendencia que aquél y éstos le atribuyen. Confrontado con las disposiciones legales pertinentes, a nada conduce.

Además, se trata aquí de hechos o circunstancias que la censura invoca como *indicios* de invalidez e ineficacia de la escritura. Y ya se vio, en el despacho del tercer cargo, cómo el Tribunal es autónomo en la apreciación de la prueba indiciaria, dentro de los límites indicados por la Corte en la doctrina allí transcrita.

Por lo expuesto, el cargo no prospera.

Noveno cargo.

"Error de hecho en la apreciación de la copia de la sentencia proferida en el juicio anterior, entre las partes, al declarar la excepción de cosa juzgada".

Se hace consistir el error en que el Tribunal entendió que la primera sentencia tiene el efecto de cosa juzgada sobre que "la escritura sí se otorgó el 23 de marzo de 1944 y que el Notario la firmó ese mismo día". Hay en ello una contraevidencia, dice la censura, puesto que las dos demandas tienen diferentes causas: la primera, únicamente el hecho de haberse registrado la escritura "cuando, según la fecha de la muerte de Skorny, ya no podía haber entrega del inmueble en el término señalado por la ley como mínimo, en caso de fallecer quien debía recibir la renta"; la segunda, el contener la escritura irregularidades que la hacen ineficaz e incompleta.

Como consecuencia de este error de hecho, concluye el recurrente, el Tribunal violó, por aplicación indebida, los artículos 494, 473, 474 del Código Judicial y los 2287 a 2292 del Civil, y por falta de aplicación, los artículos 1519, 1741, 1757, 946 a 952, 2586 y 2596 de este último Código.

Considera la Corte:

1. Es cierto que entre los fundamentos que se invocaron en la primera demanda ordinaria para pedir la nulidad del contrato de renta vitalicia, no se mencionó el hecho de que el Notario hubiera firmado la escritura con posterioridad a la fecha de la misma, por lo cual la sentencia dictada en el juicio promovido por Rosa o Rosalbina Rozo de Skorny contra la comunidad no puede tener el efecto de cosa juzgada en relación con las súplicas que Cecilia Rozo Zabala funda en tal hecho.

Sin embargo, las decisiones del Tribunal acerca de que la escritura no es falsa ni incompleta, ni el contrato inexistente ni nulo, y la sinonimia que en su sentencia estableció entre la invalidez y la ineficacia de los actos jurídicos, tienen *soportes distintos* de la excepción de cosa juzgada, cuales son los indicados en los parágrafos 2 (a y b) y 3 (a, b, c y d) del Capítulo II del presente fallo. Por lo tanto, el cargo deja en pie tales decisiones, que se sustentan suficientemente por otros motivos, como se vio en el despacho de cargos anteriores.

2. Además, el hecho de que el Notario no firme una escritura después de haber sido extendida, no es motivo de ineficacia del instrumento (artículo 2580 del Código Civil).

El cargo, en consecuencia, no puede prosperar.

Décimo cargo.

"Error de hecho en la apreciación del dictamen de los peritos Hinestrosa y Zárate Rengifo, sobre lo comprendido en la escritura de renta vitalicia, del inmueble que pertenecía al señor Skorny, y error de hecho en la interpretación de la escritura".

a) El *primer error de hecho* lo hace consistir el impugnador en que el Tribunal no vio que, en los dictámenes de los peritos Hinestrosa y Zárate Rengifo, se afirma que en el precio de la renta vitalicia *no se incluyó un polígono* (que el primero de los nombrados señala con las letras J, I, E, F, G, H, Q, J, y el segundo, con las letras F, G, M, I, H, X, E, F), de una extensión de 937.50 varas cuadradas, con el aditamento de que la totalidad del terreno real forma un polígono de 8 lados, en tanto que el transferido por los Skorny es un polígono de sólo 5 lados, "que excluye, precisamente, la zona de las 937.50 V^2".

Por otro aspecto, este primer error también consistió en haber atribuído a dichos peritos la afirmación de que "lo transferido sí comprendió esa parte del inmueble", cuando lo afirmado por ellos fue *exactamente lo contrario*. Y no estando incluidas en el precio de la renta vitalicia las zonas reivindicadas, como lo demuestra el peritaje, la comunidad no tiene *justo título* sobre ellas. Además, tampoco entró a poseerlas de *buena fe*, puesto que, para tomar su posesión, despojó a Cecilia Rozo Zabala "por medios violentos", según lo declararon Irene Chivatá, Trinidad Chivatá y Juan José Fajardo.

A consecuencia de este error, el Tribunal negó la reivindicación de las dos zonas a que se refiere la cuarta súplica de la demanda: 1º Porque, a su juicio, tales zonas no se identificaron en el proceso, y 2º Porque estimó que están prescritas a favor de la comunidad demandada.

b) El *segundo error de hecho* radica, según la censura, en que el sentenciador entendió que por la escritura de renta vitalicia los Skorny transmitieron el inmueble *por cabida,* cuando en realidad lo transfirieron por linderos. La cabida fue indicada "por aproximación" (5.521 V^2), y el terreno en su totalidad, según los peritos Hinestrosa y Zárate, sólo tiene 5.423.25 V^2, de las cuales se transfirieron apenas 4.485.75 V^2. Agrégase a esto la circunstancia de que el juzgador no vio tampoco el certificado de propiedad de las zonas reivindicadas, que constituye plena prueba de que Skorny (hoy su sucesión) es el único dueño de ellas.

A consecuencia de todos estos errores de hecho, concluye el impugnador, violó el Tribunal los artículos 1857, 1889, 2594 y 2595 del Código Civil, por falta de aplicación; 946, 947, 950, 952, 961, 962 y 963 del citado Código, por igual concepto; 764, 768, 769, 771 y 772 del mismo, también por igual concepto, y el 1888 *ibídem,* por aplicación indebida.

La Corte estima:

a) El propio recurrente admite que la negativa del Tribunal a despachar favorablemente la acción reivindicatoria de las dos zonas que la demandante pretende para sí por no haber quedado comprendidas en la enajenación, se fundó en dos soportes distintos: falta de identificación de tales zonas y prescripción adquisitiva ordinaria de las mismas. Es evidente que, mientras permanezca en pie uno de estos soportes, la sentencia no puede ser casada por haber negado la declaración de dominio y la reivindicación de las citadas zonas. La Corte, por este motivo, se limitará al estudio de la censura en cuanto concierne a la excepción de prescripción ordinaria.

1. Afirma la censura que, según los dictámenes de los peritos Hinestrosa y Zárate Rengifo, las zonas en cuestión no quedaron comprendidas en el *título de la enajenación,* y que, por lo tanto, éste no puede constituir *justo título* para que la comunidad las posea.

Tiene la censura un concepto equivocado de lo que constituye "justo título" en materia de posesión y usucapión. *Si el justo título de que tratan los artículos 764 y 765 del Código Civil fuera* el que confiere efectivamente el dominio *de la cosa poseída, su poseedor* sería el dueño *de ésta y carecería por completo de interés en* usucapir. *El justo título para poseer y prescribir adquisitivamente es uno constitutivo o traslaticio de dominio que sirva legítimamente de motivo para que el que tiene la cosa* se repute dueño *de ella, séalo o no lo sea en la realidad.*

"Para que el poseedor pueda ser reputado de buena fe —ha dicho la Corte—, se requiere necesariamente la existencia de un título constitutivo o traslaticio de dominio, esto es, la prueba de una relación de derecho de las que confieren originaria o derivadamente la propiedad de las cosas, en virtud de la cual el posedor pueda adquirir la conciencia de que ha recibido la cosa, por medios legítimos, de quien tenía la facultad de enajenarla" *(se subraya) - (Cas., 24 abril 1891, VI, 86).*

2. La censura estima que la comunidad *adquirió violentamente* la posesión del inmueble pocos días después del fallecimiento de Rosa Rozo de Skorny, pues "despojó" a *Cecilia Rozo Zabala* por medio de la fuerza, motivo por el cual aquélla no es *poseedora de buena fe.*

Olvida el impugnador que la comunidad no adquirió la posesión cuando desalojó a la demandante, sino cuando dejó a los cónyuges Skorny, *a título de arrendatarios,* en la casa que habitó después Cecilia Rozo Zabala. Skorny y su señora quedaron pues allí reconociendo dominio ajeno: el de la comunidad. Cuando la heredera de Rosa Rozo de Skorny salió de dicha casa, hacía más de *cinco años* que la comunidad había adquirido la posesión de ella y del resto del inmueble.

"Posesión violenta es la que *se adquiere* por la fuerza", expresa el artículo 772 del Código Civil, y en el 764 de la misma obra se lee: "Se llama posesión regular la que procede de justo título y *ha sido adquirida de buena fe, aunque la buena fe no subsista después de adquirida la posesión"* (los subrayados son de la Corte).

De lo dicho se concluye que el Tribunal no incurrió en los errores de hecho que el recurrente le imputa en este particular, pues el justo título es la escritura de renta vitalicia y no hay prueba en autos de que la posesión de la comunidad se originara violentamente.

b) El Tribunal no afirmó que la enajenación del inmueble se hubiera hecho por cabida. Se limitó a decir que la comunidad, al recibirlo *por sus linderos,* no recibió más de 5.521 varas cuadradas y, por tanto, no puede estar poseyendo mayor extensión que la enajenada. Cosa muy distinta sería que hubiera afirmado que el inmueble se enajenó, no como cuerpo cierto (por sus linderos), sino con relación a su cabida.

El cargo no prospera.

Undécimo cargo.

"Violación directa del artículo 1889 del Código Civil por falta de aplicación y del artículo 1888 *ibídem* por aplicación indebida".

Dijo el Tribunal que "si los lotes comprados por la comunidad o recibidos en pago del precio de la renta vitalicia no comprenden una extensión mayor a la vendida, no puede decirse que la venta no comprendió todos los lotes que pasaron a ser de propiedad de la comunidad".

De aquí deduce la censura: "Este concepto del Tribunal significa que, en su opinión, la venta fue por cabida, sólo porque en la escritura se dijo lo siguiente: 'Sexto. Que el precio de la renta vitalicia referida consiste en un lote de terreno, con sus tres casas de habitación en él edificadas, de una extensión de 5.521 varas...' ".

El Tribunal —concluye el censor— aplicó pues indebidamente el artículo 1888, que sólo se refiere a las ventas por cabida y no por linderos, dejando de aplicar en cambio el 1889, que era el aplicable, puesto que la enajenación fue de cuerpo cierto.

Observa la Corte:

Este cargo no podía formularse sino por la vía indirecta, comoquiera que se funda en error de hecho en la apreciación de la cláusula sexta de la escritura de renta vitalicia. Es imposible determinar, en efecto, si la enajenación del inmueble se hizo por cabida o por linderos sin leer e interpretar esa cláusula. Por lo que a esto concierne, toda posible infracción de ley sustancial por vía directa queda descartada.

Se rechaza por lo tanto el cargo.

Duodécimo cargo.

"Error manifiesto de hecho al no estimar el Tribunal la confesión y el dictamen de los peritos sobre la renta que daban las casas transferidas a la comunidad, al tiempo de la escritura, y al no relacionar tal hecho con la renta estipulada como vitalicia".

La renta pactada, dice el recurrente, fue de $ 70.00 ($ 100.00, menos $ 30.00 de arrendamiento). La Madre Coene confesó en posiciones que, en la época del contrato, la renta producida por el inmueble podía ser de $ 150.00. Y los peritos la avaluaron en $ 350.00, $ 429.20 y $ 250.00.

El Tribunal, agrega el censor, no vio estas pruebas. Si las hubiera visto, habría concluído que "no hubo en realidad renta pactada". Olvidó el sentenciador tomar en consideración "la proporción entre ésta (la renta) y el valor del precio (del inmueble) pagado por ella". "Es indispensable que la renta sea seria, sea real, que no resulte írrita, aparente, ridícula, porque entonces sólo será una farsa el contrato y no puede tener valor legal".

Como secuela de este error de hecho, concluye la impugnación, el sentenciador violó, por aplicación indebida, los artículos 2290 y 2292 del Código Civil, y por falta de aplicación, los 946 a 952 de la misma obra.

La Corte estima:

1. No hay el error de hecho que en este cargo se imputa al Tribunal. Este sí vio y valoró las pruebas relativas a la apreciación de la renta que el inmueble hubiera podido producir. Lo que ocurre es que no les dio la trascendencia que el recurrente les atribuye, por la sencilla razón de que no la tienen de acuerdo con la ley, como se verá luego.

2. Los artículos 2290 y 2292 del Código Civil no vienen al caso, puesto que nada tienen que ver con el monto de la renta vitalicia: el primero se limita a disponer que el precio de la renta puede consistir en dinero o en bienes raíces o muebles, y el segundo se refiere a que el contrato debe celebrarse mediante escritura pública y sólo se perfecciona por la entrega del precio.

3. La disposición aplicable fue precisamente la que el Tribunal aplicó: el artículo 2291 del citado Código, conforme al cual "es libre a los contratantes establecer la pensión que quieran, a título de renta vitalicia. La ley no determina proporción alguna entre la renta y el precio" *(subraya la Corte).*

Sobre el particular ha dicho esta Sala:

"No obstante lo anterior y entrando a considerar a fondo el cargo, se tiene que el recurrente afirma que el contrato carece de causa y no es oneroso ni aleatorio, por cuanto que estima está demostrado en el proceso que el rendimiento de los inmuebles entregados como pago del precio *es superior a la renta o pensión estipulada. Entonces, la clave para resolver la cuestión radica en esclarecer si a las partes contratantes les es lícito o no estipular una pensión inferior al producido de los bienes.*

"A este respecto estatuye el artículo 2291 del Código Civil: 'Es libre a los contratantes establecer la pensión que quieran a título de renta vitalicia. La ley no determina proporción alguna entre la renta y el precio'.

"El texto de esa disposición es supremamente claro, y en donde la ley es clara no debe desatenderse su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu (artículo 27 ibídem*). Ella establece perentoriamente la libertad de los contratantes para acordar 'la pensión que quieran' y prescribe además que 'la ley no determina* proporción alguna *(subraya la Sala) entre la renta y el precio', por lo cual las partes pueden fijar la renta libremente, en más o menos, sin tener en cuenta, si lo consideran del caso, el mayor o menor valor de los bienes que se entregan como precio de ella, pues la ley no les manda observar proporción alguna entre la una y el otro.*

"Y esto parece lo lógico dentro de la naturaleza del contrato. Son muy puestas en razón las consideraciones que sobre el particular hace el opositor, cuando dice: 'El monto de la renta es cosa de las conveniencias, intereses y apreciaciones de los contratantes, en los cuales juegan muchos factores particulares y privados de los mismos. Los inmuebles permanecen desocupados por tiempos; exigen mejoras con mucha frecuencia; un caso fortuito, como incendio, terremoto, motín, v. gr., puede echarlos a perder; hoy tienen una renta y mañana dan otra; los inquilinos suelen dejarlos debiendo varias mensualidades; la pensión está sometida a las fluctuaciones de la moneda y siempre será la misma cantidad de dinero, en tanto que los frutos de los bienes, los cánones de arrendamiento, varían, según aquellos cambios; el debirentista tendrá que atender a los impuestos predial, de patrimonio, sobre la renta, etc., y mil factores más entran en el juego aleatorio *esencial de la renta vitalicia. Son los contratantes los únicos que pueden apreciarlos, pesarlos y medirlos, y de aquí que la ley los deje en plena libertad para acordar la renta, sin que rija proporción alguna entre ésta y lo que en el momento del contrato produzcan los bienes' ". (Cas., sent. de junio 16 de 1953, G. J., Tomo LXXV, págs. 328 y 329).*

Por lo expuesto, se rechaza el cargo.

Decimotercer cargo.

"Violación directa de los artículos 2290 y 2291 del Código Civil, por indebida interpretación y por no aplicación".

1. Explica la censura que, "pese al tenor literal del artículo 2291 del Código Civil, que el Tribunal cita, una sana interpretación tiene que acomodarlo a la exigencia obvia, elemental y, por lo tanto implícita, de que (la pensión) sea seria, que no resulte apenas aparente, írrita, misérrima, porque entonces se estará en presencia de una simulación de renta vitalicia".

Para interpretar correctamente el citado artículo 2291, agrega, es preciso armonizarlo con el 2301, conforme al cual si la renta vitalicia es gratuita, el contrato no es aleatorio y degenera en donación o legado.

Si la renta es de cuantía insignificante comparada con el precio, hay "un claro enriquecimiento sin causa".

2. Por otro aspecto, observa el recurrente, se violó por falta de aplicación el artículo 2290, al admitirse que la renta puede ser pactada "parte en dinero y parte en el arrendamiento del mismo inmueble entregado como precio de la renta o de una de las casas que en él existían. Conforme a dicho artículo, "la pensión no podrá ser sino en dinero". Si se admitiera que los $ 30.00 pactados como precio del arriendo se compensaban parcialmente con los $ 100.00 de la renta vitalicia, entonces sería muy fácil burlar el mandato perentorio de que ésta sólo puede consistir en dinero, pues podría estipularse "parte de la renta en cualquier forma distinta a la de entregar dinero, por ejemplo, en la prestación de servicios personales, en la entrega periódica de especies de otro orden, como bienes de consumo o mercancías", cuyo valor se compensaría con la parte de la renta fijada en dinero.

Según el contrato, correctamente interpretado, la renta quedó dividida en tres prestaciones diferentes: "a) Una suma mensual en dinero; b) El disfrute de la habitación de una de las casas; c) Esa obligación de tutela y amparo de que habla la escritura".

En consecuencia, la renta vitalicia pactada es *nula,* por violar la prohibición del citado artículo 2290.

Considera la Corte:

1. "Cuando el sentido de la ley sea claro, *no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu",* expresa el artículo 27 del Código Civil. Más claramente no hubiera podido redactarse el artículo 2291: "Es libre a los contratantes establecer la pensión que quieran, a título de renta vitalicia. La ley no determina proporción alguna entre la renta y el precio".

Habría violado el Tribunal aquella norma legal, si hubiera concluido que, por parecer pequeña la pensión, la renta vitalicia impugnada se pactó a título gratuito y no a título oneroso.

2. La cuantía de la pensión no puede servir de criterio para concluir que el contrato de renta vitalicia es verdadero, si aquélla es grande, o simulado, si es pequeña. La disposición del artículo 2291 excluye totalmente esta alternativa. Basta con que se estipule cualquier *pensión, sea cual fuere su monto, para que el contrato sea oneroso y tenga plena validez como tal.*

3. El artículo 2301 es inaplicable al caso del litigio y no puede servir de base para interpretar el 2291 en el sentido de que si la renta es de pequeña cuantía, el contrato es inválido. *Aquel artículo contempla únicamente la hipótesis de que el contrato sea gratuito,* lo que no ocurre con el celebrado entre los Skorny y la comunidad demandada.

4. Es inadmisible la tesis de que cuando la pensión es mínima, con relación al precio, hay enriquecimiento sin causa de quien la paga. El enriquecimiento sin causa jamás puede provenir de un contrato válido. Es un fenómeno jurídico que supone indefectiblemente la falta de todo vínculo preexistente entre el enriquecido y el empobrecido.

5. En fin, la renta vitalicia fue pactada totalmente en dinero, no en parte, como erróneamente lo sostiene la censura. Su cuantía se fijó en $ *100.00 mensuales.* Otra cosa es que la comunidad sólo tuviera que pagar a los Skorny $ 70.00 cada mes, pues los $ 30.00 restantes se compensaban, por ministerio de la ley, con los $ 30.00 fijados como precio del arriendo de la casa que los Skorny continuaron habitando. "El disfrute de la habitación de una de las casas" no era la prestación que se compensaba parcialmente con los $ 100.00 de la renta vitalicia: eran los $ 30.00 que valía ese disfrute lo que era objeto de compensación con $ 30.00 de los $ 100.00 pactados. El planteamiento que sobre este particular hace el recurrente es, pues, equivocado.

Y en cuanto a la obligación de "tutela o amparo", es evidente que no fue pactada como parte de la renta vitalicia, sino como prestación *adicional e independiente.*

No prospera el cargo.

Decimocuarto cargo.

"Error manifiesto de hecho en la apreciación de la prueba de la simulación del contrato".

Afirma el impugnador que el Tribunal dejó de ver y tomar en consideración los siguientes elementos probatorios de que la renta vitalicia fue simulada:

a) la confesión de la Madre Coene de que Skorny estaba gravemente enfermo, indicio casi necesario, pues nadie pacta renta vitalicia cuando se está muriendo;

b) los testimonios de Irene y Trinidad Chivatá, que corroboran al hecho de haberse hallado Skorny gravemente enfermo;

c) la sospechosa precipitación para celebrar el contrato sin tener todavía los necesarios comprobantes de paz y salvo;

d) no haber esperado siquiera a llevar testigos instrumentales al otorgamiento de la escritura, limitándose a hacer comparecer al Notario;

e) haber estipulado como parte de la renta el arrendamiento de la casa que ocupaban los Skorny;

f) el ínfimo monto de la renta ($ 70.00), cuando los peritos avaluaron en $ 350.00, $ 429.20 y $ 250.00 la que podía producir a la sazón el inmueble;

g) no haber esperado, para celebrar el contrato, la autorización del Ordinario eclesiástico; y

h) haber fallecido Skorny 15 días de agregado el último comprobante de paz y salvo y completádose así la escritura.

Aunque la demandante no es tercero para los efectos de la acción de simulación, considera el censor que debe admitírsele *prueba indiciaria,* pues ésta se apoya, en el caso del litigio, en hechos demostrados no sólo con testimonios, sino también con documentos, prueba pericial, confesión y otras. Además, el artículo 704 del Código Judicial autorizaba la prueba testimonial para establecer "hechos anteriores y coetáneos a la escritura".

Por haber dejado de ver y apreciar todas estas pruebas, concluye la censura, el sentenciador violó por falta de aplicación los artículos 946 a 952, 961 a 963, 1765 y 1889 del Código Civil, y por aplicación indebida, los artículos 2290 a 2292 del mismo Código.

La Corte considera:

El meollo de la cuestión no estriba en saber si en este caso es admisible o no la prueba indiciaria, sino en determinar si la Corte puede o no puede alterar o sustituir, con criterio dis-

tinto, la apreciación que de las pruebas señaladas por el impugnador, como generadoras de supuestos indicios, hizo el Tribunal.

En doctrina de la Corte transcrita al despachar el tercer cargo, se explican las razones que impiden a esta Corporación, a través del recurso extraordinario, variar la apreciación que de la prueba indiciaria se haya hecho por los jueces de instancia. Estos tienen en el particular autonomía de juicio, según su personal criterio, con sólo las salvedades que indica la primera de las sentencias que allí se transcribieron.

Si el Tribunal encontró que "la parte actora ninguna prueba produjo en orden a establecer que la escritura acompañada a la demanda recoge un contrato aparente, al de renta vitalicia, y encubre uno oculto, la donación a título enteramente gratuito", ello significa que, en su concepto, las pruebas señaladas por la censura en este cargo carecen de valor indiciario; y esta apreciación no puede ser corregida por la Corte.

Se rechaza en consecuencia el cargo.

Por todas las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia objeto del recurso extraordinario, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este proceso.

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

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

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

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

FILIACION NATURAL

Prueba testimonial.—La Ley 75 de 1968 suprimió los requisitos de estabilidad y notoriedad de las relaciones sexuales y reiteró el de la temporalidad de ellas exigidos por la Ley 45 de 1936.

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

(Magistrado ponente: doctor Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por uno de los demandados contra la sentencia de 5 de marzo de 1971, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar en el proceso ordinario instaurado por Carlos Hugues Pérez Parodi y otros contra los herederos de Carlos H. Pérez.

I. *El litigio.*

1. Mediante libelo del 7 de noviembre de 1968 el citado Carlos Hugues Pérez Parodi, actuando en su propio nombre, y Carmen Parodi Medina, en su calidad de representante legal de sus menores hijos naturales: Jaime, Faride Esther, Gustavo, Alvaro y Alfonso Pérez Parodi, demandaron ante el Juzgado Civil Municipal de Valledupar a "la sucesión" de Carlos H. Pérez, "representada" por su hija legítima Inés Ahirlen Pérez Vargas y por sus menores hijos naturales Alba Rosa, Josefina Cecilia y José Javier Pérez Peralta, representados estos últimos por su madre natural Amira H. Peralta, a efecto de que se declarase que los demandantes son hijos naturales del *de cujus* para todos los efectos legales y se ordenase la anotación de ello en las correspondientes partidas de nacimiento.

2. Los hechos que los demandantes invocaron como constitutivos de la *causa petendi*, quedan sintetizados en los siguientes:

Que Carlos H. Pérez Corzo, muerto en Valledupar en diciembre de 1965, mantuvo desde el año de 1944, con todas las características de un concubinato, relaciones sexuales estables y notorias con Carmen Parodi Medina, quien a la sazón era soltera; que frutos de tales relaciones fueron los nacimientos de Carlos Hugues, Faride Esther, Gustavo de Jesús, Alvaro José, Jaime Enrique y Alfonso Elías, ocurridos en esa ciudad, en su orden, el 28 de julio de 1945, 21 de noviembre de 1949, 2 de enero de 1951, 6 de mayo de 1952, 25 de octubre de 1954 y 12 de noviembre de 1955; que desde entonces aquél trató a éstos como hijos suyos, asistiéndolos económicamente por lo cual era reputado por el vecindario como padre de ellos; y que a la muerte de Pérez Corzo se abrió su sucesión en el Juzgado Civil de esa ciudad, proceso en el cual se ha reconocido interés jurídico a las personas demandadas.

3. Oportunamente la demandada Inés Ahirlen Pérez contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de los demandantes y negando los hechos en ella afirmados, salvo el referente a la apertura del juicio de sucesión del causante, el cual aceptó. Los demás demandados recibieron notificación legal del auto admisorio de la demanda, pero guardaron entonces, y durante todo el trámite del proceso, absoluto silencio.

4. Trabada así la relación jurídico-procesal el Juzgado del conocimiento, que a la sazón lo era el Civil del Circuito de Valledupar, le puso fin a la primera instancia con sentencia de 23 de enero de 1970, mediante la cual acogió las súplicas de la demanda.

5. Por apelación interpuesta por la demandada Pérez Vargas, el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, el que, por sentencia de 5 de marzo del año siguiente, confirmó el fallo apelado e impuso las

costas a la apelante, quien propuso contra dicha providencia el recurso de casación que, ahora, se decide.

II. *Motivación de la sentencia impugnada.*

1. Después de relatar los antecedentes del litigio y el trámite de las instancias del proceso, capítulo en el cual enumera, discriminándolas, todas las pruebas aportadas con la demanda y las pedidas dentro del juicio, nota el Tribunal que para sustentar sus pretensiones los demandantes acudieron a dos de las causales que para la declaración judicial de paternidad natural consagraba la Ley 45 de 1936; las relaciones sexuales estables y notorias, y la posesión notoria del estado de hijo, a que aludían los ordinales 4º y 5º de dicho estatuto.

2. En seguida pasa el sentenciador a considerar la primera de estas dos presunciones; y luego de exponer la doctrina consagrada por la jurisprudencia respecto de los requisitos que deben presentar las relaciones sexuales extramatrimoniales para servir de fundamento a la declaración judicial de paternidad natural, deduce que en el caso *sub lite* "se han reunido las exigencias que configuran la causal 4ª del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, pues el hecho de que el señor Carlos Pérez y la señora Carmen Parodi Medina vivieran bajo un mismo techo en forma pública por un período que va del año de 1942 a 1957 y que dentro de él nacieron los hijos por ellos procreados, según rezan las exposiciones de los declarantes, es suficiente para considerar que las calidades de estabilidad, notoriedad y temporalidad se han cumplido en el presente caso, ya que la frecuencia y la regularidad en el trato de dichas personas y lo ostensible de esas relaciones sexuales, así como la verificación de los nacimientos de los hijos, frutos de estas relaciones, en un lapso que comprende los 180 y 300 días en las condiciones establecidas por el artículo 92 del Código Civil, y no habiéndose, además, demostrado por los demandados que en este lapso la señora hubiera interrumpido dichas relaciones al pertenecer a otro u otros hombres, dan margen suficiente para considerar que los demandantes son hijos naturales del señor Carlos H. Pérez".

3. En apoyo de su conclusión, cita el *ad quem* los testimonios de Wenceslao Monsalve, Abraham Moisés Moreno Cera, Rafael Soto Fuentes, Francisco Molina Sánchez y Leonidas Acuña Martínez recibidos dentro del proceso a instancia de la parte demandante, para aseverar que con ellos se demuestra la existencia de relaciones sexuales estables y notorias entre Carlos H. Pérez y Carmen Parodi, por la época de la concepción de los demandantes.

Por encontrarlas más completas y razonadas, hace énfasis el Tribunal en las declaraciones de los testigos Moreno Cera y Soto Fuentes, a las cuales, dice el juzgador, "hay que darles veracidad porque ellos dan la razón de sus dichos en cuanto hace relación a las circunstancias de modo, tiempo y lugar, pues, el uno manifiesta que vivieron bajo un mismo techo en casa de su propiedad que le fue arrendada directamente al señor Carlos Pérez, quien pagaba el arriendo para vivir en ella con la señora Carmen Parodi y ambos deponentes, veían personalmente viviendo en forma permanente y durmiendo bajo un mismo techo a estas dos personas". Y después de transcribir pasos trascendentes de dichas declaraciones, afirma que de ellas "irremediablemente se concluye que el señor Carlos Pérez vivió en concubinato público con la señora Carmen Parodi Medina desde el año de 1942 hasta el año de 1957 y que de esas relaciones nacieron los niños que los deponentes mencionan en sus testimonios".

4. Finalizando la motivación de su sentencia dice el Tribunal que como de las causales invocadas en la demanda, la atinente a las relaciones sexuales prospera y da base suficiente para acceder a la pretensión en ella deducida, es innecesario el estudio de la otra, es decir, la de posesión notoria del estado de hijo natural.

III. *La demanda de casación.*

1. Con fundamento en la primera de las causales que consagra el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, el recurrente formula un solo cargo contra la sentencia de segundo grado.

Su planteamiento es del siguiente tenor: "Violación indirecta de los artículos 472, 607 inciso segundo, 662, 665, 666, 667, 688 incisos 2º y 3º, 697 y 702 del Código de Procedimiento Civil como normas medio (correspondientes, *mutatis mutandis*, a los artículos 187, numeral segundo, 194 y 197; numeral 5º, 228, numerales 2º y 3º, 248 y 250 del nuevo estatuto de Procedimiento Civil, las que serían las normas medio). Y, en consecuencia, indirectamente, del artículo 4º, numeral 4º de la Ley 45 de 1936 y del artículo 92 del Código Civil, por error manifiesto de hecho".

2. A intento de fundarlo, el censor, luego de detenerse en la exposición de las reglas inherentes al sistema de la sana crítica que en torno a

la apreciación de la prueba testimonial ha imperado en la legislación colombiana, para inferir que según dicho principio el juzgador, en esta tarea, no goza de autonomía absoluta, aseverá que el Tribunal incurrió en evidente error de hecho, al dar por establecidas en el proceso, sin estarlo legalmente, la existencia de relaciones sexuales estables y notorias entre Carlos H. Pérez y Carmen Parodi, por la época de la concepción de los demandantes. "Las declaraciones que obran en autos —dice el impugnador— y particularmente las dos que pone de resalto el honorable Tribunal, están ayunas de fuerza demostrativa para acreditar el hecho indiciario de la iniciación, persistencia y continuidad de las relaciones sexuales. Y, particularmente, los hechos en que se basa la presunción del artículo 92 del Código Civil, es decir, las respectivas concepciones de los distintos hijos".

3. Seguidamente el impugnador emprende el análisis crítico de los testimonios recibidos en el proceso, más concretamente los rendidos por Abraham Moisés Moreno y Rafael Soto Fuentes, para expresar que, según su contenido, no puede darse por establecida la época inicial de las relaciones sexuales a las que ellos aluden, límite temporal este que, agrega la censura, "si no se demuestra palmariamente, irrefragablemente, incontrastablemente" no podrá configurarse la causal consagrada por el ordinal 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936. "Los dos testigos —añade— sitúan, con afirmación rotunda, el inicio de las relaciones sexuales, en 1942. Ya esto, de suyo, por su precisión y rotundidad, resulta sospechoso. Habían transcurrido 28 años, nada menos, de un hecho que no tenía por qué grabarse tan indeleblemente en la memoria de los testigos. Como también resulta sospechoso, el que ambos testigos, afirmen conocer a la señora Parodi desde hace, exactamente, 30 años".

Estima el recurrente que estas declaraciones no son dignas de credibilidad, no solo por la sospecha que despiertan, sino también por cuanto los testigos "resultan convictos de falsedad", desde luego que sitúan el inicio de las relaciones en el año de 1942, al paso que los demandantes en su demanda afirman, lo cual equivale a confesión, que se iniciaron en 1944, y, además, porque aún admitiendo el aserto de aquéllos, "no dicen en qué mes se iniciaron, si a comienzos, en la mitad o finales de dicho año".

Refiriéndose a la declaración de Moreno Cera, cuyo contenido sintetiza, asevera la censura que este testigo no da la razón de por qué recuerda exactamente la fecha en que ocurrieron los hechos que narra; que no precisa quienes vivían en la otra parte de la casa que él afirma haberle arrendado a Pérez para habitarla con su concubina; que no menciona "si esas relaciones fueron estables y notorias"; y que tampoco da las razones de por qué sostiene que los menores Parodi eran sostenidos económicamente por el concubinario. Iguales o similares críticas hace el censor al testimonio de Soto Puentes, agregando que ni éste ni el anterior, ni ninguno de los demás producidos, dicen "si cada uno de los hijos nacieron después de 180 días, contados desde que empezaron tales relaciones, o dentro de los 300 días siguientes a aquél en que cesaron".

4. Acomete luego el recurrente el estudio de las declaraciones de Wenceslao Monsalve, Francisco Molina Sánchez y Leonidas Acuña Martínez, no consideradas separadamente por el sentenciador, para aseverar que son contradictorias; que no dan la razón de sus dichos; y que sus afirmaciones contradicen las manifestaciones de los dos primeros.

IV. *Considéraciones de la Corte.*

1. Haciendo abstracción del defecto de técnica de que adolece la demanda de casación, cual es la omisión absoluta de puntualizar el concepto de la violación de las normas sustanciales cuyo quebranto denuncia, deficiencia que por sí sola torna ineficaz la acusación, procede la Corte a examinar si el Tribunal incurrió o no en el error de hecho que el recurrente le imputa.

Según se desprende de todo el desarrollo que del cargo formulado expone el censor, el ataque a la sentencia de segundo grado se hace estribar en el yerro fáctico en que habría incurrido el *ad quem* al dar por establecidas en el proceso, en primer lugar, las características de estables y notorias de las relaciones sexuales invocadas como fundamento de la pretensión principal deducida en la demanda; y, en segundo término, la concepción de los demandantes dentro de ellas.

2. Ha sido doctrina constante de esta Corporación la de que el fallador goza de discreta autonomía para apreciar la prueba testimonial y, por consiguiente, para formar su convicción en cada caso, apoyándola en ella o en la combinación de ésta con otro u otros de los medios de prueba producidos en el proceso; y que, ante esta facultad de apreciación, no corresponde a la Corte pronunciar nuevas o distintas conclusiones sino cuando la estimación del sentenciador de instancia resulta evidentemente contraria

a la naturaleza y realidad misma de los hechos que las pruebas demuestran.

El impugnante puede tener un criterio de apreciación distinto del aplicado por el Tribunal, pero mientras éste no degenere ostensiblemente en arbitrariedad, no puede casarse el fallo para proferir otro de diferente contenido, simplemente porque aquél, al ensayar un análisis sutil y más severo de la prueba, no esté de acuerdo con el modo como el Juez aprecia los hechos.

3. Si los declarantes que en este proceso rindieron testimonio, muy particularmente Abraham Moisés Moreno y Rafael Soto Fuentes que fueron los que en forma especial consideró el *ad quem* para apoyar su conclusión, de manera enfática, precisa y sin vacilación alguna afirmaron tener conocimiento de las relaciones sexuales que desde 1942 mantuvieron en Valledupar Carlos H. Pérez y Carmen Parodi, porque "yo tenía una casa ubicada en la carrera 'Armendáriz', que hoy es la carrera 8ª de esta ciudad, y el señor Carlos Pérez me habló para que le arrendara la mitad de dicha casa, y en efecto yo se la arrendé y allí vivía él con Carmen Parodi, pues yo le veía viviendo allí con ella, y era el mismo señor Pérez quien me pagaba los arrendamientos", "yo fui tan amigo del señor Carlos Pérez y de la señora Carmen Parodi e iba todos los días a tomar el tinto a la casa donde ellos vivían", como lo expresa el primero; o, como lo dice el segundo, porque "yo iba a la casa donde ellos vivían en son de parranda y camaradería", "todo mundo aquí en Valledupar veía comer a Carlos Pérez donde Carmen Parodi, lo veían dormir allí mismo, y a mí me consta eso porque yo lo veía", no puede atribuirse error de hecho al Tribunal cuando afirma que "hay que darle veracidad a estos testimonios porque ellos dan la razón de sus dichos en cuanto hace relación a las circunstancias de modo, tiempo y lugar", desde luego que, como queda visto, las atestaciones de dichos deponentes no están huérfanas de fundamentación, como lo asevera el recurrente.

La precisión, claridad y concisión de las respuestas permiten pensar que si la parte contra la cual se oponen hubiera ejercitado el derecho que al respecto le otorgaba el artículo 690 del Código Judicial, las declaraciones en nada hubieran disminuido, ni menos habrían perdido, su poder demostrativo; porque estos testigos estaban deponiendo sobre hechos que por su notoriedad se habían expandido y difundido en el medio social en que se produjeron, hasta el punto de que su ocurrencia no dejó en ellos campo para albergar la menor incertidumbre. Y como son responsivos, exactos y completos, dichos testimonios tienen virtualidad suficiente para demostrar la cohabitación marital, el amancebamiento o el concubinato de Carlos Pérez y Carmen Parodi, y, por tanto, las relaciones sexuales que con los caracteres de estables y notorias llevan consigo esas situaciones.

4. La Corte, examinadas las declaraciones de que acaba de hacer mérito, encuentra que la deducción del Tribunal, en lo atinente a las características de estabilidad y notoriedad de las relaciones sexuales, sacada con apoyo en ellas, no es contraevidente con la realidad de los hechos que dichos testimonios exponen. Y consecuencialmente, que no incurrió en el error de hecho que por este aspecto le atribuye el impugnador.

5. Pero aun en el supuesto de admitir que el yerro denunciado sí existe, porque, al contrario de lo que la sentencia impugnada expresa, debiera afirmarse que las relaciones sexuales no fueron estables ni notorias, tal error carecería de trascendencia para casar el fallo del Tribunal, puesto que de acuerdo con lo preceptuado por el numeral 4 del artículo 6º de la Ley 75 de 1968, ya vigente en febrero de 1969 que fue cuando en este juicio se trabó la relación procesal y por ende aplicable a él, han quedado suprimidos los requisitos de estabilidad y notoriedad que para las relaciones sexuales determinantes de paternidad natural exigía la Ley 45 de 1936.

6. En lo que corresponde al aspecto de la censura que se hace descansar en la falta de prueba del requisito de temporalidad de las relaciones sexuales, observa la Corte:

Este presupuesto, requerido por el ordinal 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936 para que se estructure la presunción de paternidad natural, reiterado luego por la Ley 75 de 1968 mediante el numeral 4 de su artículo 6º, exige la demostración de que el hijo haya nacido después de 180 días de iniciadas las relaciones, o dentro de los 300 siguientes a aquel en que cesaron. Por lo que hace a la primera de estas hipótesis, la aplicación práctica de dichos preceptos se traduce en la necesidad de comprobar plenamente que las relaciones sexuales, aunque no se sepa con absoluta precisión el día o el mes de su inicio, sí existieron en la época de la concepción del hijo, la cual infiere presuntivamente el juzgador tomando por punto de partida para el cómputo de los ciento ochenta días la fecha del nacimiento, tal cual lo preceptúa el artículo

92 del Código Civil. Y si este dato se lo suministra la copia del acta respectiva del nacimiento, debe el fallador presumir que el hijo es producto de las relaciones carnales de su madre con el hombre a quien señala como padre la correspondencia de dichas relaciones con la época legal de la concepción.

7. En el caso de este juicio, el Tribunal, apoyándose en la presunción de derecho que consagra el citado artículo 92, determinó la época de la concepción de los demandantes, no ciertamente de lo afirmado por los testigos sino de los datos que en relación con la fecha de sus nacimientos arrojan las actas respectivas, que en copia expedida por el párroco de la Iglesia La Concepción de Valledupar se adjuntaron a la demanda con la cual se inició este proceso.

La demanda de casación, como aparece del extracto que en lo fundamental se ha hecho del cargo en ella contenido, ataca las consideraciones que el *ad quem* hizo de la prueba testimonial, pero omite la impugnación en relación con la prueba documental referida, que es también motivo sustentador de la decisión. Si, como lo tiene dicho la jurisprudencia, la acusación de un fallo por error de hecho manifiesto o error de derecho en la estimación de pruebas no puede prosperar cuando se refiere solamente a una o algunas, en los eventos en que las demás constituyen soporte suficiente de la decisión, debe seguirse que este aspecto de la censura tampoco puede alcanzar éxito.

Por lo dicho, se desestima el cargo.

V. *Resolución.*

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia de fecha cinco (5) de marzo de mil novecientos setenta y uno (1971), proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar.

Costas del recurso a cargo del recurrente.

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

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

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL

Clasificación judicial de los contratos. Depósito: a pesar de su carácter real, no se perfecciona sino con la entrega hecha por mutuo consentimiento.—Obligaciones del depositario. Cláusulas exonerativas de responsabilidad.

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

(Magistrado ponente: doctor Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 25 de febrero de 1971, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este proceso ordinario instaurado por Alvaro Manrique Pardo contra Miguel Ballesteros Sierra.

I. *El litigio.*

1. Ante el entonces Juzgado Decimotercero Civil Municipal de Bogotá, el citado Alvaro Manrique Pardo demandó a Miguel Ballesteros Sierra en procura de las siguientes declaraciones:

a) que el demandado es civilmente responsable de la pérdida del automóvil marca Volkswagen, modelo 1961, distinguido con las placas número D-28192, motor número 5637332, color rojo, de cinco puestos, automotor que recibió de su propietario en la "Bomba Bochica" para hacerle el servicio de lavamiento; y b) que, en consecuencia, se condene al mismo demandado a pagar al demandante los perjuicios de diferente orden ocasionados por la pérdida del vehículo, así: $ 70.000 por concepto de daño emergente; $ 100.00 diarios, desde el 20 de mayo de 1967 y hasta el día que se verifique el pago del valor del carro desaparecido, por concepto de lucro cesante; y $ 50.000 por razón de los perjuicios morales causados.

2. Las afirmaciones de hecho que el demandante invocó en apoyo de sus pretensiones, pueden sintetizarse así:

a) que el 20 de mayo de 1967 Alvaro Manrique Pardo, propietario del carro Volkswagen ya descrito, lo llevó al establecimiento de expendio de gasolina llamado "Bomba Bochica", distinguida en la nomenclatura de esta ciudad de Bogotá con el número 24-25 de la carrera 25, de la cual es "propietario, administrador o arrendatario" Miguel Ballesteros Sierra, con el fin de que allí se le prestara el servicio de lavar el automóvil; b) que en dicho establecimiento aquél lo entregó materialmente a éste, quien también recibió entonces las llaves correspondientes al "swich", al seguro y a las puertas laterales del vehículo y quien, además, lo anotó en las planillas de control de servicios; c) que encontrándose el carro bajo su custodia y responsabilidad, Ballesteros Sierra ordenó a sus empleados Lázaro Jara y Buenaventura Soler Moyano que procedieron a lavarlo, el cual por tanto fue movido por éstos para dicho efecto; d) que después de lavado, según lo afirmaron los empleados, el vehículo fue colocado en algún lugar del establecimiento, de donde desapareció; e) que cuando Manrique Pardo volvió a la "Bomba Bochica" a pagar el servicio y a retirar el automóvil, se halló con "la sorpresa de la manifestación hecha por Miguel Ballesteros de que no le devolvía el carro porque éste había desaparecido del establecimiento"; y f) que por causa de la pérdida el demandante ha sufrido considerable lesión de su patrimonio, puesto que, expresa la demanda en sus hechos 6º y 7º, la falta del auto le ha mermado sus entradas notoriamente dada su profesión de vendedor y colocador de pólizas de seguro.

3. Oportunamente el demandado contestó la demanda aceptando la mayoría de los hechos; se opuso a las pretensiones de su demandante afirmando que el vehículo no se encontraba

bajo la vigilancia suya, y que por tanto no se le podía imputar responsabilidad por la pérdida.

4. Trabada así la relación procesal, con aducción de pruebas de ambas partes se surtió la primera instancia, a la que el Juzgado del conocimiento le puso fin con sentencia de 23 de agosto de 1970 mediante la cual negó todas las súplicas impetradas en la demanda, absolvió al demandado de los cargos que en dicho libelo se formularon contra él e impuso las costas al demandante.

5. Como efecto de la apelación interpuesta por esta parte el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el que, por sentencia de 25 de febrero de 1971, luego de revocar el fallo así impugnado, dispuso:

"a) *Declarar* que el señor Miguel Ballesteros Sierra, en su condición de administrador y arrendatario de la 'Bomba Bochica', es civilmente responsable de la pérdida del automóvil marca Volkswagen, modelo 1961, placas D-28192 determinado en la demanda.

"b) *Condenar* a dicho señor a pagar al demandado (sic) Alvaro Manrique Pardo, el valor del vehículo relacionado en la demanda, y los perjuicios correspondientes al lucro cesante, que se regularán de acuerdo con el artículo 553 del Código Judicial, teniendo en cuenta que la liquidación no podrá exceder la estimación hecha en la demanda.

"2º *Negar* la condena en perjuicios morales.

"3º *Sin costas* en la segunda instancia".

II. *Motivación del fallo impugnado.*

1. Luego de relacionar los antecedentes del litigio y de advertir que en este caso se hallan presentes los presupuestos procesales, indispensables para pronunciar sentencia con efectos de cosa juzgada material, pasa el Tribunal a considerar, en el capítulo que nomina "elementos de la acción", los referentes a la correspondencia de la situación fáctica planteada con las normas del derecho sustancial que la subsumen; a la *legitimatio ad causam;* y por último al interés procesal de las partes.

En relación con el primero de los elementos que enumera, afirma el *ad quem* que "los hechos de la demanda constituyen violaciones de derechos amparados por el Código Civil artículos 2341 a 2360, y también por otras disposiciones concordantes que sería prolijo enumerar". Encuentra configurada la legitimación en la causa, tanto por el aspecto activo como por el pasivo: la primera, porque —dice— el demandante acreditó plenamente ser el dueño del vehículo perdido, con la tarjeta de propiedad que él adujo, con las declaraciones de los testigos y con la confesión de Ballesteros Sierra rendida en posiciones; y la segunda, porque si el demandado, "en las referidas posiciones, afirma que era el administrador, arrendatario de la 'Bomba Bochica', que allí se recibió el automóvil junto con sus llaves, y que de allí desapareció, se halla en la subjetiva relación jurídico-procesal contraria a la del demandante".

2. En el capítulo del fallo que titula "el derecho invocado", expresa el sentenciador que el que aquí alega el demandante se basa, según la demanda, "esencialmente en los principios de la responsabilidad civil por los delitos y las culpas", pero que, agrega, "los hechos relatados, dan base para exigir la responsabilidad derivada del incumplimiento de las relaciones convencionales, o de las obligaciones derivadas del acuerdo de voluntades".

Y orientado por este razonamiento, el *ad quem* acomete en seguida el análisis de la naturaleza y de los efectos del vínculo contractual que considera pactado por los sujetos del litigio, el que encuentra demostrado con la propia confesión del demandado y con las declaraciones de los testigos. Expresa, al efecto, que "el hecho de que el demandante hubiese dejado su automóvil a lavar en la bomba de servicio, cuyo arrendatario es el demandado, siendo a la vez su administrador, acredita plenamente un acuerdo de voluntades, configurándose un contrato de prestación de servicios. Este contrato —añade— está adicionado también por otra clase de contrato que es el llamado de depósito, ya que este era necesario, para desarrollar la prestación del servicio de lavado", de todo lo cual concluye que las normas reguladoras de estos dos contratos son aplicables al pacto acordado entre demandante y demandado.

3. Repite luego el fallador que en el caso de autos se ajustaron simultáneamente dos contratos: uno de prestación de servicios y otro de depósito. Y teniendo por indudable que al haber dejado el actor su automóvil en la estación de servicio "Bochica", en donde lo recibió el demandado junto con las llaves, se estableció una relación contractual, afirma que ésta, dada su ambigüedad, puede ser considerada, según lo imperado por el artículo 2244 del Código Civil, "o como arrendamiento de servicios, en caso de que se considere remunerado el depósito, o como simple depósito, en el caso en que se considere gratuito".

Prosigue la sentencia marcando la diferencia notada, porque, dice, si el depósito es oneroso la responsabilidad se extiende hasta la culpa leve; pero si es gratuito, la responsabilidad comprende la culpa grave. "Pero —continúa— en el caso presente, siguiendo lo que dice el artículo 2247 del Código Civil, el demandado responde hasta la culpa leve, porque por la naturaleza de la prestación del servicio de lavado, el depósito se ha efectuado como ofrecido en forma espontánea por el demandado, y en forma preferente con respecto a cualquier otra persona".

4. A continuación observa el Tribunal que los artículos 2251, 2252 y 2253 del Código Civil, imponen al depositario "la obligación de guardar la cosa y restituirla hasta que el depositante la exija", deber jurídico que califica como no susceptible de exoneración, "ni aún por voluntad de las partes contratantes, so pena de establecer una nulidad por causa ilícita".

Amparado en este razonamiento, el fallador emprende el análisis de la defensa aducida por el demandado con fundamento en la aserción de haberse exonerado de responsabilidad, como efecto de tener colocada en su establecimiento, a la vista del público, una declaración en tal sentido. Dice al respecto que tal declaración "no es eximente de responsabilidad, y ha de entenderse como nula, aún en el caso de que para efectos del contrato de prestación de servicios se interprete como cláusula de adhesión que siempre se interpreta en favor de la persona que adhiere al contrato, en caso de ser ambigua, o en caso de que ofrezca duda".

5. Aludiendo a los perjuicios cuya indemnización reclama el demandante, asevera el sentenciador que tal daño corresponde, en primer lugar, al valor del vehículo automotor desaparecido en la "Bomba Bochica", cuya propiedad acreditó el actor; y en segundo término, al valor equivalente al lucro cesante. Pero que como la cuantía de estos perjuicios no fue demostrada plenamente en el proceso, la condenación ha de hacerla en abstracto para que se concrete en incidente posterior.

6. Finalmente, en relación con la conducta del demandado, expresa el Tribunal que debiendo éste obrar como persona cuidadosa y diligente en el cumplimiento de sus obligaciones, conforme a lo dispuesto por el inciso 3º del artículo 1604 del Código Civil, no demostró sin embargo su ausencia de culpa ni la ocurrencia del caso fortuito que lo exonere de responsabilidad, porque, observa, "la afirmación que hace, y las pruebas que aporta, todas tendientes a manifestar que no está obligado en principio a responder por las cosas dejadas a los vehículos depositados, no son prueba de su ausencia de culpa ni de fuerza mayor".

III. *La demanda de casación.*

1. Contra la sentencia extractada interpuso casación el demandado. En la demanda respectiva y con fundamento en la primera de las causales que consagraba el artículo 52 del Decreto 528 de 1964, equivalente a la prevista por el numeral 1 del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil hoy vigente, el censor le formula un solo cargo.

En su planteamiento se denuncia el quebranto indirecto, por indebida aplicación, de los artículos 1604, 1606, 1613, 1614, 1616, 2240, 2244, 2247, 2251, 2252 y 2253 del Código Civil, como consecuencia de errores de hecho que aparecen de modo manifiesto en los autos, provenientes de la errónea apreciación de algunas pruebas y de la falta de apreciación de otras.

2. En desarrollo del cargo el recurrente, después de concretar las conclusiones de la sentencia y de relatar la que llama "historia real y fidedigna de lo acontecido", asevera que al llevar Manrique Pardo su automóvil a la "Bomba Bochica" para que fuese lavado, "solicitó la prestación de un servicio material. De modo que la convención efectivamente celebrada —agrega— fue la de arrendamiento o prestación de aquel servicio. Esto es lo cierto, lo positivo y único".

Amparado en este primer razonamiento, el impugnador censura la deducción del Tribunal referente a la preexistencia de un contrato de depósito entre los sujetos de la litis, la que estima equivocada, porque si lo infirió del hecho de llevar el carro a la bomba y de la entrega de las llaves al administrador del establecimiento, "vio en estos actos la celebración de aquel contrato de depósito sin prueba alguna de que Manrique y Ballesteros tuvieran la intención de ajustar tal contrato". Agrega que si Manrique quería que se le prestara el servicio de lavamiento de su carro, era obvio e indeficiente que debía conducirlo al lugar donde debía prestarse; que "esta circunstancia corresponde a la naturaleza de la prestación del servicio buscado y no a ningún contrato de depósito"; y que "por este aspecto la sentencia incurrió en un manifiesto error de hecho al ver concertada la supuesta convención de depósito sin prueba alguna que demuestre su celebración".

3. Acomete en seguida el acusador el análisis del contenido de los "avisos públicos" expuestos en la estación de servicio "Bomba Bochica", cuya existencia allí fue comprobáda en la inspección judicial practicada en la primera instancia del proceso el 24 de octubre de 1968, diligencia en la cual se acreditó además, mediante las declaraciones de un número plural de testigos, que dichos "avisos públicos" estaban fijados en el establecimiento desde hacía mucho más de cinco años.

Al respecto el censor, luego de criticar la estimación que acerca de sus efectos hizo el Tribunal, afirma que es errado considerarlos como una simple cláusula exonerativa de responsabilidad, tal cual el *ad quem* lo infiere, porque "lo indudable y cierto es que no son tal cláusula, sino la manifestación expresa, clara y paladina de que la Estación Bochica no tiene establecido ni presta el servicio de parqueo o aparcadero y de que en consecuencia no se hace cargo de la vigilancia, cuidado o guarda de los vehículos que son llevados a ella en demanda de uno cualquiera de los servicios que sí tiene organizados y presta"; y que como en dichos avisos así se dice expresamente, quien lleve un automotor para que se le preste uno de tales servicios, está en la obligación de cuidarlo mientras la estación le presta el servicio correspondiente.

Concluyendo la formulación del cargo por este aspecto, dice el recurrente que como el demandado no confesó haber celebrado el contrato de depósito y que como los avisos exhibidos al público establecen todo lo contrario de lo que el sentenciador vio, es decir, que la estación de servicio no solamente no celebra ninguna convención de guarda de vehículos "sino que expresa y públicamente las rehusa o se niega a contraerlas", al imputarles el Tribunal "un contenido diferente del que de veras ofrecen (los avisos) incurrió en un manifiesto error de hecho", que lo condujo a tener por demostrado el contrato de depósito.

4. Continuando en la tarea de demostrar el error que imputa al Tribunal, y que con insistencia pinta el recurrente a través de todo el desarrollo del cargo, asevera que el yerro fáctico subió de punto al no advertir el sentenciador que el contrato de prestación de servicio de lavado de un automóvil, que la sentencia da por establecido, no le impone al arrendador la obligación de vigilancia; ni al percatar que, según lo indican los avisos exhibidos al público, es su dueño quien tiene el deber de vigilarlo.

Refiriéndose a dicha convención manifiesta el impugnante que, "por una parte y conforme a su propia naturaleza, este contrato no impone al mismo arrendatario la obligación de conservar y cuidar el objeto que ha de ser limpiado o lavado, es decir, no lo convierte en guardián de este objeto. Por otro lado, ocurre también que los avisos le advierten de modo expreso a toda persona que acude allí en demanda de uno cualquiera de los servicios que realmente presta esa bomba que en ella no hay 'celaduría' o vigilancia y guarda de vehículos y que por tanto dicha persona, por sí o por recomendado, debe permanecer allí mismo al cuidado de su carro mientras se le presta el servicio pedido".

Agrega el recurrente que el error por él apuntado tomó aún mayor altura al no haber visto el Tribunal, y consiguientemente no haber considerado "para definir la supuesta responsabilidad del demandado en la pérdida del automóvil", la certificación expedida por el Juzgado Once Penal Municipal de Bogotá, referente a la existencia de una investigación criminal contra Ballesteros por la pérdida del automotor; ni los testimonios de Pedro Antonio López, Carlos Julio Pinzón y César Augusto Wilches quienes dicen que el demandante solía llevar su carro a esa bomba y lo sacaba sin dar aviso al administrador o empleados; y tampoco las declaraciones de Wilches Mendoza y Argemiro Moyano quienes afirman que en noviembre de 1967 Manrique Pardo acudió a dicho establecimiento, en compañía de una persona desconocida, a manifestar al administrador que ésta, mediante la entrega de $ 15.000, podría recuperar el carro perdido.

5. Pasa luego el acusador a puntualizar las violaciones de la ley sustancial que denuncia en el planteamiento del cargo. En esta tarea, comienza por aseverar que al dar por establecido el Tribunal, "sin prueba de ninguna clase, que el señor Ballesteros se obligó como depositario a guardar y restituirle al señor Manrique el automotor en referencia", quebrantó los artículos 2240, 2244, 2247, 2251, 2252 y 2253 del Código Civil, por haberlos aplicado indebidamente a un supuesto que estas normas no regulan; y que al deducirle responsabilidad civil al demandado por el incumplimiento de obligaciones inherentes a esa convención, infringió también, por el mismo concepto, los artículos 1606, 1613, 1614 y 1616 *ibídem*.

Estima además el censor que al atribuirle carácter oneroso al supuesto contrato de depósito, para hacer responder al demandado hasta

la culpa leve en la pérdida del automotor, el *ad quem* violó el artículo 1604 de la misma obra.

6. Rematando la formulación del cargo expresa el recurrente que "ni aún en la mera hipótesis de que Ballesteros hubiese recibido en tenencia el automóvil sobredicho, a título de depositario o de arrendatario, podría imputársele responsabilidad por su pérdida, debido a que, como aparece demostrado en el proceso, ésta se debió a un hurto constitutivo de caso fortuito, y a que éste exime de responsabilidad al deudor".

Y con fundamento en esta argumentación, dice que si se ha de considerar que la sentencia impugnada dedujo la responsabilidad del demandado del hecho de haber recibido en tenencia el vehículo, formula contra ella "el reparo de haber violado también, por inaplicación, el inciso segundo del citado artículo 1604 del Código Civil, a causa del error manifiesto de hecho, consistente en haber pretermitido la consideración de las pruebas demostrativas del caso fortuito".

IV. *Consideraciones de la Corte.*

I. La convención jurídica tiene por objeto crear, modificar o extinguir obligaciones.

El efecto de toda obligación radica en que coloca al deudor en la necesidad de cumplir la prestación debida. Y si la situación normal es el cumplimiento voluntario, cuando esto no ocurra, la ley otorga al acreedor el derecho y los medios de compeler a su deudor al cumplimiento forzoso, pues que estaría desprovista de toda trascendencia una obligación a cuyo cumplimiento pudiera éste sustraerse caprichosamente.

Se encuentra aquí el fundamento racional del principio de la normatividad de los actos jurídicos *que, como tributo a la autonomía de la voluntad, consagró el legislador colombiano mediante el artículo 1602 del Código Civil al estatuir que "todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales".*

II. La determinación de la naturaleza del contrato, y por ende la de las obligaciones que por emanar de él han de asegurarse en su cumplimiento, es cuestión que no ofrece mayor dificultad, si la convención ha sido caracterizadamente establecida y las cláusulas que la configuran se han consignado con toda nitidez por escrito. Tórnase en cambio particularmente difícil en aquellos casos en que, como aquí ocurre, a más de pintarse un vínculo contractual complejo, su orfandad literal permite el disentimiento de las partes en la calificación del negocio jurídico por ellas acordado.

Es en estos eventos cuando debe imperar la facultad judicial de calificar los contratos, la cual consiste en el deber que incumbe al fallador de desentrañar el sentido, la significación o alcance de las declaraciones de voluntad, o el comportamiento de los contratantes, con el fin de determinar los efectos jurídicos de aquéllas o de éste. En dicha tarea, como lo ha expuesto insistentemente la doctrina, el criterio normativo que debe guiar al juzgador ha de encaminarse siempre a darle efectividad a la voluntad convencional, indagando, dentro de los principios generales de la hermenéutica contractual, cuáles fueron realmente los objetivos y las finalidades que se propusieron las partes al ajustar la convención.

Fundándose esencialmente, pues, la interpretación del contrato en la necesidad de conocer la común intención de las partes, para llegar a esta meta ha de acudir el Juez, en primer lugar, a la declaración de voluntad; pero si con ello le resulta imposible descubrirla, debe entonces recurrir a la ley, a la costumbre y a la equidad, que constituyen los procedimientos supletorios consagrados al efecto por las disposiciones que integran el Título 13 del Libro 4º del Código Civil. Y como la interpretación de los contratos es cuestión que corresponde a la discreta autonomía de los juzgadores de instancia, la que haga el Tribunal no es suceptible de modificarse en casación, a menos de aparecer de modo manifiesto en los autos que el sentenciador en su apreciación incurrió en ostensible error de hecho.

III. Tiene aceptado la doctrina que, aún prescindiendo de los contratos atípicos, o sea de aquellas convenciones cuyo contenido es tan particular que no pueden asimilarse a ninguno de los contratos tipos, una convención jurídica ajustada entre las partes puede presentar combinadas prestaciones correspondientes a diversos contratos típicos. Y ha dicho que estas uniones de contratos pueden ser: a) unión simplemente externa, que es la que corresponde a aquella en que los distintos pactos, independientes unos de otros, aparecen unidos externamente sin que haya subordinación de los unos respecto de los otros; b) unión con dependencia unilateral o bilateral, en la cual los distintos contratos que aparecen unidos son queridos como un todo, estableciéndose entre ellos una recíproca depen-

dencia en el sentido de que el uno se subordina al otro u otros; y c) unión alternativa, caracterizada por la existencia de una condición que enlaza los distintos contratos en forma que si el suceso positivo no acaece o si acaece el negativo, se entienda concluido uno u otro.

Y nota además la doctrina que no pueden aplicarse en absoluto y sin excepción las reglas establecidas para un tipo determinado de contrato, cuando el que se celebró, no obstante corresponder a ese tipo, exija un trato divergente, debido a su fin especial, articulado en la convención misma.

Por cuanto en el caso que aquí se estudia, el punto cardinal de la controversia radica en la configuración o no configuración del contrato de depósito del automotor que el demandante llevó el 20 de mayo de 1967 a la estación del demandado para su lavamiento, a tal punto que mientras aquél y el Tribunal la aceptan, el recurrente la niega y asevera que no se ajustó ningún contrato de depósito sino solamente un pacto de prestación de servicios, es pertinente observar desde ya, a efecto de advertir si el sentenciador incurrió o no en el error de hecho que le endilga la censura, que la naturaleza jurídica de un acto no es la que las partes que lo realizan quieran arbitrariamente darle, sino la que a él corresponda legalmente según sus elementos propios, sus calidades intrínsecas y las finalidades perseguidas.

IV. El Código Civil Colombiano regula el contrato de depósito, que es aquel por el cual una persona confía una cosa corporal a otra, que "se encarga de guardarla y de restituirla en especie" (Arts. 2236 y 2240). A éste, que llama depósito propiamente dicho, *en otras disposiciones del Título 31 de su Libro 4º, agrega el llamado necesario, porque en él, por una fuerza mayor, la elección del depositario no depende de la voluntad del depositante; y finalmente, regula el secuestro en sus dos especies: convencional y judicial.*

Se caracteriza el contrato de depósito por ser real y unilateral. Puesto que es la guarda de la cosa el móvil que induce a las partes a su celebración, es de la esencia de este contrato el ser real y por tanto, para que se perfeccione, requiere la entrega de la cosa, hecho que se cumple "de cualquier modo que transfiera la tenencia al depositario" (Arts. 2237 y 2238 C. C.); y como su perfección solo es origen de obligaciones para el depositario, salvo el caso previsto en el artículo 2259, adquiere carácter unilateral.

Sin embargo de que es real, el depósito voluntario no se perfecciona con la sola entrega de la cosa; como contrato que es requiere además el mutuo consentimiento de las partes, porque las obligaciones de depositario no podrían pesar sobre una persona en cuyo inmueble se hubiere colocado una cosa sin saberlo ella, o contra su voluntad.

El depósito es en nuestro derecho un contrato ordinario pero no esencialmente gratuito. El artículo 2244 de la obra citada, en su primera parte, se limita a preceptuar que "el depósito propiamente dicho es gratuito", pero no dice que sea de su esencia o naturaleza la gratuidad. Sin embargo de que en la segunda parte dicha disposición estatuye que si se estipula remuneración "el depósito degenera en arrendamiento de servicio", el artículo 2247 ibídem *consagra responsabilidad hasta por la culpa leve para el depositario cuando "se le conceda remuneración".*

V. El pacto de lavamiento de vehículos automotores va unido al de depósito de los mismos, cuando para la prestación del servicio se entregan a quien lo presta, quedando bajo su guarda. Presentándose la combinación de estos dos contratos no es posible confundirlos en uno solo olvidando su coexistencia, ni menos desvirtuar el segundo, porque tal proceder, a mas de desfigurar la verdadera voluntad de los contratantes, conduciría a que la responsabilidad del depositario se esfumase, lo que sería ciertamente inaceptable por lesionar el orden social.

VI. Conjugando la doctrina referente a la unión de contratos, a que sintéticamente se aludió atrás, con los requisitos esenciales del depósito contractual, no hay duda de que en la convención jurídica acordada el 20 de mayo de 1967 por Manrique Pardo con Ballesteros Sierra, a más del pacto de arrendamiento de un servicio material a virtud del cual éste se obligó a lavar en su bomba de gasolina el Volkswagen de propiedad de aquél, a cambio del precio que éste le pagaría por tal servicio, se configura también otra situación que se subsume en los supuestos fácticos que según la ley estructuran el contrato de depósito. De consiguiente, por concurrir en ella todos los requisitos propios de este tipo especial de convención jurídica, corresponde regir sus efectos por las reglas legales establecidas para ella.

Si el carro fue conducido por su dueño a la bomba de expendio de gasolina "Bochica", con el fin de que se le hiciera la limpieza de su motor; si con la autorización del propietario del establecimiento se colocó el vehículo dentro del

espacio territorial donde la empresa se halla situada; y si el director de ésta lo dio por recibido y recibió también las llaves para ponerlo en movimiento, es indudable que en el mismo acto se ajustaron simultáneamente dos contratos: el de depósito y el de arrendamiento de servicios, subordinado éste a aquél, pero unidos ambos exteriormente como un solo todo, tal cual aparece de la tácita intención de las partes.

La tesis fundamental del recurrente, cuya esencia está en la aseveración reiterada de que como no se le hizo la entrega material del vehículo no se configura el contrato de depósito, queda ampliamente infirmada con la repetida confesión del demandado, tal cual lo dedujo el Tribunal, por lo que no incurrió en error de hecho al respecto. En efecto: éste, al contestar el hecho primero de la demanda incoativa del proceso y al responder las preguntas 4ª, 6ª, 8ª y 15 del pliego de posiciones que absolvió el 9 de agosto de 1967, confesó una y otra vez que sí recibió aquel día el carro, junto con las tres llaves que le entregó el demandante, correspondientes todas al automotor. Este hecho lo confirman la afirmación que hizo en las posiciones de que "lo anotó en la planilla de movimiento de servicios de la estación", y la inspección ocular practicada el 3 de octubre del año siguiente en la cual se comprobó la veracidad de este aserto.

Si la entrega de la cosa, que es presupuesto de la esencia del contrato de depósito, se puede hacer "de cualquier modo que transfiera la tenencia de lo que se deposite", es inusitado afirmar, por contrariarse el espíritu y la letra de los artículos 754 y 2238 del Código Civil, que los hechos anteriores no constituyen entrega a título de tenencia.

VII. Es evidente que el depósito, muy a pesar de su carácter real, no se perfecciona como contrato si la entrega de la cosa no viene precedida del consentimiento mutuo de depositante y depositario. Injurídico sería exigir de éste las obligaciones de tal si no ha tenido voluntad de adquirirlas.

Mas de que ello sea así no puede seguirse, como lo pregona el recurrente, que en el caso sub júdice *no hay tal convención jurídica por absoluta ausencia de la voluntad de Ballesteros para celebrarla, apoyado en que los avisos exhibidos al público en su establecimiento demostraban de su parte el querer contrario, desde luego que en ellos se anunciaba "expresa, clara y paladinamente que la Estación Bochica no tiene establecido ni presta el servicio de parqueo o aparcadero y que en consecuencia no se hace cargo de la vigilancia, cuidado o guarda de los vehículos que son llevados a ella". Tales estipulaciones, unilaterales en efecto, no pueden considerarse con virtualidad para dar por demostradada la falta de voluntad del depositario, no solo porque ellas no llaman necesariamente la atención del depositante y por cuanto éste no ha tenido oportunidad de discutirlas, sino también y fundamentalmente porque al recibir las llaves del automotor dejado allí, para movilizarlo dentro del establecimiento donde se prestan los servicios de lavamiento y engrase, se ejecutaron actos positivos con fuerza suficiente para deducir que esa voluntad inicial públicamente manifestada se había revocado o infirmado para manifestar tácitamente la contraria.*

VIII. Por cuanto en el contrato de depósito el móvil determinante de las partes radica en la guarda de la cosa depositada, el derecho civil impone al depositario dos obligaciones distintas. Consiste la primera en poner su cuidado en la conservación de la cosa, sin que le sea permitido usarla, salvo en las hipótesis previstas en los artículos 2245 y 2246 del Código Civil; y es la segunda la de restituirla al extinguirse el contrato (Arts. 2236, 2240, 2248, 2251, 2252 y 2253 ibídem).

IX. Según las disposiciones de nuestro estatuto civil, la diligencia que el depositario debe poner en la custodia de la cosa que a tal título se le ha entregado no comprende invariable extensión en todo caso. Eventos hay en que debe prestar el mismo cuidado en la conservación de la cosa, que el que pone para la de las suyas propias; y otros en que su diligencia debe corresponder a la del tipo abstracto del buen padre de familia.

Como generalmente el depósito es gratuito, el depositario sólo habrá de responder por su culpa lata, puesto que si presta el servicio sin remuneración y solo para complacer, su condición ha de distinguirlo de las personas que por su propio interés tienen en su poder las cosas de los demás; si excepcionalmente se estipula remuneración por la simple custodia de la cosa, entonces, por derivar para sí un beneficio del contrato, debe responder hasta de la culpa leve. Tal es la regla general que en torno a la responsabilidad del depositario puede estructurarse de los preceptos de los artículos 1604 y 2244 de la obra en comento.

X. Ocurre, empero, que como la ley solo establece reglas supletorias de la voluntad presunta de los contratantes, la que ella postula no podrá

aplicarse cuando éstos expresamente han estipulado que el depositario "responda de toda especie de culpa", convención lícita que autoriza el artículo 2247 ibídem *y que por no atentar contra el orden público ni contra las buenas costumbres, tiene que acatarse preferentemente al regular los efectos que el acto crea entre ellas, por traducir su verdadera intención.*

Mas, si ordinaria y normalmente el depositario debe, en ausencia de toda estipulación contractual al respecto, responder solamente de su culpa grave; sin embargo, y según lo preceptúa el citado artículo 2247 en su segunda parte, excepcionalmente también es responsable de su culpa leve en los siguientes casos: a) cuando el depositario se haya ofrecido espontáneamente para recibir el depósito; b) cuando ha pretendido que se le prefiera a otra persona; y c) cuando el depósito haya sido hecho en interés del depositario, bien porque se le ha autorizado el uso de la cosa o ya porque se le conceda remuneración.

Cuando, como acontece en el caso que se estudia, los establecimientos que prestan al público los servicios de lavamiento y engrase para automotores, mediante propaganda y el empleo de otros usos lícitos inducen a sus clientes a que les dejen sus vehículos procurando así un beneficio económico que a la postre alcanzan, su conducta, por tal razón, exige una diligencia y cuidado mayores que los ordinarios en la vigilancia de los vehículos depositados.

Y como el ad quem *dedujo en su sentencia responsabilidad al demandado por la pérdida del automóvil, atribuyéndole culpa leve en la ocurrencia del hecho dañoso, su conclusión no es, a juicio de la Corte, contraria a la realidad que las pruebas indican.* Por ende no aparece el yerro fáctico que por este aspecto le imputa la censura.

XI. Atinente al reparo que en forma hipotética le hace el impugnador a la sentencia de segundo grado, traducido en que ella infringe, por inaplicación, el inciso 2º del artículo 1604 del Código Civil, como consecuencia del error de hecho en que habría incurrido el Tribunal al pretermitir la consideración, y por tanto no haberlas apreciado para definir la responsabilidad de Ballesteros Sierra, la certificación que sobre la existencia de una investigación criminal expidió el Juzgado Once Penal Municipal de Bogotá, ni las declaraciones de los testigos que el censor cita, pruebas que acreditan el hurto del carro Volkswagen, hecho éste que al decir del censor es constitutivo de caso fortuito, la Corte tiene que observar:

a) que si bien el sentenciador ignoró los medios indicados, cuya presencia ciertamente obra en los autos, desde luego que no los menciona en su sentencia, por lo cual incurrió en error de hecho, tal yerro es sin embargo intrascendente para modificar la decisión contenida en su fallo, por cuanto el demandado no acreditó que el pretenso caso fortuito sobrevino muy a pesar de haber empleado su diligencia y cuidado debidos para evitarlo; y

b) que como el hurto de automotores es un accidente de frecuente ocurrencia en esta época de inseguridad social, es por tanto previsible y por consiguiente no es por sí mismo hecho constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito. Como ordinariamente sucede por falta de vigilancia de las personas encargadas de su guarda, solo puede considerarse como causa eximente de responsabilidad cuando ellas demuestren que provino sin su culpa, pues solo en tal evento sería irresistible.

XII. Analizando la cláusula de exoneración de responsabilidad que para los eventos de pérdida de automotores por robo, mediante avisos públicos exhibía el establecimiento comercial del demandado, el Tribunal le desconoció todo efecto por considerarla nula, según dice, por causa ilícita. Como su aserción no está en absoluta conformidad con los postulados de nuestra ley positiva, reclama la rectificación doctrinaria que la Corte entra a hacer.

XIII. La eficacia o ineficacia de las cláusulas de irresponsabilidad pactadas en los contratos, ha sido tema de profunda consideración por los autores, quienes en el punto han sentado criterios disímiles y hasta antagónicos. Expositores ha habido que, como Paul Esmein, se declaran partidarios de la completa ineficacia de tales cláusulas, cuando ellas son de franca irresponsabilidad; otros, como los Mazeaud, por ejemplo, sostienen que es preciso reconocer eficacia a los acuerdos de no responsabilidad, a lo menos para los casos de culpas leve y levísima; y finalmente quienes, como Planiol y Ripert y con ellos la jurisprudencia francesa, a manera de tesis intermedia, les hacen producir a dichos pactos el efecto consistente en una inversión de la carga de la prueba.

También esta corporación se ha ocupado en el estudio del fenómeno. Así en sentencia de 9 de diciembre de 1936, dijo que "las cláusulas que contienen una exención franca de responsabilidad, o sea aquéllas por las cuales se estipula, al asumirse una obligación contractual, que el

deudor no será responsable si la obligación permanece inejecutada, contradicen la noción misma de obligación. La inejecución de una obligación constituye en derecho la culpa; se es responsable, en efecto, cuando no se ha ejecutado la obligación. Es una contradicción contraria al orden social, decir que se asume la obligación y convenir al mismo tiempo que se rehuye la responsabilidad en caso de inejecución. Y como obligación y responsabilidad son términos correlativos, aquella cláusula no puede tener valor", doctrina que la Corte reiteró en su sentencia de 15 de julio de 1938 al expresar que "las convenciones de exoneración de la responsabilidad no son lícitas cuando los elementos constitutivos de la responsabilidad desaparecen en la persona normalmente responsable". (G. J., t. XLVII, 76). Y más recientemente la entidad dijo sobre este tema: "Las reglas generales sobre la responsabilidad del deudor por incumplimiento de sus obligaciones, establecidas por los artículos 1604, inciso 2º y 1616 del Código Civil, pueden ser modificadas en casos especiales, bien para agravar esa responsabilidad, ora para atenuarla y aún para eximir de ella al mismo obligado cuando tal exoneración es lícita". (G. J., t. C, 270).

Considerando aquí la cuestión, más a la luz de los preceptos legales que entre nosotros regulan la materia que al abrigo de las tesis enunciadas, cabe aceptar que evidentemente las cláusulas de irresponsabilidad, cuya presencia no es rara hoy en cierto tipo de contratos, son absolutamente nulas y por ende ineficaces cuando mediante ellas el obligado pretende eximirse de responsabilidad por su culpa grave, la que en materia civil se asimila al dolo según las voces del artículo 63 del Código Civil, desde luego que el 1522 de la misma obra le niega validez a "la condonación del dolo futuro", y el 1523 ibídem *estatuye que hay objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes.*

Tratándose de las culpas leve y levísima, en cambio, los contratantes pueden lícitamente acordar, y en estos eventos su convención es por tanto plenamente eficaz, la atenuación y aún la supresión de la responsabilidad civil que la ley, como norma supletiva de la voluntad expresa de las partes, consagra para estos dos grados de culpa. Es esta la doctrina que corresponde a la preceptiva del artículo 1604 citado, el que en su parte final preceptúa que sus postulados referentes a la responsabilidad que incumbe al deudor por la mora o por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales, se entenderán "sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes".

XIV. Cuando del contrato de depósito se trata, la responsabilidad del depositario es también susceptible de sufrir variaciones por acuerdo expreso de las partes, ya que los artículos 2244 y 2247 del Código Civil, como lo hace también el 1604, no establecen sino reglas supletorias. Consiguientemente pueden acordar una diligencia menor y hasta suprimir la responsabilidad del depositario, salvo en casos de dolo o culpa lata.

Pero para la eficacia de dicha estipulación, como contractual que es, se hace menester que el depositario demuestre la voluntad del depositante de aceptar esa atenuación o exoneración de la responsabilidad; y en general dicho consentimiento no resulta del solo hecho de colocar un cartel en tal sentido en el inmueble del depositario, porque tal aviso no ha llamado necesariamente la atención del depositante y porque las cláusulas contenidas en él, unilaterales generalmente, no han sido discutidas por éste y por tanto con razón frecuentemente rehusa aceptarlas.

XV. De todo lo expuesto se sigue que el Tribunal sentenciador, con excepción del error de hecho intrascendente a que se hizo alusión, no incurrió en los demás yerros que el censor le imputa en la apreciación de los medios de prueba producidos en el juicio; y que, por tanto, el cargo debe rechazarse.

Por razón de la rectificación doctrinaria contenida en este fallo, no procede hacer condenación en costas en el recurso extraordinario (Art. 375 C. P. C.).

V. *Resolución.*

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia de fecha veinticinco (25) de febrero de mil novecientos setenta y uno (1971), proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Sin costas en el recurso extraordinario.

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

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

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

RESOLUCION DE LA VENTA DE UN AUTOMOTOR

Presupuestos procesales: su ausencia conduce a fallo inhibitorio; su pretendida ausencia por incorrecta interpretación de la esencia estructural de alguno es acusable en casación por la causal 1ª y no por incongruencia.—Demanda: errores en su interpretación.

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

(Magistrado ponente: doctor Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 12 de abril de 1971, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el proceso ordinario instaurado por Nohra Pulido de Murcia frente a la sociedad "Roldán Motor Limitada".

I. *El litigio.*

1. Mediante libelo de octubre de 1969 y que en repartimiento correspondió al Juzgado Once Civil del Circuito de Bogotá, la citada Nohra Pulido de Murcia demandó a la sociedad "Roldán Motor Ltda.", representada por su gerente Benjamín Roldán Jaramillo, en procura de las siguientes declaraciones:

a) que está resuelto, por incumplimiento de las obligaciones de la vendedora, el contrato de 2 de febrero de 1966, por medio del cual la entidad demandada transfirió a título de venta a favor de la demandante el bus marca "De Soto", modelo 1956, placas D-75302, de 2 puertas, motor VT-446-1136, afiliado a la empresa de transportes urbanos de Bogotá denominada "Nueva Cooperativa de Buses Azules Ltda.";

b) que, en consecuencia, se condene a la demandada a restituirle la suma de $ 65.882.47, o la que pericialmente se determine en el juicio, pagada por la compradora como parte del precio del vehículo, y las letras de cambio giradas por ésta para garantizar el pago; c) que, en el caso de que la sociedad demandada hubiere acudido a la vía judicial para el cobro de algunas de dichas letras, se la condene a devolver a la demandante los valores correspondientes; y d) que la citada compañía está obligada a indemnizar a la demandante todos los perjuicios a ésta causados por el incumplimiento del contrato referido.

En subsidio de las peticiones anteriores solicitó la demandante que se condenase a la citada sociedad "a entregarle el bus de que trata esta demanda, junto con el pago de los perjuicios de orden material causados por el retiro del mencionado vehículo del lugar donde se hallaba".

2. En apoyo de sus pretensiones la demandante invocó los hechos que, en síntesis, son los siguientes:

a) el 2 de febrero de 1966 se ajustó entre Nohra Pulido de Murcia, como compradora, y la sociedad "Roldán Motor Ltda.", como vendedora, representada en dicho acto por su gerente Benjamín Roldán Jaramillo, el contrato de compraventa del bus "De Soto", identificado por las especificaciones que la demanda indica, por la suma de $ 87.500, precio que aquélla se comprometió a pagar a ésta por contados mensuales, representados en letras de cambio que giró a favor de la sociedad vendedora;

b) en la época del contrato, el vehículo objeto del mismo estaba afiliado a la empresa de transportes terrestres urbanos denominada "Nueva Cooperativa de Buses Azules Ltda.", y prestaba servicio público dentro del perímetro urbano de esta ciudad de Bogotá;

c) desde antes de ajustarse la convención jurídica referida, y al tiempo de ésta, el mismo automotor figuraba matriculado en la Secretaría de Tránsito y Transportes de este Distrito

Especial como de propiedad de la entidad vendedora; pero, en desacuerdo con la destinación de servicio público que aparentaba, estaba inscrito en esa dependencia oficial para prestar servicio privado;

d) "esta circunstancia —reza la demanda en el hecho 4º— la ignoraba la compradora, ya que al figurar afiliado este vehículo en una empresa de servicio público y prestar servicio público en la zona urbana de la ciudad, hacía presumir que estaba destinado legalmente en las condiciones permitidas o autorizadas por los reglamentos"; y, además, en el documento en que se plasmó el contrato la sociedad expresó venderlo con destino al servicio público;

e) transcurrido algún tiempo desde la celebración del negocio, por orden de las autoridades distritales competentes el bus fue suspendido del servicio público que venía prestando, lo que indujo a la compradora a informar a la vendedora de dicho acontecer. Esta, entonces, entregó a aquélla la tarjeta número 58289 de 2 de abril de 1968, en la que el automotor aparecía inscrito para el servicio público, junto con los demás documentos necesarios incluso el certificado de paz y salvo de la sociedad, para que se extendiera la matrícula del vehículo a nombre de la compradora;

f) no obtuvo ésta que en las oficinas de Circulación y Tránsito de Bogotá se inscribiera el traspaso del automotor con destinación al servicio público; contrariamente, debió entregar la tarjeta número 58259 de 2 de abril de 1968 que había tomado de la sociedad vendedora, para recibir en cambio de aquella entidad administrativa la número 61985 de 4 de julio de 1968, conforme a la cual el citado vehículo debía seguir figurando como de servicio particular;

g) como resultado de la falta de correspondencia entre lo que expresaban la tarjeta número 58259 y los libros de control, en relación con la clase de servicio que debía prestar el vehículo, la Secretaría de Tránsito y Transportes de Bogotá ordenó una investigación administrativa para deducir la responsabilidad de los funcionarios encargados de este control;

h) la compradora ha pagado a la sociedad "Roldán Motor Ltda.", como parte del precio de la compraventa, la suma de $ 65.882.47; e

i) el 18 de noviembre de 1968 la sociedad vendedora, por orden de su gerente, retiró el bus de que aquí se trata del taller donde se encontraba y lo condujo a sus garajes, en donde actualmente lo mantiene.

3. Oportunamente la sociedad demandada dio contestación al libelo incoativo del proceso negando los hechos en él contenidos, salvo los atinentes a la celebración de la compraventa y su precio, los cuales aceptó, y oponiéndose a las pretensiones de su demandante.

Aseveró que ella dio satisfactorio cumplimiento a la convención; que en ésta "no se estipuló para qué servicio adquiría la compradora el vehículo"; que fue la demandante quien incumplió el contrato al no pagar en su oportunidad los contados correspondientes al precio; y finalmente, propuso las excepciones que nominó inexistencia de la obligación, carencia de acción y contrato no cumplido.

4. Trabada así la relación procesal, con aducción de pruebas de ambas partes se surtió la primera instancia, a la que el Juzgado del conocimiento le puso fin con sentencia de 23 de julio de 1970 mediante la cual denegó todas las súplicas impetradas en la demanda, absolvió a la entidad demandada de los cargos que en dicho escrito se formularon contra ella e impuso las costas a la demandante.

5. Como efecto de la apelación interpuesta por esta parte el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el que, por sentencia de 12 de abril de 1971, luego de revocar el fallo apelado, se declaró inhibido de decidir en el fondo la cuestión controvertida por falta del presupuesto procesal de demanda en forma.

II. *Motivación del fallo impugnado.*

1. Luego de expresar, citándolos según enumeración que de ellos ha hecho la doctrina, que los presupuestos procesales son requisitos cuya presencia es indispensable en todo caso para proferir sentencia de mérito, advierte el Tribunal que en este proceso se halla ausente el de demanda en debida forma por haberse ejercitado simultáneamente en el mismo libelo, a pesar de la prohibición contenida en el ordinal 2º del artículo 209 del Código Judicial, pretensiones que por inidentidad de sus trámites no es posible acumular en la misma demanda, cuales son, dice el sentenciador, la de resolución del contrato de compraventa, con las consecuencias inherentes; y la de "entrega o restitución del vehículo a la demandante".

En apoyo de su aserción, el *ad quem* afirma que la primera de estas dos pretensiones "se tramita por el procedimiento ordinario, ya que nuestro ordenamiento procesal no ha previsto ningún trámite especial para la decisión de la

acción respaldada sustancialmente en el artículo 1546 del Código Civil, y que el artículo 734 del Código Judicial dispone que el procedimiento ordinario es el que se sigue para ventilar y decidir cualquier controversia judicial cuando la ley no dispone que se observen trámites especiales o no autorice un procedimiento sumario''; y que la segunda, en cambio, tiene que seguir la ritualidad especial establecida para los juicios posesorios, según lo estatuido por el artículo 1117 del Código Judicial, en concomitancia con los preceptos 877 y siguientes *ejusdem*.

2. Para inferir que la acción deducida subsidiariamente en la demanda incoativa del proceso es la de tenencia que consagraba el artículo 1117 del Código Judicial, el sentenciador acomete el análisis de algunos de los medios de prueba aducidos al proceso.

En esta tarea se refiere primeramente al contenido de los hechos afirmados en la demanda, a las contestaciones correspondientes y a la respuesta que la demandada dio a la pregunta 15 de las posiciones por élla absueltas; y luego de extractar su contenido, expresa: ''ocurre que mientras la demandante afirma que fue la demandada quien se apoderó del bus 'motu proprio', ésta afirma que está en su poder como producto de un secuestro llevado a cabo contra la demandante en una acción ejecutiva iniciada para obtener el pago del precio''. Alude el fallador en segundo lugar, a los documentos contentivos del contrato de compraventa del vehículo ''(Fls. 7, 8, 9 y 10 del cuaderno 1º y 16 cua. 3º)'', y a la ''diligencia de inspección ocular (Fls. 31 y 32 cuaderno 3º)'', de todo lo cual deduce que el vehículo fue vendido con pacto de reserva de dominio ''al tenor de lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 45 de 1930, en armonía con el 1602 del Código Civil'', y que consiguientemente la demandante ''no adquirió ni el dominio ni la posesión sino la mera tenencia''.

III. *La demanda de casación y consideraciones de la Corte.*

Contra la sentencia de segundo grado la demandante interpuso recurso de casación. En la demanda respectiva y con fundamento en las causales primera y segunda del artículo 52 del Decreto 528 de 1964, entonces vigente, que equivalen a las previstas por los numerales 1 y 2 del artículo 368 del actual Código de Procedimiento Civil, le formula dos cargos, que la Corte procede a examinar en orden inverso al que aparecen propuestos, por exigirlo así el despacho lógico de los mismos.

Segundo cargo.

Mediante éste se acusa la sentencia ''de no estar en consonancia con las pretensiones de la demanda''.

En desarrollo de esta acusación el censor, luego de expresar que en este proceso ''la acción útil o procedente es la resolutoria del contrato'' que se encuentra configurada al través de las nueve primeras súplicas de la demanda, ya que la petición décima subsidiaria ''es totalmente ineficaz'', porque, agrega, ''la situación o acto jurídico a que puede referirse no está provisto de esa supuesta acción de restitución de la tenencia, puesto que el secuestro judicial configura una jurídica especial...'', asevera que el Tribunal se declaró inhibido de decidir sobre las verdaderas pretensiones deducidas en la demanda ''y en cambio basó su resolución en una pretensión inexistente e ineficaz''.

Se considera:

1. De acuerdo con la doctrina, ha dicho la Corte que los presupuestos procesales, entendidos como los requisitos exigidos por la ley para la regular formación del proceso, deben hallarse presentes para que el Juez pueda proferir sentencia de mérito; y que su ausencia lo conduce a un fallo inhibitorio, con fuerza de cosa juzgada formal pero no material, cuando se trate de incapacidad para ser parte o de inepta demanda, o a la declaración de nulidad de la actuación por indebida representación o incompetencia del juzgador.

Como estos requisitos implican supuestos previos a un fin pretendido, se impone al fallador, dado el carácter jurídico público de la relación procesal, el deber oficioso de declarar, antes de entrar a conocer y decidir sobre las pretensiones deducidas por las partes, si existen o no los presupuestos del proceso.

2. Cuando el Tribunal, por incorrecta interpretación de la esencia estructural de todos o de uno cualquiera de estos presupuestos previos, deduce la ausencia de uno o algunos de ellos en el proceso y por tanto profiere sentencia de forma en cambio del procedente fallo de fondo, su conducta lo conduce a infringir la ley sustancial, porque con ella deja de aplicar caso del pleito el precepto o preceptos correspondientes, debiendo haberlos aplicado.

En tal evento, para el restablecimiento de la norma sustancial quebrantada, es posible acusar la sentencia por la causal primera de casa-

ción, ya que la misión de la Corte, en el ámbito de ella, es la de velar por la recta inteligencia y la debida aplicación de las leyes sustanciales; pero no es dado acusar el fallo con fundamento en la causal segunda, sencillamente porque en la sentencia de contenido totalmente inhibitorio, como lo es la que aquí se impugna extraordinariamente, no es posible descubrir, por sustracción de materia, ninguno de los casos que configuran la inconsonancia, como son decidir sobre cuestiones no pedidas (extra petita), *o sobre más de lo pedido* (ultra petita), *o sobre menos de lo suplicado* (minima petita).

3. La Corte ha sostenido en repetidas ocasiones que cuando la sentencia es de índole inhibitoria, ineficaz es el reparo que por incongruencia se formule contra ella, porque el fallo de dicho contenido "decide solamente que en el proceso no concurren los elementos adecuados para la solución fundamental del litigio y, por eso, es improcedente en tal caso afirmar que hubo inconsonancia, cuestión que supone avocar y definir el mérito de la controversia, en cuyo caso es posible incidir en la desarmonía, elevada a causal de casación en el numeral segundo del artículo 520 del Código Judicial". (G. J., t. CVI, 183).

Por lo dicho, se desestima la censura.

Primer cargo.

Mediante éste se denuncia el quebranto indirecto, por falta de aplicación, de los artículos 1546, 1930, 1608 y 1609 del Código Civil, como consecuencia del "error de derecho" en que al decir del censor incurrió el Tribunal "al calificar o interpretar como lo hizo la súplica *décima* subsidiaria de la demanda como una acción posesoria regida por el procedimiento previsto en el artículo 1117 del Código de Procedimiento Civil, tendiente a recuperar para el demandante la *tenencia* del vehículo".

A intento de demostrarlo, dice el impugnador que tal error de derecho "proviene de que el sentenciador dejó de estudiar y apreciar las pruebas pertinentes del proceso que demuestran plenamente que la verdadera situación procesal y jurídica del bus vendido por la sociedad demandada a la señora demandante, es la de un estado de secuestro judicial". Entre las pruebas que en concepto del recurrente el sentenciador dejó de apreciar, incurriendo en error de hecho que toma por punto de partida para deducir el de derecho que denuncia, cita los oficios dirigidos por el Juzgado Veintiuno Civil Municipal de Bogotá al Departamento de Seguridad y a la Secretaría de Tránsito y Transportes, comunicando el decreto de embargo del vehículo y ordenando su captura; y la confesión de la demandada contenida "en las posiciones y la contestación de la demanda".

Y luego de transcribir los artículos 593, 597, 604, 606 y 608 del Código Judicial, atinentes a la ritualidad de las pruebas y a su valor demostrativo, expresa el impugnante que "frente a estos textos legales y confrontando el proceso, resulta plenamente demostrado que el Tribunal incurrió en el error de hecho manifiesto de que lo acuso en esta causal, consistente en haber dejado de apreciar las pruebas legales existentes en el juicio y legalmente eficaces para establecer la situación de secuestro judicial en que se encontraba el vehículo materia del litigio al tiempo de trabarse la presente litis".

3. Rematando la formulación del cargo, dice el acusador que la falta de apreciación de las pruebas aludidas condujo al Tribunal a estimar equivocadamente que se había deducido en la demanda "una acción especial sobre recuperación del vehículo que sirve de objeto a la acción principal", por lo cual, concluye el recurrente, "es evidente que el error jurídico en la calificación de la súplica *décima* subsidiaria de la demanda cometido por el Tribunal, determinó su resolución definitiva inhibitoria".

Se considera:

1. De la sola lectura del cargo que se estudia, claramente se advierte que el error de derecho que el censor imputa al Tribunal en la interpretación de la demanda se hace descansar en el yerro fáctico en que habría incurrido al dejar de apreciar las pruebas que indica el impugnador; es decir, que tomando como punto de arranque un supuesto error de hecho, de él se hace derivar el yerro de valoración probatoria que constituye el fundamento de la acusación. Resulta, empero, que tal forma de estructurar un cargo en casación es contraria a la técnica del recurso y por ende improcedente.

"Cada uno de los dos errores —ha dicho la Corte —el de *hecho* y el de *derecho,* asume una entidad específica propia en cuya virtud no pueden confundirse ni hacerse derivar el uno del otro, por lo cual, como lo dijo la Corte en sentencia de casación de 27 de abril de 1964, no puede hacerse de estos dos errores un compuesto como el que hizo el recurrente, para del error de hecho propuesto por punto de partida derivar el yerro de valoración como motivo de la trasgresión del derecho sustancial. En el me-

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

2. Pero no es solamente el anterior el único defecto de técnica que en su formulación ostenta el cargo en estudio. Porque si, como ha quedado visto, el "error de derecho" que la censura le endilga al sentenciador se hace consistir en que éste al interpretar la demanda consideró incoada en ella una pretensión de tenencia que al decir del recurrente es "inexistente e ineficaz", el yerro, en caso de existir, por referirse a la objetividad misma de la demanda considerada como elemento probatorio del proceso y no al juicio de valoración de una confesión contenida en ella, sería de hecho y no de *jure*. Consiguientemente debió plantearse la acusación dentro de los límites de aquél y no de los de éste, como aquí lo hace el impugnador.

Tiene dicho la doctrina que en la tarea de interpretación de la demanda es posible que el juzgador se equivoque, ya sea por contraevidencia respecto a las peticiones o a los hechos, o ya porque al valorar la confesión contenida en ella le de un mérito que no tiene o le niegue el que sí le corresponde, según la ley; y que solo en este último caso incurre en error de derecho, al paso que en el primero el yerro será de facto.

En sentencia de casación de 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". (XCII, 63).

3. Y si haciendo abstracción de los defectos de técnica indicados, la Corte debiera entrar al estudio del cargo en el fondo, considerándolo como formulado por error de hecho, tendría que decir que el yerro de esta índole imputado al Tribunal no existe, puesto que éste sí vio y consiguientemente consideró en su sentencia, tal cual aparecen en el proceso, tanto la demanda como las demás pruebas que en sentir del censor no fueron apreciadas.

En efecto: dedujo que la demanda trae acumulada subsidiariamente la pretensión de "entrega o restitución del vehículo", conclusión que guarda absoluta correspondencia con lo expresado en dicho libelo, puesto que en él, mediante su súplica décima, se pidió que "se condene a la sociedad 'Roldán Motor Ltda.', a entregar a la demandante señora Nohra Pulido de Murcia, el bus de que trata esta demanda"; y el *ad quem*, como aparece del extracto que de su fallo se hizo, para "desentrañar el título o *causa petendi* de esta súplica", acometió el estudio y consideración del hecho 9º expuesto en la demanda; de la contestación que a éste se dio; y, finalmente, de las posiciones absueltas por la demandada el 25 de abril de 1969, más concretamente la respuesta a la pregunta decimaquinta.

4. No encuentra, pues, la Corte, los errores de hecho que el recurrente le endilga al Tribunal en la apreciación de la demanda y otros medios de prueba producidos en el juicio; y, en esa virtud no hay base para estudiar si las normas de derecho sustancial a que el censor se refiere como infringidas a consecuencia de los errores de hecho alegados, fueron violados o no por el sentenciador.

No prospera, pues, el cargo.

IV. *Resolución.*

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia de fecha doce (12) de abril de mil novecientos setenta y uno (1971), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

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

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

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

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

BIBLIOTECA

OPOSICION A ADJUDICACION DE TIERRAS POR EL INSTITUTO DE LA REFORMA AGRARIA

Causal 4ª a quién corresponde alegarla.—Los artículos 669, 670 y 688 no son normas sustanciales.—Causal 1ª: debe citarse concretamente la norma violada y el concepto en que lo ha sido.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, D. E., 17 de marzo de 1972.

(Magistrado ponente: doctor Aurelio Camacho Rueda).

Decídese el recurso de casación, interpuesto por el demandante, contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, en el ordinario seguido por José Antonio Micán frente a Teófilo Coy.

I. *El litigio.*

1. Teófilo Coy solicitó al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, por conducto de la Alcaldía de Villavicencio y en escrito fechado el 12 de noviembre de 1962, la adjudicación del baldío llamado "El Silencio", ubicado en jurisdicción de ese municipio y con el área y por los linderos allí especificados.

2. Durante el trámite administrativo correspondiente, José Antonio Micán se opuso a dicha solicitud, por lo que, mediante providencia del 5 de marzo de 1964, fueron remitidas las diligencias al dicho Instituto, el cual las envió al Juez Civil del Circuito de Villavicencio, quien por auto del 15 de marzo de 1965, notificado el 20 siguiente, le señaló a Micán "el término de 20 días para que presente la demanda correspondiente".

3. Tal demanda fue presentada en su oportunidad, y en élla se solicitó que se declarara "fundada, sea en todo o en parte, la oposición formulada por mi mandante (Micán) a la solicitud de adjudicación de que se trata, y que yo formalizo por medio de la presente demanda". Pretensión esta que se basó en los siguientes hechos:

a) El demandado Teófilo Coy, incluye en el globo de terreno cuya adjudicación aspira dos inmuebles "de que es poseedor y colono cultivador" el opositor, uno de éllos "con cabida de 12 hectáreas, cercado en alambre de púas y postes de madera y cultivado íntegramente en platanera y pastos y colinda por varios costados con el terreno" solicitado por Coy; y otro, denominado "Cedro Grande", con una cabida aproximada de 80 hectáreas, cultivadas íntegramente.

b) El demandado no tiene derecho a la adjudicación solicitada, por cuanto para adquirir tierras por ese medio se requiere, "según el Código Fiscal, que el colono cultivador fundó o hizo la explotación económica por no menos de cinco años continuos, o es causahabiente a título universal o singular de dicho colono, cultivador o ganadero", y él no tiene siquiera "una huerta ni cultivo de ninguna clase".

4. Admitida que fue la demanda por auto del 20 de mayo de 1965, el demandado la contestó negando los hechos y oponiéndose, consecuencialmente, a las pretensiones impetradas.

5. Por auto del 16 de agosto siguiente, proferido por el Juzgado Civil Municipal de Villavicencio, a quien pasó el proceso por competencia, se declaró la "nulidad de lo actuado en este juicio a partir del auto admisorio de la demanda inclusive, de fecha mayo veinte de mil novecientos sesenta y cinco", debido a que dicha providencia no le fue notificada al agente del Ministerio Público, como lo manda el artículo 80 del Código Fiscal y según interpretación del mismo y de la Ley 110 de 1912 hecha

por esta Corporación. Providencia que se ejecutorió en virtud de haber sido aceptada por las partes.

6. A petición del demandado, el *a quo* declaró desierta la oposición formulada por Micán, por cuanto habiéndose declarado la nulidad anteriormente mencionada no se presentó nuevamente dentro del plazo que le fue señalado, como se dijo en el numeral 2 anterior. Apelada esta determinación, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, a petición de su colaborador fiscal, se abstuvo de conocer del recurso por cuanto no se notificaron al Agente del Ministerio Público ni el auto apelado ni el que concedió la alzada.

7. Por medio de escrito presentado el 2 de mayo de 1966, el demandante corrigió la demanda inicial, basándose en lo que disponía el artículo 208 del Código Judicial entonces vigente, para adicionarla así:

"La demanda debe ser notificada al señor Agente del Ministerio Público de conformidad con las normas del Código Fiscal, artículos 79 y 80.

"En lo demás tal como fue presentada oportunamente. Sírvase darle nuevo traslado del libelo así corregido al señor Teófilo Coy".

8. El Juzgado declaró "nulo lo actuado en este juicio" a partir del auto calendado el 21 de enero anterior, inclusive, o sea del que declaró desierta la oposición; posteriormente, según se lee en providencia del 1º de junio siguiente, no dio "curso a la corrección de la demanda propuesta por el apoderado de la parte actora", quien interpuso los recursos de reposición y apelación subsidiaria en escrito del 7 del mismo mes, en el que adicionó nuevamente la demanda inicial para solicitar, fundamentándose esencialmente en los mismos "hechos" en élla relacionados, que "en sentencia que haya de poner fin a este juicio ordinario se hagan las siguientes o parecidas declaraciones:

"1º Declárase fundada la oposición hecha por José Antonio Micán, en virtud de tener mejor derecho éste a la adjudicación a su favor de la porción que reclama, a la adjudicación de la finca El Silencio, solicitada por Teófilo Coy, ubicada en la fracción de El Cocuy jurisdicción del Municipio de Villavicencio, cuya alinderación (sic) aparece en la diligencia de inspección ocular practicada por el señor Juez Municipal Promiscuo de Villavicencio, dentro del expediente de solicitud de adjudicación efectuada el 9 de marzo de 1963; oposición admitida por 'Incora' en el auto del 9 de junio de 1964 y formulada en memorial al Alcalde de Villavicencio el 12 de noviembre de 1962.

"2º Se la condene en costas del juicio".

9. En providencia del 15 de junio de 1965, el Juzgado admitió "la anterior demanda ordinaria" y ordenó correr traslado de ella al demandado Coy; y tramitado el proceso sin más incidentes, fue fallado por medio de sentencia calendada el 17 de mayo de 1969, en la que se hicieron las declaraciones solicitadas por el demandante.

10. De esta providencia apeló el demandado, habiendo sido revocada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio por medio de la suya fechada el 20 de marzo de 1970, y resolvió en su lugar declarar "desierta la oposición formulada por el señor José Antonio Micán a la adjudicación solicitada por el señor Teófilo Coy López", con costas en ambas instancias a cargo del "demandante opositor". Contra ésta, la parte vencida interpuso el recurso extraordinario que la Corte decide.

II. *La sentencia acusada.*

11. Después de historiar el proceso, dice el sentenciador que, habiéndose basado el *a quo*, para proferir su decisión, en la demanda de corrección (numeral 8), deben sentarse ante todo las siguientes premisas:

a) La demanda con que se inicia un proceso debe llenar los requisitos que exigían los artículos 205 y 737 del Código Judicial vigente cuando se intentó el presente que, en caso de no ser llenados, o el Juez podía ordenar su corrección o el demandado proponer la excepción dilatoria de inepta demanda: mas, si ni Juez ni demandado obraban como queda dicho, y el defecto formal era de tal índole que hacía imposible un pronunciamiento de fondo, "el deber del juzgador es declarar su inhibición para decidir la controversia por causa de este impedimento legal", conceptos estos que respaldan en la siguiente doctrina de la Corte:

" 'La jurisprudencia nacional en casos como estos ha hablado impropiamente de una excepción perentoria (ineptitud sustantiva de la demanda o petición de modo indebido), cuando en rigor se trata de un impedimento procesal correspondiente (demanda en forma).

" 'Como es obvio, no basta cualquier defecto formal de la demanda para justificar la inhibitoria del juzgador, sino uno de tanta gravedad

como en los casos citados por vía de ejemplo'. (G. J. Tomo LXXVIII, pág. 348)".

b) Nota luego el fallador que, por la demanda inicial, se solicitó que se declarara bien fundada, en todo o en parte, la oposición formulada por el demandante; y que, en la corrección, el *petitum* fue diferente, ya que se solicitó que, para declarar fundada la oposición, se tuviera en cuenta que el demandante tenía mejor derecho que el demandado en la respectiva adjudicación, terminando su razonamiento de la siguiente manera:

"Las súplicas anteriores (las de la corrección), las apoya en los mismos hechos de la demanda inicial, con la diferencia de que en el 'tercero' engloba dentro de la finca 'Cedro Grande', la porción de terreno de doce (12) hectáreas, haciéndola aparecer ya como una sola finca y con superficie de 110 hectáreas en lugar de las 80 de la demanda inicial, lo que quiere decir que, al *adicionar* ésta, le hizo modificaciones sustanciales, sustituyendo el libelo por otro, el que le fue aceptado, por haber prosperado la reposición y con él se trabó la relación procesal en este juicio, sin que el demandado descorriera el traslado dentro de su oportunidad, por no haber contestado la demanda y al que en esas condiciones, se le puso fin con la sentencia recurrida y que al principio se dejó consignada.

"Así las cosas, la sustitución de la demanda se operó cuando ya había precluido el término de veinte (20) días, señalado por auto de fecha quince (15) de marzo de mil novecientos sesenta y cinco (1965), para formular la demanda, dejándose de un lado la que se había propuesto en su debida oportunidad por el doctor Alfonso Avila Cárdenas; como que la corrección —se repite— o *adición* que es lo mismo, se verificó con fecha 7 de junio de mil novecientos sesenta y seis (1966), es decir, después de más de un año de haberse formulado y presentado la demanda inicial y que el apoderado sustituto se encargó de hacer a un lado, por lo cual no hay lugar a entrar a resolver el fondo de la cuestión, precisamente por sustracción de materia, en razón de la extemporaneidad del nuevo libelo con que se inició este juicio y en virtud, se repite, a la *adición* o *corrección* de que ya se habló, sin que pueda argüirse, que la nulidad decretada a partir del auto admisorio de la primera, por no haberse citado al señor Agente del Ministerio Público, hubiera suspendido el término para su presentación, pues tal fenómeno ocurrió por propia culpa del actor y no porque el Juez se la hubiera devuelto en los términos del artículo 738 del Código Judicial".

III. *Demanda de casación y consideraciones de la Corte.*

Tres censuras formula el recurrente contra la sentencia anteriormente sintetizada: una, basada en la causal 4ª, y las otras dos dentro del ámbito de la primera del artículo 52 del Decreto 528 de 1964, que se entran a estudiar a continuación:

Primer cargo - Causal 4ª.

12. En sentir del recurrente el fallador violó el numeral 3º del artículo 448 del Código Judicial, al decir que la nueva demanda, a lo que equivale la de corrección o adición, fue presentada extemporáneamente, agregando que "si como dice el Tribunal sentenciador la demanda y su *corrección* o *adición* no fueron notificadas, se concluye que no hubo demanda y por consiguiente no debe haber sentencia de ninguna naturaleza y si hubo demanda se desconoció la norma sustantiva de procedimiento contenida en el artículo 471 del Código Judicial que ordena que las sentencias se formulan haciendo en la parte motiva una relación concisa en que consten los nombres y domicilios de las partes y el objeto del pleito, la prueba de los hechos importantes conexionados con las cuestiones de derecho que han de resolverse y expresando las disposiciones legales y las razones de justicia o equidad que constituyen los fundamentos de la decisión". Como el sentenciador —concluye— no "observó plenamente" los artículos 26 de la Constitución Nacional y 205, 448, 471 y 737 del Código Judicial, incurrió "en la nulidad alegada que ha venido a negar la vigencia de la Ley 110 de 1912 (Código Fiscal) y especialmente la Ley 135 de 1961, artículos 29 a 42 bis, en concordancia con la Ley 1ª de 1968, artículo 1º Ley 97 de 1948", por lo que el fallo "ha debido declararse favorable a una sentencia inhibitoria, por razón de la nulidad".

La Corte considera:

13. Cada una de las causales de casación, lo ha repetido la doctrina, tiene su técnica especial por cuanto en éllas se contemplan situaciones diferentes. En lo que hace a la causal cuarta alegada, el demandante debía reducirse a demostrar la respectiva nulidad, de conformidad

con los términos del artículo 448 del Código Judicial anterior, vigente al interponerse la demanda de que se trata, lo que está indicando que solamente por haberse incurrido en una de las nulidades allí establecidas podía censurarse la sentencia. Es impropio, al alegarse la causal en estudio, citar violación indirecta de normas sustanciales como consecuencia de una supuesta "falta de citación o emplazamiento de las personas que han debido ser llamadas a juicio". Cuando se alega nulidad, deben expresarse los hechos que constituyen la causal alegada, en qué consiste y, si se trata del numeral 3º del artículo 448 del Código Judicial, se debe indicar y determinar la parte no notificada o mal emplazada.

También es errado afirmar, como lo hace el censor, que en el caso de existir una nulidad procesal la sentencia debe ser inhibitoria. El juzgador debía obrar como lo indicaban los artículos 455 y 456 del anterior Código Judicial.

14. En cuanto a las demás afirmaciones que hace el recurrente para fundamentar su censura, se tiene lo siguiente:

a) El Tribunal no afirmó en su sentencia que "la demanda y su corrección o adición" se dejaron de notificar. El fundamento de su resolución, como se deduce claramente de las transcripciones hechas en el capítulo anterior, fue el de que la corrección introdujo "modificaciones" que alteraron los elementos constitutivos de la demanda inicial, habiéndose efectuado tal corrección antes de su admisión por cuanto se había declarado la nulidad de todo el proceso, a partir del auto admisorio de la demanda. Sí hubo demanda, concluye el fallador, pero su fecha es la del escrito de corrección; no la de presentación del inicial.

b) Cuando se alega una nulidad por falta de citación o emplazamiento, es la parte no citada o emplazada quien tiene el derecho de accionar o excepcionar por ese motivo. La censura dice que la demanda de corrección no fue notificada, de lo que se concluye, rectamente, que en élla se está afirmando que fue al demandado a quien no se citó al proceso. De manera que la acción correspondería a Coy y no a Micán. Sobre el particular, la Corte ha dicho:

"Enseña el artículo 457 del Código Judicial que la parte que no fue legalmente notificada o emplazada o que no estuvo debidamente representada en el juicio, puede pedir, por vía ordinaria, que se declare la nulidad de este, o puede oponer la causal como excepción cuando se trate de ejecutar la sentencia.

"Como se ve, el derecho de accionar o de excepcionar con base en la nulidad del juicio por los motivos indicados, no corresponde a cualquiera de los actores, sino privativamente a la parte ilegalmente notificada o emplazada o indebidamente representada. Es el interesado mismo quien puede alegar esos motivos de nulidad, y no su contraparte.

"Si tal personería se exige para promover el juicio por vía ordinaria y para la excepción cuando se trata de ejecutar la sentencia, la misma personería debe exigirse para alegar en casación nulidad del juicio con apoyo en los referidos hechos, pues no se ve razón para que tan sabias normas dejen de aplicarse en el recurso de casación. En este sentido se ha pronunciado reiteradamente la jurisprudencia de la Corte". (CX, 514).

c) Habiéndose notificado el auto admisorio de la demanda de corrección, como quedó visto, no pudo existir la causal de nulidad del numeral 3º del artículo 448 del Código Judicial, y, por consiguiente, violarse el artículo 26 de la Constitución Nacional, caso de que fuera procedente el cargo.

No prospera, pues, esta censura.

Segundo cargo - Causal 1ª.

15. Lo formula el recurrente así:

"Violación directa de la ley por falta de apreciación de pruebas e incurriendo en error de derecho.

"Consiste esta censura en que el Tribunal erró de derecho al dejar de apreciar los testimonios legalmente traídos al juicio, de los señores Luis María Aya, Manuel Díaz, Jorge Enrique Gutiérrez Alvarez, Miguel Antonio Gutiérrez y declaración ratificándose en la suya, de Jesús Tiuso, faltando motivación en la sentencia acusada, sin que tales testigos hayan sido tachados legalmente y sin que existan pruebas de que están impedidos"; se da el error de derecho "porque el artículo 601 del Código Judicial prescribe que las pruebas se deben apreciar por su estimación legal; porque la ley señala procedimientos para invalidar las pruebas como en los casos contemplados en los artículos 669 a 673 del Código Judicial", concluyendo que "al razonar así el Tribunal violó las disposiciones contenidas en el Código Judicial como son el artículo 688, el artículo 669, y el señalado como 670, en armonía con el artículo 601 de la misma obra que ordena que las pruebas se aprecien por su estimación legal; y a falta de esta con

los principios generales de equidad, conforme a los cuales debe mantenerse el principio que tutela el derecho de defensa, que lo mantienen ambas partes".

La Corte considera:

16. Como se vio, la censura se hace consistir en "violación directa de la ley por falta de apreciación de pruebas e incurriendo en error de derecho". Como la violación directa de la ley no puede tener relación con la apreciación probatoria del fallador, la Corte interpreta la demanda en el sentido de que el cargo se orienta por la vía indirecta. De lo contrario, no tendría lógica alguna. Ahora bien: "la causal primera de casación —ha dicho la Corte— consiste siempre en la violación de *ley sustancial,* violación que puede ser directa o indirecta. Por ley sustancial se entiende la norma que, previendo un hecho o aludiendo a él, le atribuye al mismo hecho consecuencias jurídicas, consistentes en otorgar un derecho subjetivo o en imponer obligaciones a la persona que toma parte en la ejecución de tal hecho. Solo el quebranto de una norma de esta índole puede producir la casación de un fallo. La infracción de preceptos adjetivos o instrumentales no es por sí sola suficiente para determinar la infirmación de una sentencia. En el campo de la causal primera, la violación de tal clase de preceptos no tiene trascendencia sino cuando, por causa de élla, se produce también el quebranto de disposiciones sustanciales". (Sent. oct. 10 de 1967, no publicada aún). Pero resulta que *las normas que el cargo analizado cita como violadas no son sustanciales; en efecto los artículos 669, 670 y 688 del Código Judicial vigente hasta el 30 de junio último, se limitaban, en su orden, a establecer principios de apreciación probatoria en general; a relacionar los impedimentos por parcialidad; a establecer los hechos y situaciones para que un testigo pueda ser considerado como sospechoso; y a ordenar la manera como deben ser recibidos los testimonios.*

No siendo, pues, sustancial ninguna de las normas que se dicen violadas, el cargo no existe.

Tercer cargo - Causal 1ª.

17. Lo enuncia así el censor:

"*Violación indirecta de la ley por error de hecho.* Incurrió el Tribunal fallador en error de hecho manifiesto al considerar que no encontraba demanda en los autos y absteniéndose voluntariamente en considerar la situación como no propia y legal para entrar al fondo del negocio. Entonces el error procede de no haber apreciado las pruebas sobre posesión material aducidas por el recurrente, y la inspección ocular que obra en juicio.

"La no apreciación de esos elementos probatorios condujo al Tribunal a violar por vía indirecta las disposiciones sustantivas que gobiernan la posesión, la adquisición de baldíos y totalmente las leyes que reglamentan el nuevo sistema que gobierna el régimen agrario.

"No tuvo el fallador ninguna prueba que demostraba la posesión material en forma permanente y habitual, porque si hubiera estudiado la totalidad del juicio no hubiera incurrido en el error de hecho que presento como violación indirecta de la ley.

"Cito como especialmente quebrantados por vía indirecta los artículos 762, 763, 764, 768, 769, 770, 772, 777, 780 del Código Civil, Ley 97 de 1946, artículo 1º al 16 y su decreto reglamentario número 547 de 1947, artículos 1º al 16 inclusive".

La Corte considera:

18. "Ha sido doctrina constante de esta Corporación, deducida del análisis del requisito de 'precisión' que exigía el artículo 63 del Decreto-ley 528 de 1964, que no basta para proponer formalmente un cargo en casación por la causal primera, expresar que se interpone por infracción de numerosas disposiciones de derecho sustancial, si al propio tiempo no se indica concretamente, y no de un modo general, cuál es la norma violada y el concepto en que lo ha sido, si por omisión, o por aplicación indebida, o por interpretación errónea. 'El deber que tiene el impugnante de indicar con precisión las disposiciones legales que pretende fueron violadas por el sentenciador, no se cumple haciendo enunciaciones generales, como es la cita que el recurso contiene de numerosos artículos del Código Civil. Tal forma de acusación es inoperante, en cuanto ciertamente le cae la tacha de imprecisión en la cita de los textos legales' ". (XCVII, 114).

Estos principios fueron repetidos, sintetizándolos más, en sentencia aún no publicada, proferida el 16 de octubre de 1967, en la que se dijo que "la técnica de casación no admite que simplemente se señale una serie de normas procesales y sustanciales violadas por el sentencia-

dor, sino que es indispensable que se precise en qué sentido fueron infringidas esas normas. No puede la Corte entrar oficiosamente a estudiar si la sentencia violó o no los preceptos indicados, sin que el censor anote en qué consistieron esas violaciones".

Por otra parte, y como consecuencia de lo anterior, también la doctrina tiene dicho que no puede prosperar el cargo por violación de normas no concretadas o indeterminadas.

Y habiéndose enderezado esta censura por la vía indirecta y por error de hecho, debe tenerse en cuenta que hay error de esta clase cuando "el sentenciador da por demostrado un hecho sin que en los autos aparezca la prueba del mismo, y también cuando existiendo la prueba no se la toma en cuenta o se le da por parte del fallador una significación ostensiblemente distinta al contenido mismo de la prueba, considerada independientemente de su valor probatorio". (Cas. mayo 24 de 1967), por lo que el censor no solamente debe citar las pruebas no tomadas en cuenta u ostensiblemente interpretadas en sentido contrario e indicar las normas sustanciales quebrantadas y el concepto en que lo fueron.

19. De la transcripción hecha en el numeral 17 anterior, se deduce que el cargo ofrece las siguientes fallas técnicas:

a) No se determinan todas las pruebas que el Tribunal, a juicio del censor, dejó de ver dentro de las aportadas legalmente al proceso, o que supuso existen en él, sin estarlo, o que fueron recortadas en su verdadero contenido, o aquellas a las que se les hizo decir lo que no expresan, ya que, fuera de mencionar en general y sin precisiones la "inspección ocular que obra en juicio", se refirió el censor a "las pruebas sobre posesión material", sin señalarlas específicamente.

b) Tampoco indica la censura el sentido en que fueron infringidas por el fallador las normas sustanciales que se dicen violadas y se limita a mencionar, sin más, "como especialmente quebrantados los artículos...".

c) Por último, el recurrente alega la violación en bloque de disposiciones legales al señalar como quebrantadas las normas contenidas en los artículos "1º al 16" de la Ley 97 de 1946 y "1º al 16 inclusive" del Decreto 547 de 1947.

Razones todas estas que hacen impróspero el cargo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio el 20 de marzo de 1970.

Costas a cargo del recurrente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

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

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

CONGELACION DE ARRENDAMIENTOS

Técnica de casación.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, marzo diez y siete de mil novecientos setenta y dos.

(Proyectó el Abogado Asistente Alberto Ospina Botero).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 7 de febrero de 1969, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el proceso ordinario de "Cine Colombia S. A.", contra Gaspar Tedesco F.

Antecedentes.

A. Ante el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Cali, la persona jurídica "Cine Colombia S. A.", citó a proceso ordinario a Gaspar Tedesco F., a fin de que se hiciesen las declaraciones siguientes:

"*Primera.* El demandado, señor Gaspar Tedesco no podía cobrar, como cobró, ni puede seguir cobrando a la sociedad demandante 'Cine Colombia S. A.', un precio superior al congelado por el Decreto número 1070 de 1956, que es el de un mil novecientos pesos ($ 1.900), como canon de arrendamiento de la parte del inmueble conocido con el nombre de *Teatro Colombia*, ubicado en la carrera tercera (3ª), con calle diez (10) y carrera primera (1ª) o Avenida Colombia de esta ciudad, parte del inmueble dicho que el expresado señor Tedesco adquirió por medio de la escritura pública número 2470 de 15 de julio de 1952 otorgada en la Notaría Primera de Cali, aclarada por la número 2908 de 13 de agosto de 1952 de la misma Notaría, y entregó luego, en calidad de arrendamiento, a la sociedad 'Cine Colombia S. A.', según contratos celebrados por documentos privados de fechas 15 de julio de 1952, 29 de julio de 1955 y 14 de septiembre de 1957, y al señor Santiago Isaza A. según contrato celebrado por documento privado de fecha 1º de marzo de 1954.

"*Segunda.* La sociedad arrendataria, a su turno, tampoco podía pagar, como pagó, ni puede seguir pagando al señor Gaspar Tedesco un precio superior al congelado por el Decreto número 1070 de 1956, que es el de un mil quinientos pesos mensuales, como canon de arrendamiento de la parte que en el terreno y edificación del Teatro Colombia de esta ciudad adquirió el mencionado señor Tedesco por escritura número 2470 de 15 de julio de 1952 de la Notaría Primera de Cali, aclarada por la número 2908 de 13 de agosto del mismo año y de la misma Notaría, y entregó luego, en calidad de arrendamiento a la sociedad Cine Colombia S. A., según contratos celebrados por documentos privados de fechas 15 de julio de 1952, 29 de julio de 1955 y 14 de septiembre de 1957, y al señor Santiago Isaza A. según contrato celebrado por documento privado de fecha 1º de marzo de 1954.

"*Tercera.* Como consecuencia de las declaraciones anteriores, el demandado, señor Gaspar Tedesco, está obligado a restituir a la sociedad demandante, Cine Colombia S. A., al día siguiente de quedar ejecutoriada esta sentencia, la suma de doscientos doce mil cien pesos ($ 212.100), que esta sociedad pagó de exceso al demandado durante los ciento un (101) meses comprendidos entre el 1º de septiembre de 1957 y el 31 de enero de 1966, por concepto de cánones de arrendamiento de la parte del inmueble a que se refieren las anteriores declaraciones, a razón de dos mil cien pesos mensuales de exceso, más los intereses corrientes de la indicada suma, liquidados desde las fechas de cada uno de los respectivos pagos mensuales hasta la fecha en que se efectúe la restitución.

"*Cuarta.* El demandado señor Gaspar Tedesco, está igualmente obligado a restituir a la so-

ciedad demandante, Cine Colombia S. A., al día siguiente de aquel en que quede ejecutoriada esta sentencia, toda suma superior a mil novecientos pesos mensuales que el señor Tedesco reciba en el futuro de Cine Colombia S. A., por concepto de cánones de arrendamiento de la parte del inmueble determinado en las declaraciones primera y segunda de esta sentencia, más los intereses corrientes de las sumas que excedan o sobrepasen de mil novecientos pesos mensuales, los cuales se liquidarán desde las fechas en que se verifique cada pago mensual futuro, hasta la fecha en que efectúe la restitución. La presente declaración se refiere a todo tiempo posterior al treinta y uno de enero de mil novecientos sesenta y seis en que siga cumpliéndose por las partes el contrato de arrendamiento celebrado entre Gaspar Tedesco y Cine Colombia S. A. por documento privado de fecha 14 de septiembre de 1957, antes citado.

"*Quinta.* Si la sociedad arrendataria así lo deseare, mientras continúe vigente el Decreto número 1070 de 1956 podrá continuar gozando de la parte del Teatro Colombia de esta ciudad que le fue entregada a título de arrendamiento por el señor Gaspar Tedesco, siempre que hubiere cubierto los respectivos cánones en su oportunidad de conformidad con el contrato celebrado por documento privado de fecha 14 de septiembre de 1957, antes mencionado, pero a razón no de cuatro mil pesos mensuales que se fijan como canon en dicho contrato, sino a razón solamente de un mil novecientos pesos mensuales, que es el canon congelado por dicho decreto para dicho inmueble.

"*Sexta.* Condénase al demandado, señor Gaspar Tedesco, a pagar las costas de este juicio, las que se tasarán y liquidarán oportunamente".

B. Como hechos fundamentales de su pretensión el demandante afirmó los que a continuación se compendian:

a) Por escritura número 2470 del 15 de julio de 1952 otorgada en la Notaría Primera del Circuito de Cali, aclarada luego por la número 2908 de 13 de agosto del mismo año, la entidad Cine Colombia S. A. dio en venta a Gaspar Tedesco parte indivisa del terreno y del edificio conocido con el nombre de "Teatro Colombia", ubicado en Cali, creándose con ello una comunidad entre vendedor y comprador.

b) El día 15 de julio de 1952 se celebró entre Cine Colombia y el comprador Gaspar Tedesco un contrato de arrendamiento por medio del cual el primero tomaba en la calidad de arrendatario el derecho cuotativo que adquirió el segundo.

c) En el contrato de arrendamiento referido se acordó como canon mensual la suma de un mil pesos ($ 1.000) por un término de tres meses, "prorrogable indefinidamente por períodos iguales, de tres meses cada uno y tal contrato se mantuvo vigente" hasta el 29 de julio de 1955, fecha en la cual las mismas partes celebraron un nuevo contrato de arrendamiento sobre el mismo bien, "con plazo de duración de dos años contados a partir del primero de octubre de 1955" y como canon mensual la suma de un mil quinientos pesos ($ 1.500). De este negocio jurídico quedaron excluidos un garaje, un pequeño local y un apartamento, por subsistir sobre dichos bienes un contrato de arrendamiento celebrado entre Gaspar Tedesco y Santiago Isaza.

d) Vigentes los contratos de arrendamiento referidos, el Gobierno Nacional dictó el Decreto-ley número 1070 de 9 de mayo de 1956, que declaró congelados los precios de los arrendamientos de las fincas urbanas en las ciudades capitales de los departamentos y en las de más de 50.000 habitantes, al precio que tales arrendamientos tuvieran el 31 de diciembre de 1955, "disponiendo, en consecuencia, que ningún arrendador podrá cobrar un precio superior al que devengaba por la misma propiedad en la fecha indicada".

e) Hasta el mes de agosto de 1957 Gaspar Tedesco recibió de Cine Colombia S. A., como canon mensual de arrendamiento, la suma de un mil quinientos pesos ($ 1.500), y de Santiago Isaza la cantidad de cuatrocientos pesos ($ 400.00), esto es, un total de un mil novecientos pesos mensuales ($ 1.900).

f) Desde el día primero de septiembre de 1957 hasta el día 31 de enero de 1966, la entidad Cine Colombia S. A., ha venido pagando a Gaspar Tedesco un canon mensual de arrendamiento de cuatro mil pesos ($ 4.000), con quebranto de la prohibición contenida en el artículo 1º del Decreto-ley 1070 de 1956, esto es, durante ciento un (101) meses el arrendatario Tedesco ha percibido dos mil cien pesos ($ 2.100) mensuales más de lo que podía cobrar conforme a dicho artículo, pese a que a partir de la primera fecha la sociedad arrendataria también tomó en esa condición la porción ocupada por Santiago Isaza.

g) Habituado el arrendatario Tedesco a obtener el pago del arrendamiento en las oficinas de la sociedad arrendataria, acudiendo aquél a

una conducta maliciosa se abstuvo de mandar a cobrar el canon correspondiente al mes de enero de 1965 para hacer incurrir en mora a ésta y por tal virtud poder promover el proceso de tenencia respectivo, el cual efectivamente se inició en enero de ese año.

h) El bien dado en arrendamiento por Gaspar Tedesco a Cine Colombia S. A. se describe en el último contrato, así: "...parte de un inmueble de mayor extensión conocido con el nombre de Teatro Colombia, situado en esta ciudad de Cali, con todas sus edificaciones, usos, anexidades y dependencias, incluyendo el apartamento de tres plantas distinguido con los números 10-56, 10-54 y 10-60 en la Avenida Colombia, comprendido dentro de los siguientes linderos: por el Norte, con la Avenida Colombia; por el Sur, con propiedad de la sociedad arrendataria en parte y en parte con predios de José María Angel, Félix Prieto, y herederos de David Bedoya y Ezequiel Hoyos; por el Oriente, con predios de propiedad de Ezequiel Hoyos; y por el Occidente, con propiedad de Cine Colombia S. A.".

C. Con oposición del demandado se adelantó la litis y el Juzgado del conocimiento desató la instancia en sentencia de febrero 26 de 1968, mediante la cual acogió las súplicas de la demanda. Apelada por el demandado esta decisión, el superior la confirmó en cuanto a la resolución de devolución de todo lo pagado sobre un canon superior a un mil quinientos pesos y la perduración de la tenencia y la revocó en cuanto a la condena líquida y los intereses causados, a efecto de disponer que la cuantía de los excedentes se establecerá mediante incidente y que en lo tocante a intereses no hay lugar a ellos.

D. Inconforme el demandado con la resolución del Tribunal, interpuso el recurso de casación.

La sentencia del Tribunal.

A vuelta de referir el Tribunal los antecedentes del litigio, se dio a la tarea de transcribir y analizar los Decretos 1070 de 1956 y 0699 de 1957, referentes a la facultad de solicitar la devolución de arrendamientos pagados en exceso, para sentar que dichas disposiciones tienen un doble ordenamiento: El relativo a la congelación de los cánones y al de la perduración de la tenencia.

Después de examinar los diferentes elementos de convicción incorporados al proceso, el juzgador de segundo grado saca como conclusión que el canon mensual del contrato de arrendamiento celebrado entre Gaspar Tedesco y la sociedad Cine Colombia S. A. quedó congelado el 31 de diciembre de 1956 en la cantidad de un mil quinientos pesos ($ 1.500), pese a lo cual el arrendatario pagó una suma superior "durante ciento un (101) meses transcurridos entre el 1º de septiembre de 1957 y el 31 de enero de 1966".

Posteriormente el sentenciador afirma que el Decreto 0699 de 1957 reglamenta lo relativo al derecho que le asiste al arrendatario para solicitar la devolución de los excedentes pagados como canon de arrendamiento, cuya acción puede ejercerse directamente ante la justicia ordinaria.

La demanda de casación.

Dentro del ámbito de la causal primera de casación, formula el recurrente cuatro cargos contra la sentencia del Tribunal.

Cargo primero. "Acuso la sentencia del Tribunal Superior de Cali, de fecha 7 de febrero de 1969, por ser violatoria de la ley sustancial, por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea".

A continuación el censor transcribe los artículos 1 a 7 del Decreto 1070 de 1956 y 1 a 6 del Decreto 0699 de 1957, para luego afirmar que la sentencia del Tribunal quebranta tales preceptos en cuanto sostiene dos cosas: "a) que los particulares pueden escoger el procedimiento y pretermitir, en el caso *sub júdice,* la actuación prejudicial administrativa; b) y cuando afirma que es opcional del particular recurrir a la jurisdicción ordinaria o a la administrativa. La sentencia, en consecuencia, viola los artículos 2 y 3 del Decreto 1070 de 1956, porque Cine Colombia S. A. no ocurrió previamente al Ministerio de Fomento, como ha debido hacerlo".

Cargo segundo. "Acuso la sentencia del Tribunal Superior de Cali de fecha 7 de febrero de 1969, por ser violatoria de la ley sustancial, por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea".

En el desarrollo del cargo afirma el censor que la sentencia quebranta los artículos 26 y 27 de la Ley 95 de 1890, puesto que "la comunidad tiene sus reglas propias, especiales y a ellas se deben someter quienes se encuentran en esa situación", sin que se les pueda aplicar el régimen jurídico atinente al control de arrendamiento, esto es, los Decretos 1070 de 1956 y 0699 de 1957.

Cargo cuarto. "Acuso la sentencia del Tribunal Superior de Cali, de fecha 7 de febrero

de 1969, por ser violatoria de la ley sustancial, por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea de los artículos 1687 y 1690 del Código Civil".

En desarrollo del cargo expresa el censor que hubo novación objetiva o por sustitución de objeto, con motivo de haberse celebrado entre las mismas partes dos contratos de arrendamiento, quedando subsistiendo las obligaciones del último y extinguidas las del primero, y el Tribunal violó la ley al tener en cuenta las obligaciones derivadas de este último.

Se considera:

1. Cuando de la causal primera de casación se trata, al quebranto de la ley sustancial puede llegarse ya por vía directa ora por vía indirecta. La infracción por la primera vía tiene lugar cuando independientemente de la cuestión de hecho, el fallo acusado no aplica al caso controvertido el precepto que lo regula, o entendida rectamente la disposición se aplica a un hecho o situación no regulado por ella, o le aplica el precepto pertinente, pero atribuyéndole un sentido y alcance que no le corresponde.

2. Estas tres formas de quebranto directo de la ley sustancial difieren fundamentalmente, pues no pueden presentarse en forma simultánea respecto de una o unas mismas normas, porque es un contrasentido que la sentencia haya quebrantado una misma norma a la vez, por falta de aplicación y por aplicación indebida del mismo precepto, habida consideración de que si se da la primera forma de violación incuestionablemente no tiene cabida la segunda; o por falta de aplicación e interpretación errónea, comoquiera que una forma excluye la otra.

3. El carácter eminentemente formalista y dispositivo del recurso extraordinario de casación, exige al censor, cuando acusa el fallo por vía directa que determine de manera clara y precisa por cuál de las tres formas referidas se ha producido el quebranto de las normas sustanciales, ya que no se ajusta a la técnica del recurso alegarlas a la vez con relación a un mismo precepto, como ya se observó.

4. A este respecto es doctrina reiterada de la Corte: "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 desatinadas, teniendo en cuenta que, según se observa atrás, todas ellas pueden operar cuando el quebrantamiento se ha producido por vía directa, y sólo las dos primeras, o sean la falta de aplicación y la aplicación indebida, cuando por la indirecta. No hacerlo así —y a la postre a ello equivale plantear la violación de una misma norma por más de una de dichas modalidades— equivale a dejar a la Corte en estado de perplejidad respecto a un punto que, como ese, es trascendental dentro de la proposición del cargo, y cuyo esclarecimiento y definición deja la ley exclusivamente a la iniciativa del recurrente, en ninguno a la de la Corte. Sabido es que la Corte no puede cumplir la tarea jurisdiccional que en cuanto órgano de casación le compete, sino dentro del itinerario lógico que al proponer los cargos le trace el recurrente, y que por ello no le es dado completar o perfeccionar ese derrotero cuando resulte trunco o defectuoso.

"Que en la órbita de la causal primera no puede acusarse una sentencia aduciendo, respecto de una misma norma y dentro de un mismo cargo, la violación de aquella simultáneamente por más de una de las modalidades que se han venido contemplando, lo tiene ya decidido la Corte". (Cas. Civ., enero 29 de 1970. T. CXXXIII, pág. 27).

5. En cada uno de los tres cargos que se estudian se denuncia simultáneo quebranto de unas mismas normas, por falta de aplicación, aplicación indebida e interpretación errónea, lo cual constituye una deficiencia técnica en su presentación, que le impide a la Corte elegir oficiosamente uno de los conceptos invocados por el acusador, lo cual es suficiente para rechazarlos.

6. Fuera de la deficiencia técnica observada, al cargo segundo se le apunta otra, consistente en acusar el fallo del Tribunal de violar los Decretos 1070 de 1956 y 0699 de 1957, sin precisar el artículo u artículos infringidos, pues reiteradamente ha sostenido la doctrina de la Corte que es antitécnico acusar la sentencia por violación de un decreto o de una ley que comprende varios preceptos, sin individualizar el censor cuál de las disposiciones, que conforman el estatuto, quebrantó la sentencia". (Cas. Civ., mayo 19 de 1965, aún no publicada).

7. Respecto del cargo cuarto, se observa además que las normas que allí se indican como quebrantadas no tienen el carácter de sustanciales, comoquiera que el artículo 1687 del Código Civil apenas define la novación y el 1690

señala las diferentes especies de dicha institución jurídica. Por lo demás tales normas aparecen extrañas a la pretensión y a la sentencia del Tribunal, que tuvo por fundamento preceptos bien diferentes.

Lo dicho es suficiente para concluir que los cargos no prosperan.

Cargo tercero. "Acuso la sentencia del honorable Tribunal Superior de Cali, de fecha 7 de febrero de 1969, por ser violatoria de la ley sustancial, por aplicación indebida e interpretación errónea de los contratos de arrendamiento, que dan origen a la presente acción".

En el desarrollo del cargo el acusador menciona los diferentes contratos de arrendamiento celebrados entre Gaspar Tedesco y Cine Colombia S. A. como también el celebrado entre el mencionado Tedesco y Santiago Isaza, para afirmar que son cuatro negocios jurídicos diferentes, ya que "tienen objetos distintos, partes distintas, precios distintos y fechas distintas... En el primer contrato, el del 1º de marzo de 1954, se arrienda un local, un garage (sic) y un apartamento; en el segundo contrato, se arrienda un local, con exclusión del apartamento; en el tercer contrato se arrienda, el objeto del segundo contrato a más del local, el apartamento y el garague (sic). Sobre esto no existe duda, pero sí la existe en cuanto a la interpretación y apreciación que de estos hechos dio el Juez de Primera Instancia y el honorable Tribunal Superior de Cali".

Agrega a continuación que "extinguidas las obligaciones del contrato de 29 de julio de 1955, surgieron las obligaciones del contrato del 14 de septiembre de 1957, distintas, comoquiera que había un nuevo decreto y un precio diferente". Con fundamento en esta reflexión, el censor acusa la sentencia de haber errado al afirmar que si dos terrenos contiguos "se unen para ser arrendados, subsisten los contratos anteriores de arrendamiento sobre cada uno de ellos", como también cayó en falencia el sentenciador al considerar "que el precio de dos bienes que se unen, es igual al valor de la suma de los precios de los predios".

La acusación concluye así:

"El contrato de 1957, de 14 de septiembre, no está, ni ha estado sometido al control de arrendamiento, *porque el objeto del contrato —como una unidad— no existía ni en 1956 y 1957,* fecha de los decretos invocados. No se olvide que la unión de los dos predios, el que tenía Isaza y el que tenía Cine Colombia fue posterior a la fecha de entrada en vigencia del Decreto-ley 1070 de 1956 y el Decreto 0699 de 1957".

Se considera:

1. Cuando el recurrente se apoya en la causal primera de casación para acusar la sentencia del Tribunal, debe expresar por cuál vía ataca al fallo de segundo grado, si por la directa o por la indirecta.

Elegida una cualquiera de las dos vías, la técnica del recurso le exige al censor que indique las normas sustanciales que estime violadas y el concepto de la violación, so pena de que la acusación quede trunca e ineficaz, pues la doctrina de la Corte tiene sentado que, "para que un cargo en casación, tocante con la causal primera, tenga entidad formal y sea, por tanto, susceptible de recibo, es preciso que se le formule y organice por violación, ya directa, ya indirecta de la ley sustancial, con señalamiento de las normas de esta especie que se supongan quebrantadas por la sentencia recurrida".

2. El cargo, como viene formulado, adolece de la falla fundamental de que el recurrente no citó las normas sustanciales que suponía infringidas. Cabe observar que la exigencia ineludible de señalar las normas sustanciales no puede darse por cumplida cuando el acusador menciona, en términos generales, dos decretos nacionales, sin individualizar el precepto que estima quebrantado por la sentencia.

Por lo dicho, se rechaza el cargo.

En armonía con 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 7 de febrero de 1969, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.

Con costas a cargo de la parte recurrente.

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

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

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

CONFLICTO DE COMPETENCIA

En proceso sucesorio.

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

(Magistrado ponente: doctor Humberto Murcia Ballén).

Encontrándose hoy legalmente surtido el trámite del incidente, procede la Corte a decidir este conflicto especial de competencia que en torno al conocimiento del proceso sucesorio de Miguel Angel Guerrero Portocarrero surgió entre los Jueces Sexto Civil del Circuito de Cali y Primero Promiscuo del Circuito de Tumaco.

I. *Antecedentes.*

1. Miguel Angel Guerrero Portocarrero murió el 5 de abril de 1971 y su óbito ocurrió, según lo dice el acta civil de defunción, en la casa número 5-81 del Barrio Santa Rita de la ciudad de Cali.

2. Por auto de 17 de junio de 1971 el Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de Tumaco, a instancia de Jesús María Rodríguez, declaró "abierto y radicado" allí el proceso sucesorio del citado Guerrero Portocarrero y reconoció al peticionario como heredero del causante, en su calidad civil de hijo natural.

3. Por su parte el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Cali, mediante auto del 28 de júlio siguiente, por demanda de la cónyuge *supérstite* y de algunos de los hijos legítimos del *de cujus,* resolvió abrir el proceso sucesorio del mismo causante; y, además, reconoció como interesados en la mortuoria a María Delfina Díaz del Castillo, en el primer carácter y en el segundo a Guillermo Angel, María del Tránsito y Lida Inés Guerrero Díaz.

4. Ante la coexistencia de los dos procesos, el apoderado judicial de los últimos herederos reconocidos solicitó que la Corte, en ejercicio de la atribución que le confiere el artículo 28 del Código de Procedimiento Civil, "dirima el conflicto de competencia y ordene la tramitación exclusiva del juicio por parte del señor Juez Sexto Civil del Circuito de Cali, por ser esta ciudad el último domicilio del causante".

A su solicitud el peticionario acompañó las siguientes pruebas: a) copia del acta civil de la defunción del causante, ocurrida en la ciudad de Cali el 5 de abril de 1971; b) las declaraciones de nudo hecho rendidas ante el Juez Tercero Laboral de ese Circuito por Guillermo Espinosa y Roberto Restrepo, quienes afirman que el último y único domicilio de Miguel Angel Guerrero fue la ciudad de Cali, donde vivió en compañía de su esposa y de sus hijos, y que solo accidentalmente viajaba al Municipio nariñense de Mosquera donde tuvo un negocio de aserrío de maderas; y c) copias expedidas por los Juzgados referidos de las actuaciones surtidas en el proceso sucesorio por ellos abierto, y certificaciones sobre su estado.

5. Admitido que fue el incidente, la Corte, una vez que llegaron a la Corporación los expedientes y luego de haber corrido el traslado legal a los interesados, dentro del término probatorio ordenó la ratificación de los testimonios, pero solo se obtuvo la de Roberto Restrepo.

II. *Consideraciones.*

1ª Según lo preceptúa el artículo 28 del Código de Procedimiento Civil hoy vigente, como también lo imperaba la ley procesal anterior, es atribución de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia dirimir los conflictos de competencia, que por razón del conocimiento de procesos civiles se susciten entre los tribunales superiores, entre un tribunal y un juzgado de otro distrito o entre dos juzgados de distintos distritos judiciales.

2ª A la luz de las disposiciones del estatuto procedimental de 1931 existía conflicto de competencia cuando dos jueces estimaban que a cada uno de ellos le competía el conocimiento de un asunto, o que a ninguno le correspondía. Había, pues, colisión de competencia positiva o por inhibitoria, en el primer caso; y negativa o por declinatoria, en el segundo.

3ª Consideró el legislador colombiano de 1970 que cuando de un litigio conocen simultáneamente dos jueces distintos, tal situación, obviamente irregular, puede sin embargo remediarse con el ejercicio de los medios de impugnación o a través de incidentes distintos del de colisión, y consiguientemente prescindió en principio de consagrar el conflicto de competencia positiva o por inhibitoria que establecía la legislación procedimental que rigió en el país hasta el mes de junio pasado.

En efecto, el actual Código de Procedimiento Civil en el Capítulo II, Título XI de su Libro Segundo, al reglamentar los "conflictos de competencia", estatuye mediante su artículo 140 que "siempre que el Juez declare su incompetencia para conocer de un proceso ordenará remitirlo al que estime competente; esta decisión será inapelable. Cuando el Juez que reciba el expediente se declare a su vez incompetente, solicitará que el conflicto se decida por la autoridad judicial que corresponda, a la que enviará la actuación".

En conformidad con el contenido de la norma transcrita existe conflicto de competencia cuando dos jueces o tribunales estiman, en desacuerdo, que a ninguno de ellos corresponde el conocimiento de un proceso. Pero para que surja el conflicto en referencia y para que por tanto pueda entrar a resolverse por la autoridad judicial respectiva, es indispensable que, según lo indica la disposición citada, enviado el negocio por el juez que se cree incompetente al que él estima que sí tiene atribución para su conocimiento, éste a su vez también se declare incompetente.

4ª El principio indicado no es sin embargo absoluto puesto que ese mismo legislador, al reglamentar el trámite del proceso sucesorio consagró para éste, a manera de excepción a la regla general, un conflicto especial de competencia positiva, al estatuir mediante el artículo 624 que "cuando dos o más jueces conozcan de la sucesión de un mismo difunto, cualquiera de los interesados podrá solicitar al juez o tribunal a quien corresponda dirimir el conflicto, que determine la competencia, siempre que en ninguno de los procesos hubiere sentencia ejecutoriada que apruebe la partición o la adjudicación de bienes".

En el caso que aquí se estudia, como se deduce de la relación de actos procesales que se hizo, no se trata de que tanto el Juez Promiscuo del Circuito de Tumaco ni el Sexto Civil del Circuito de Cali se hubieran considerado incompetentes para conocer el proceso sucesorio de Miguel Angel Guerrero, sino de que así el uno como el otro han asumido el conocimiento de la sucesión. Se está, pues, en presencia del conflicto especial previsto por el artículo 624 del Código de Procedimiento Civil, que la Corte debe resolver para impedir que continúe el trámite simultáneo de los dos procesos y ya que en ninguno de ellos se ha llegado a la etapa de la partición o adjudicación de los bienes herenciales.

5ª Al determinar la competencia por el factor territorial establece el artículo 23 del Código de Procedimiento Civil, en su regla 14, como también lo hacía la legislación procedimental anterior, que "en los procesos de sucesión será competente el juez del último domicilio del difunto en el territorio nacional, y en caso de que a su muerte hubiere tenido varios, el que corresponda al asiento principal de sus negocios".

Estando pues establecido legalmente el forum hereditatis *sobre la base del último domicilio del causante en el territorio nacional, y en el caso de que a su muerte lo hubiese tenido en distintos municipios, el que corresponda al asiento principal de sus negocios, con sujeción a la competencia por razón de la cuantía, debe la Corte, para dirimir el conflicto que aquí se presenta, examinar cuál fue el último domicilio que Miguel Angel Guerrero tuvo en el país.*

6ª De las declaraciones de nudo hecho acompañadas a la solicitud fue ratificada la de Roberto Restrepo Ríos, quien, dando amplias razones de sus dichos, afirma que por más de veinte años conoció a Miguel Angel Guerrero viviendo en la ciudad de Cali, en la Avenida del Río número 5-81, lugar donde tuvo su hogar doméstico, en donde siempre permaneció con su esposa y sus hijos; que "solo esporádicamente viajaba al Municipio de Mosquera (Nariño), donde tenía un negocio de aserrío de maderas que era administrado por su hijo Miguel Angel"; y que estos viajes "los hacía en muy raras ocasiones, ya que su permanencia habitual era esta ciudad de Cali".

La exactitud, precisión y claridad que ostenta esté testimonio le infunden veracidad a sus afirmaciones y da base para que la Corte, examinán-

dolo a la luz de la sana crítica, llegue a la conclusión de que evidentemente el causante Guerrero Portocarrero tuvo su último domicilio en la ciudad de Cali; que fue en este lugar en donde residió permanentemente junto con su esposa e hijos; y que si ocasionalmente viajaba al Municipio nariñense de Mosquera no estableció allí domicilio, por no haber tenido ánimo de permanencia.

Para corroborar esta conclusión la Sala toma en cuenta la manifestación que el citado Miguel Angel Guerrero hizo ante el Notario Segundo del Circuito de Cali el 30 de marzo de 1968, al otorgar la escritura pública número 1504, en la cual expresó ser vecino de esa ciudad; y, además, la copia del acta de su defunción expedida por el Notario 4º de dicha población, documento que acredita que su muerte ocurrió en Cali, "en la casa Avenida del Río número 5-81, Barrio Santa Rita".

7ª Estando pues debidamente acreditado que el último y único domicilio del causante Guerrero Portocarrero fue la ciudad de Cali, es el Juez Civil del Circuito de este lugar el competente privativamente para conocer de su sucesión, en primera instancia, por aplicación de lo imperado por los artículos 16-9 y 23-14 del Código de Procedimiento Civil. Así lo habrá de declarar la Corte decretando además la nulidad de la actuación surtida ante el Juez Promiscuo de Tumaco, por incompetencia, en acato a lo que manda el artículo 624 atrás citado.

III. *Decisión.*

Habida cuenta de las anteriores consideraciones la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil,

Resuelve:

1º Es el Juez Sexto Civil del Circuito de Cali el competente para conocer de este proceso sucesorio de Miguel Angel Guerrero Portocarrero;

2º En consecuencia, remítase el expediente a dicho funcionario;

3º Declárase nulo, por falta de competencia, todo lo actuado por el Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de Tumaco; y

4º Condénase en las costas de la parte anulada a Jesús María Rodríguez, por ser la persona que dio lugar a ella. La liquidación de esta condena se hará por el juzgado del conocimiento.

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

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

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

FILIACION NATURAL

Caducidad de la acción, muerto el padre.

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

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

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 4 de noviembre de 1970, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva en el proceso ordinario de Edgar y Socorro Cabrera contra Alicia Manrique Santacoloma y otros.

Antecedentes.

A. Ante el Juzgado Segundo Civil Municipal de Neiva, los mencionados Edgar y Socorro Cabrera, representados por su madre Rita Cabrera, presentaron demanda ordinaria contra Alicia Manrique Santacoloma viuda de Díaz López, Héctor y Camilo Díaz Manrique, en procura de que se hiciesen los siguientes pronunciamientos:

a) que los menores Edgar y Socorro Cabrera tienen la calidad de hijos naturales del doctor Angel Antonio Díaz López, ya fallecido, y que, consecuencialmente, tienen derecho a concurrir a la sucesión de éste;

b) que los demandados, como ocupantes de los bienes herenciales y sociales, deben restituir a los menores demandantes la correspondiente cuota de bienes junto con sus frutos, en el término que señale el Juzgado;

c) que se declare reformado el testamento otorgado por el doctor Angel Antonio Díaz López y que consta en la escritura número 188, de 9 de febrero de 1963, de la Notaría Primera del Circuito de Neiva, "para la integración de las asignaciones forzosas que corresponden a los menores Edgar y Socorro";

d) que se ordene tomar nota de lo conducente en el registro del estado civil y que se condene en costas a los demandados.

B. Como hechos de la *causa petendi* se relatan los siguientes:

a) en el año de 1953 el médico Angel Antonio Díaz López conoció a Rita Cabrera en la ciudad de Neiva cuando dispensaba a ésta una consulta tocante con su profesión y de inmediato se formó una amistad que no tardó en convertirse en un "entendimiento sexual estable, continuado y ostensible";

b) iniciada la convivencia, el doctor Díaz López le procuró a Rita Cabrera el aprendizaje de la modistería y la proveyó de una residencia construida en los predios de la finca "Remolino", todo a expensas del primero;

c) Rita Cabrera, una vez instalada en la habitación referida, era visitada varias veces por semana por el doctor Díaz López, "quien pernoctaba en la residencia, sin asomo alguno de ocultamiento de su presencia a vecinos y amigos";

d) a consecuencia de las relaciones sexuales de Díaz López con Rita Cabrera, ésta resultó en embarazo por el mes de agosto de 1955 y luego se produjo el nacimiento de María del Socorro;

e) Angel Antonio Díaz López, consciente de su responsabilidad y lejos de eludir sus deberes, acudió "presuroso a suministrar a Rita Elsa lo necesario para proveer a sus necesidades domésticas y al cuidado y crianza de Socorro, como el más solícito y tierno de los padres, con regular asiduidad";

f) fruto de las mismas relaciones, nació otro hijo el 24 de mayo de 1965 a quien se llamó Edgar;

g) con miras a proteger económicamente Díaz López a Rita Cabrera y a sus dos hijos, sumi-

nistró a ésta el dinero necesario para que adquiriera unos derechos herenciales vinculados a la finca "Remolino" y, luego de entrar la compradora en posesión material, Díaz López dispuso la construcción de otra casa para el alojamiento de sus hijos y la madre de éstos;

h) Angel Antonio Díaz López jamás desatendió las obligaciones para con "su amante Rita Elsa y los menores Edgar y Socorro, pues, desde las primeras aproximaciones sexuales, el médico tomó para sí el deber noble de la provisión de las necesidades materiales y sentimentales para Rita Elsa y los niños, a quienes permanentemente prodigaba lo de su manutención, ya en especie, bien en dinero y en ambas formas, directamente o por mediación de personas diputadas al efecto", su trato para con su "compañera y los niños fue siempre el que se estila entre padres e hijos";

i) Angel Antonio Díaz López, casado con Alicia Manrique Santacoloma, unión de la cual nacieron Héctor y Camilo Díaz Manrique, falleció en la ciudad de Neiva el 1º de mayo de 1965 y su última voluntad la consignó en el testamento de que da fe la escritura número 188, de 9 de febrero de 1963, de la Notaría Primera del Circuito de Neiva;

j) la cónyuge sobreviviente de Díaz López y sus dos hijos legítimos promovieron el proceso sucesorio hasta su finalización y entraron en la posesión material de cuantiosos bienes dejados por el causante.

C. La primera instancia culminó con sentencia de 13 de febrero de 1970, proferida por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Neiva, mediante la cual declaró a los menores Socorro y Edgar Cabrera como hijos naturales del doctor Angel Antonio Díaz López y absolvió a los demandados de las demás peticiones hechas en el libelo de demanda.

Apelada esta decisión por ambas partes, el Tribunal la confirmó en cuanto a la resolución sobre reconocimiento de la filiación natural y la revocó en el punto referente a la absolución, en cuyo lugar, declaró que los mencionados hijos naturales tienen vocación hereditaria, pueden concurrir a la herencia de Angel Antonio Díaz, se les debe restituir su cuota hereditaria y por tal virtud dispuso reformar el testamento, con costas de ambas instancias a cargo de la parte demandada.

D. Inconformes los demandados con la decisión del Tribunal, interpusieron el recurso de casación.

La sentencia del Tribunal.

Comienza el sentenciador por referir los antecedentes del litigio, y una vez estudiadas las causales de filiación natural invocadas y de expresar que son la 4ª y 5ª de que trata el artículo 4º de la Ley 45 de 1936, emprende el examen de la prueba, de la cual concluye que es bastante para demostrar la pretendida paternidad natural de Socorro y Edgar Cabrera con relación al doctor Angel Antonio Díaz López.

A continuación el Tribunal, en capítulo separado y bajo el epígrafe "del aspecto patrimonial", se da la tarea de analizar el tema de los derechos adquiridos por juzgarlo como la piedra angular del litigio. En este orden de ideas, con fundamento en los artículos 30 de la Constitución Nacional, 28, 34 y 37 de la Ley 153 de 1887 y 665 del Código Civil, afirma que los menores Socorro y Edgar Cabrera nacieron al amparo de la Ley 45 de 1936 en lo tocante a su estado civil de hijos naturales y a sus derechos patrimoniales.

Más adelante el Tribunal sienta la conclusión siguiente:

"Sólo nos falta entonces por examinar si las resultas de este pleito de filiación natural y de petición de herencia pueden arrebatarles a esos menores lo que adquirieron por ministerio de una ley anterior.

"El doctor Angel Antonio Díaz falleció el 1º de mayo de 1965. La demanda se presentó el 13 de noviembre de 1968 y la notificación a los demandados, o sea el perfeccionamiento de la relación jurídico-procesal se realizó el 15 de marzo de 1969. O sea que cuando este último acto se produjo, ya se hallaba en vigencia la Ley 75 de 1968, cuyo parágrafo del artículo 10 dispone: 'La sentencia que declare la paternidad en los casos que contemplan los incisos precedentes, no producirá efectos patrimoniales sino a favor o en contra de quienes hayan sido parte en el juicio, y únicamente cuando la demanda se notifique dentro de los dos años siguientes a la defunción'.

"Pero ya sentamos la premisa de que los menores Socorro y Edgar adquirieron sus derechos de estado y de herencia antes de entrar a regir la nueva ley.

"El ilustre maestro chileno comenta: 'La ley antigua rige solo, naturalmente, los actos jurídicos que se han realizado definitivamente con todos sus efectos bajo su imperio, sin que la nueva ley pueda afectarlos en ningún sentido'.

"La sentencia que hoy se profiere y que hace el reconocimiento de la filiación natural de los menores Socorro y Edgar Cabrera, con relación a su progenitor Angel Antonio Díaz López, no les va a conferir a tales personas el estatus civil de hijos naturales. Simplemente va a hacer la declaración jurisdiccional de un estado adquirido en el momento de su concepción. No es esta una providencia creadora, constitutiva de un estado o de un derecho, sino que tan solo da fe de ello, lo declara, le impone por así decirlo su adecuada investidura. Y al reconocer ese derecho, en esta providencia apenas declarativa de una gran verdad existente varios años atrás, tiene que hacer lógica y coherentemente la declaración de los derechos que al deferirse la herencia de su padre, ingresaron a su patrimonio, aunque no se hallen todavía en sus manos.

"La Ley 45 de 1936 se fundó en profundas motivaciones de orden social y humano, que iniciaron con ella una era nueva en la condición de los hijos naturales, y que prosigue su camino ascensional en busca de una sociedad más igualitaria.

"Una nueva etapa es la reciente Ley 75 de 1968, cuyo sentido y alcance es un clarísimo avance en esos mismos propósitos, y en cuyo articulado nada puede haber que afecte las conquistas jurídicas tan lenta y difícilmente logradas.

"Por ello el parágrafo del artículo 10 no puede pretender el cercenamiento del derecho que una ley anterior —la 45 de 1936— concedía a los hijos naturales de demandar el reconocimiento de su estado civil con la sola pauta, en el tiempo, de las normas generales sobre prescripción del Código Civil, en cuanto se refiere a los hijos nacidos dentro de su vigencia.

"Pero sí es prudente el recorte, para el futuro, del lapso de tiempo dentro del cual haya de proponerse la acción de estado, para la simultánea obtención de efectos patrimoniales. Así no quedarán en lo sucesivo y a partir de la sanción de la Ley 75, en indefinida expectancia, los asignatarios legítimos, de pleitos que puedan incidir en la liquidación y distribución de los bienes herenciales".

El recurso de casación.

Con fundamento en la causal primera del artículo 52 del Decreto 528 de 1964, a la sazón vigente, formúlase a la sentencia del Tribunal un solo cargo, en el cual se denuncia violación, por falta de aplicación, del inciso final del artículo 10 de la Ley 75 de 1968, y por aplicación indebida, de los artículos 18, 23 y 24 de la Ley 45 de 1936, 1274, 1275, 1277, 1322, 1323, 1324 y 1325 del Código Civil.

Comienza el censor por aclarar que no impugna en casación lo atinente a la declaratoria de filiación natural de Socorro y Edgar Cabrera, hecha por el Tribunal, sino los aspectos patrimoniales concedidos a éstos en el fallo de segundo grado.

A intento de demostrar el cargo, el acusador afirma que si la Ley 75 de 1968 fue sancionada el 30 de diciembre de ese año y publicada al día siguiente, su vigencia empezó dos meses después, vale decir, el 1º de marzo de 1969, salvo los artículos 9º y 30 que quedaron con "vigencia diferida".

Apoyado en esta afirmación dice el impugnador que el artículo 10 de la Ley 75, que establece un plazo perentorio y no una prescripción, entró en vigor el 1º de marzo de 1969 y por tanto aplicable al presente caso litigioso, y en explicación de los motivos que llevaron al legislador a consagrar dicho término, expresa:

"El motivo que impulsó al legislador colombiano a consagrar este plazo perentorio, o de rigor, o preclusivo o extintivo de la acción y el derecho, no fue otro que el de garantizar la seguridad jurídica. Hay, ciertamente, razones de orden social, familiar, estatal, que militan en favor de la pronta y rápida definición de los derechos de la persona en la sucesión de otro. No puede dejarse, indefinidamente la situación patrimonial en estado de interinidad, pues se quebraría el principio de la certeza y seguridad en los negocios jurídicos A este propósito atendía ciertamente, la prescripción, tal como está consagrada y continúa en vigor en la ley colombiana; bien sea para la adquisición de los derechos o la extinción de las acciones, como la petición de herencia, en 20 años; la reivindicatoria de herencia en 10 o 20 —ordinaria y extraordinaria—: la de nulidad o rescisión de la partición; la de reforma del testamento en cuatro años. (C. C. 2512, 2533, 1326, 1409, 1274, Ley 50 de 1936).

"Quiso sin embargo, el legislador de 1968 establecer especiales previsiones para el evento de que la acción de investigación de la paternidad se iniciara, no en vida del presunto padre, sino en contra de sus sucesores. En este caso la sentencia tiene aún un efecto más limitado, ya que sólo produce efectos patrimoniales a favor o en contra de las partes, y siempre que la demanda se notifique dentro de los dos años siguientes a la defunción. Es decir, que aparte del remedio

de la prescripción, y en forma autónoma e independiente del fenómeno prescriptivo, se consagra la nueva figura del plazo perentorio".

En seguida el impugnador dice que el aspecto de mayor relieve en el litigio se concreta al "llamado conflicto de las leyes en el tiempo", pues con fundamento en este punto se podrá determinar si es aplicable o no el artículo 10 de la Ley 75. Expresa que considera superfluo que el sentenciador haya abordado el tema de los derechos adquiridos y las meras expectativas y califica de equivocado el criterio expuesto en el fallo.

Más adelante afirma el censor que es "suficiente, para el propósito de fundamentar el ataque en casación, referir la norma que se estima violada —artículo 10 de la Ley 75 de 1968— a lo que el fallo en comento trae para diferenciar el efecto retroactivo del efecto retrospectivo de la ley. Y valen las consideraciones que allí se hacen para decir que, el hecho de que la nueva ley entre a regir de inmediato la situación referente a los efectos patrimoniales del fallo que se dicte en un negocio en curso, dando aplicación al artículo 10 de la Ley, no está haciendo producir a esta norma un efecto retroactivo.

"Por el contrario, las normas de interpretación de la ley contenidas en los artículos 17, 18, 19, 20, 25, 28, 34, 35 y 37 de la Ley 153 de 1887, están indicando cómo la nueva ley tiene aplicación inmediata para regular situaciones referentes al estado civil y a los derechos hereditarios, cuando lesiona derechos adquiridos. Pese a lo que en contrario dice el fallo del Tribunal, el ejemplo más completo y socorrido de lo que constituye una mera expectativa es el de la vocación hereditaria antes del fallecimiento del causante. O lo que para el caso de estudio es lo mismo, la vocación o pretensión hereditaria del hijo natural, antes del reconocimiento o declaración judicial de paternidad. Por cuanto la vocación hereditaria del hijo natural requiere para que nazca el derecho de herencia, el fallecimiento del padre, pero además, el reconocimiento voluntario o la declaración judicial del correspondiente estado civil, y más aún, ese estado civil, referido al padre".

El cargo lo remata el impugnador así:

"Para los efectos del artículo 10, basta confrontar dos fechas: la de la muerte del causante, y la de la notificación de la demanda a sus herederos. Y se tiene entonces que en el presente caso se opera el fenómeno de la extinción de los efectos patrimoniales de la sentencia sobre filiación natural, toda vez que entre una y otra fecha transcurrieron con exceso los dos (2) años previstos en la ley.

"Como queda expuesto, el honorable Tribunal dejó de aplicar la disposición que estimo violada, a un caso que requería su aplicación, y ello configura la causal invocada en el presente ataque en casación. La aplicación del artículo 10 de la Ley 75, en su último inciso, excluye, lógicamente, la aplicación de las normas que gobiernan el derecho hereditario de los hijos naturales, en concurrencia con los legítimos; y las acciones acumuladas en el presente juicio, sobre petición de herencia, reivindicación y reforma del testamento".

Se considera:

1. Respecto de la vigencia de la ley se distinguen tres períodos: a) el comprendido entre su entrada en vigor y su derogación; b) el que precede a su vigencia; y c) el posterior a su cesación.

Si en principio el primero y el último de los períodos indicados no ofrece mayor dificultad, en lo tocante a la aplicación de la ley, el segundo, en cambio presenta complicados problemas por razón del tránsito de legislación, en especial cuando la nueva norma no es lo suficientemente clara y previsiva, porque se puede dar el caso de que en relación con algunos hechos realizados al expirar una ley, se discuta si se rigen por ésta o por el ordenamiento posterior.

2. El problema que generalmente ocasiona la aplicación de la ley en el tiempo no es reciente, pues desde el derecho romano se ha tratado de resolverlo con apoyo en la máxima de que "rige hacia el futuro", principio que hoy se conoce con el nombre de irretroactividad, *que encuentra justificación en la seriedad y seguridad necesarias para que las personas no vean amenazados sus derechos por una legislación posterior.*

El legislador, con fundamento en estos principios generales y en el de los derechos adquiridos, se orientó por la irretroactividad de la ley, como norma general, pues al respecto basta observar lo dispuesto con relación al estado civil de las personas, a los derechos reales, a la sucesión testada e intestada, etc. (Artículos 23 del C. C., 17, 20, 21, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 31, 34, 37, 38 Ley 153 de 1887, 30 y 50 Const. Nal).

Es doctrina reiterada de la Corte "que las leyes han de tener efecto y aplicación para el porvenir y no para el pasado, a menos que el legislador expresamente diga lo contrario, lo que

equivale a decir que ellas en principio no tienen efecto retroactivo, esto es, que las situaciones jurídicas alcanzadas durante el período de vigencia de determinado precepto no pueden ser vulneradas por una nueva disposición. La irretroactividad de la ley encuentra su fundamento esencial en serios motivos de conveniencia y seguridad, que tienden a dar estabilidad al orden jurídico". (Cas. Civ., de 2 de noviembre de 1971, aún no publicada).

3. De acuerdo con los principios expuestos y que controlan la aplicación de la ley en el tiempo, se tiene que el artículo 10 de la Ley 75 de 1968 dispone que muerto el presunto padre, la acción de investigación de la paternidad natural podrá adelantarse contra su cónyuge y herederos, y que la sentencia declarativa de la paternidad "no producirá efectos patrimoniales sino en favor o en contra de quienes hayan sido parte en el juicio, y únicamente cuando la demanda se notifique dentro de los dos años siguientes a la defunción".

4. Si en este caso se presentó demanda de investigación de la paternidad natural durante la vigencia de la Ley 45 de 1936, la caducidad establecida en el artículo 10 de la Ley 75 le es inaplicable, so pena de darse al ordenamiento últimamente citado efecto retroactivo. En reciente doctrina de la Corte, referente a la aplicabilidad del artículo 10 de la Ley 75 de 1968, afirmó que como dicha "ley fue sancionada el 30 de diciembre de ese año y publicada en el Diario Oficial del día 31, no puede aplicarse a los procesos iniciados bajo el imperio de la Ley 45 de 1936 que no señalaba plazo alguno para el ejercicio de la acción de filiación natural, máxime cuando, como acontece en el caso sub lite, *el auto admisorio de la demanda había sido notificado a los demandados con antelación a la vigencia del nuevo estatuto.*

"Si la Ley 45 de 1936 no señalaba término de caducidad para el ejercicio de dicha acción después de muerto el presunto padre natural, y si las acciones de declaración de estado son imprescriptibles, síguese que el pretendido hijo podía instaurar en cualquier época su demanda de filiación natural, y que al hacerlo quedaba colocado en una situación jurídica concreta que la ley posterior no puede desconocer. El Tribunal no podía hacer actuar en este proceso el artículo 10 de la Ley 75 precitada, pues ello hubiera equivalido a darle efecto retroactivo, y, en consecuencia, mal pudo infringirlo por falta de aplicación". (Sentencia de 23 de agosto de 1971, dictada en el juicio ordinario de Heriberto Garrido contra Genivera Rivera viuda de Cifuentes, aún no publicada).

5. Como en el presente litigio la demanda se presentó el día 13 de noviembre de 1968, el sentenciador de segundo grado no podía aplicar irrestrictamente el artículo 10 de la Ley 75. Por consiguiente, no quebrantó la ley sustancial en el sentido indicado por el censor.

Por lo dicho, el cargo es impróspero.

En armonía con 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 4 de noviembre de 1970, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva en el proceso ordinario de Edgar y Socorro Cabrera contra sucesores de Angel Antonio Díaz López.

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

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

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

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

NULIDAD DE CESION DE DERECHOS SOCIALES

Ilegitimidad de personería.—Prueba de la demencia.

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

(Proyectó el Abogado Asistente Alberto Ospina Botero).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 16 de noviembre de 1970, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar en el proceso ordinario de Luis Alfonso Mendoza Amórtegui contra la sociedad "Valle Gas Ltda.", representada por Eugenio Bonett Trujillo y José de Dios Neira Lobo.

Antecedentes.

A. Ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Valledupar, el mencionado Luis Alfonso Mendoza presentó demanda ordinaria contra la sociedad "Valle Gas Ltda.", a fin de que se hiciesen las siguientes declaraciones principales:

a) Que es nulo el contrato referente a la cesión de derechos sociales, celebrado entre Luis Alfonso Mendoza Amórtegui y Eugenio Bonett y José de Dios Neira, y que por tal virtud, el primero "es nuevamente socio" de la empresa "Valle Gas Ltda.".

b) Que "los demandados procedieron de mala fe y por tanto son responsables de la pérdida de bienes o de su deterioro, de intereses y frutos, y no son acreedores sino únicamente a las mejoras necesarias".

c) Que es nula "la escritura pública número 824, de 11 de diciembre de 1967, registrada el 15 de febrero de 1968".

d) Que como consecuencia de las anteriores declaraciones se disponga la cancelación de la mencionada escritura y se declare "la vigencia de la número 595, de 7 de septiembre de 1967", para lo cual se oficiará a la Notaría y a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos correspondiente.

e) Que se condene en costas a los demandados.

B. De manera subsidiaria, el demandante pidió que se hiciesen los pronunciamientos siguientes:

a) Que se declare rescindido el contrato "por medio del cual el demandante hizo cesión de sus derechos sociales de la empresa "Valle Gas Ltda." a los señores Bonett Trujillo y Neira Lobo", y que por consiguiente el primero es nuevamente socio de la mencionada empresa comercial.

b) Que como consecuencia de la declaración precedente, se ordene la cancelación de la escritura pública número 824, de 11 de diciembre de 1967 y asimismo se disponga "la vigencia de la escritura pública número 595, de 7 de septiembre de 1967", por medio de la cual se constituyó la sociedad "Valle Gas Ltda.", para lo cual se ordenará oficiar a la Notaría del Circuito y a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos.

c) Que los demandados tienen la opción "de completar el precio justo dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de la sentencia definitiva y que son responsables de los intereses y frutos desde la fecha de la demanda".

d) Finalmente solicita que a los demandados se les condene en costas.

C. Como elementos de hecho de la *causa petendi* refiérense los siguientes:

a) Mediante escritura pública número 595, de 7 de septiembre de 1967, se constituyó la sociedad comercial "Valle Gas Ltda.", con un capital de doscientos noventa mil pesos ($ 290.000), destinada a la distribución de gas propano y conformada por los socios Eugenio Bonett Tru-

jillo, José de Dios Neira Lobo y Luis Alfonso Mendoza Amórtegui.

b) El 11 de diciembre de 1967, los socios Bonett Trujillo y Neira Lobo adquirieron los derechos sociales correspondientes a Luis Alfonso Mendoza, en la suma de doscientos cuarenta y dos mil pesos ($ 242.000), de lo cual da fe la escritura pública número 824, de la fecha antes citada y otorgada en la Notaría del Circuito de Valledupar.

c) "Al momento mismo de la celebración del contrato y después de éllo", el contratante Luis Alfonso Mendoza "tenía una anomalía patológica de la función síquica que no le permitía la consciente expresión de su voluntad para obrar".

d) A la fecha de la celebración del contrato de cesión entre Mendoza y los socios Bonett y Neira Lobo, el capital de la empresa y su *good will* ascendía a la suma de novecientos cincuenta mil pesos ($ 950.000), y a pesar de éllo el socio enajenante recibió una cantidad inferior "a la mitad del justo precio".

e) Los demandados "procedieron con absoluta mala fe al aprovecharse del estado mental del señor Mendoza".

D. La primera instancia culminó con sentencia de 17 de septiembre de 1968, proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Valledupar, desfavorable a la parte demandante, pues ni accedió a la petición principal de nulidad ni a la subsidiaria de rescisión por lesión enorme. Apelada esta decisión, el Tribunal la confirmó según sentencia de 17 de noviembre de 1970.

E. Inconforme el demandante con la resolución del Tribunal, interpuso el recurso de casación.

La sentencia del Tribunal.

A vuelta de referir el sentenciador de segundo grado los antecedentes del litigio, emprende a continuación el análisis de los requisitos necesarios para la validez de los actos jurídicos y de la prueba incorporada al proceso, para llegar a la conclusión de que los medios de convicción no han tenido la fuerza suficiente para destruir la presunción de que los "actos y contratos celebrados por una persona sin previa interdicción", son válidos, como norma general.

Posteriormente el sentenciador se ocupa de la acción de rescisión por lesión enorme, propuesta de manera subsidiaria, para llegar a la conclusión de que también debía despacharse desfavorablemente, pues no logró establecerse el valor real de los bienes al momento de la celebración del contrato, como mucho menos pudo comprobarse "que el precio recibido referente al inmueble vendido es inferior a la mitad de su valor real y a la época del contrato".

La demanda de casación.

Seis son los cargos que se formulan a la sentencia del Tribunal, los tres primeros dentro del ámbito de la causal primera de casación y los restantes del resorte de la causal cuarta.

Por cuestiones de método y por haber conexión de materia, se estudiarán conjuntamente y en primer orden, los tres últimos.

Cargo cuarto.

Estima el recurrente que el proceso se halla viciado de nulidad por ilegitimidad de personería en la parte demandada al no haberse demostrado la existencia de la sociedad "Valle Gas Ltda.", ni la identidad de las personas con derecho a representar a dicha parte, por lo cual "la actuación quedó colocada exactamente en la hipótesis del ordinal 2º del artículo 448 del Código Judicial".

Cargo quinto.

Se acusa la sentencia "porque el Tribunal dejó de declarar la nulidad contemplada por el numeral 2º del artículo 448 del Código Judicial que se refiere al caso de ilegitimidad de la personería en quien figure como apoderado o representante de cualquiera de las partes".

En desarrollo del cargo, el censor afirma que el vicio de nulidad radica en la forma como los demandados otorgaron poder al abogado para que los representara en la litis, pues al efecto dice que "los únicos documentos relativos a la constitución de poderes por la parte demandada son los visibles a los folios 16 y 34 del cuaderno número 1. El primero está suscrito por José de Dios Neira y el segundo por Eugenio Bonett. En el memorial presentado por Neira, las facultades conferidas a su apoderado doctor Tobías Murgas Cotes quedaron limitadas a contestar la demanda y, aunque en el poder conferido por Bonett al mismo abogado Murgas Cotes, se habla de juicio, el memorial está redactado en tér-

minos confusos, ya que empieza manifestando que 'coadyuvo en el poder conferido por mi socio señor José de Dios Neira al doctor Tobías Murgas Cotes para que conteste la demanda en el juicio de la referencia', y solamente al final del escrito amplía el poder conferido a la representación en todo el juicio. Aparece así un juego habilidoso y doble por parte de los señores representantes de la sociedad demandada, por cuanto si la sentencia les era favorable podían guardar silencio sobre la nulidad ladinamente creada por ellos, y si les era adversa, podían oponerse a su ejecución, y pedir que se declarara la nulidad según los términos del artículo 457 del Código Judicial''.

Cargo sexto.

Con fundamento en la misma causal de casación, afirma el recurrente que el proceso es nulo por ilegitimidad de personería de la parte demandada.

Sustenta su cargo como sigue:

''En efecto, de acuerdo con la interpretación que de la demanda hizo el Tribunal de Valledupar en el párrafo inicial de la sentencia materia de la presente demanda, el demandante fue Luis Alfonso Mendoza Amórtegui y los demandados José de Dios Neira y Eugenio Bonett. Pero mientras la personería del apoderado del demandante se halla legalmente acreditada en autos, el apoderado de los demandados solamente fue reconocido como personero de la sociedad ''Valle Gas Ltda.'' pero no como representante de los señores Neira y Bonett, ya que los poderes que éstos otorgaron lo fueron en su condición de representantes de la sociedad y no como personas naturales. Así, Neira y Bonett, únicos demandados según la interpretación de la demanda hecha por el Tribunal, estuvieron ausentes a todo lo largo del juicio y es antijurídico que se les tome en cuenta, para absolverlos, en la parte resolutiva de la sentencia. Si me es permitido afirmaré que el juicio es algo más que nulo, es inexistente porque allí no hubo parte demandada que actuara válidamente, no hubo notificación de la demanda ni pudo formarse litis contestatio alguna que pudiera ser desatada por la sentencia. El doctor Tobías Murgas, quien obró en el juicio como mandatario judicial de la parte demandada, nunca recibió poder que autorizara sus actuaciones en representación de Neira y Bonett ni fue reconocido por el Juez como apoderado de aquellas personas. Por último se observa en relación con los poderes otorgados por Neira y Bonett al doctor Murgas Cotes, visibles a los folios 16 y 34 del cuaderno número 1, que ni el uno ni el otro fueron considerados por el Juez, por lo cual hay que concluir que la parte demandada, cualquiera que haya sido, no estuvo legalmente representada en el juicio. Así la nulidad de la actuación salta a la vista, según lo preceptuado por el artículo 448 del Código Judicial, y se configura con toda claridad la causal de casación prevista por el numeral 4º del artículo 52 del Decreto 528 de 1964''.

Se considera.

1. En la ley, vigente a la sazón, se señalaba como causal de nulidad la ilegitimidad de la personería en cualquiera de las partes, o en quien figurara como su apoderado o representante. Esta causal se refería a la indebida representación en el proceso, más no tocaba con el presupuesto procesal de la capacidad para ser parte. El defecto de personería con alcances de nulidad tenía lugar cuando se gestionaba por medio de apoderado con alguna deficiencia o informalidad del poder, cuando las partes no eran hábiles para comparecer por sí mismas en el proceso y la representación correspondiente no estaba debidamente acreditada. La falta de prueba de la existencia de la sociedad no genera nulidad sino que su consecuencia sería un fallo inhibitorio por carencia de un presupuesto procesal.

2. Tiene sentado la doctrina que la ilegitimidad de la personería de las partes o en quien figure como su apoderado o representante, no corresponde alegarla como nulidad en casación a cualquiera de los litigantes, sino de modo privativo al indebidamente representado, pues si la ilegitimidad de personería conculca el derecho de defensa, solo el lesionado tiene interés jurídico para alegar el vicio.

3. La Corte, de manera reiterada y uniforme, ha reflexionado sobre la titularidad de las partes para invocar la nulidad por ilegitimidad de personería, y al efecto tiene sentado: ''Mas cuando se halla al arbitrio de la parte indebida o deficientemente representada, y no de su adversario, dar su aquiescencia expresa o tácita para la plena validez de lo que a su nombre actuara otra persona con mandato deficiente o aun sin poder (3º y 4º, 450); y comoquiera que es a la parte que no estuvo debidamente representada en el juicio a quien titulariza el artículo 457 para ejercer la acción o excepción

de nulidad, de manera inmediata se desprende que el interés jurídico para formular el cargo en casación pertenece exclusivamente a esa misma parte que no estuvo bien representada en el proceso, y no a la contraparte". (Cas. Civ. 14 de noviembre de 1961, T. XCVIII, pág. 168). "La ilegitimidad de personería no puede ser alegada con eficacia legal por cualquiera de las personas que intervienen en el litigio judicial; la razón jurídica de esta causal general de nulidad, que no es otra que la violación del derecho de defensa, circunscribe el interés indispensable para pedirla a la persona o parte que no haya estado debidamente representada en el juicio". (Cas. Civ. 11 de agosto de 1966. T. CXVII, pág. 198).

4. En este proceso es la parte demandante la que alega en casación la nulidad por ilegitimidad de personería de la parte demandada. Mas como ya se dijo dicha parte no tiene el debido interés jurídico para alegarla, se deduce que los cargos cuarto, quinto y sexto no están llamados a prosperar.

Por lo dicho, se rechazan los cargos.

Cargo primero.

Versa sobre quebranto indirecto, por falta de aplicación, de los artículos 1502, 1504 y 1741 del Código Civil, a consecuencia de errores de derecho en la estimación que de la prueba hizo el sentenciador de segundo grado. Y como violación medio cita los artículos 594, 601, 662 y 665 del Código Judicial

El cargo lo sustenta el censor en las siguientes afirmaciones:

a) Que el sentenciador se abstuvo de analizar las diversas y numerosas pruebas allegadas a los autos, porque si bien se detuvo en el examen del dictamen pericial rendido por los doctores Roberto Serpa Flórez y Mario Olarte Peralda, "los testimonios los desecha en tres renglones incidentales con la inaceptable consideración de que 'carecen de valor científico que es lo que debe tenerse en cuenta para este caso, por lo que la Sala tampoco puede darles ningún valor probatorio'. No hay duda de que el Tribunal confundió en este pasaje la naturaleza de la prueba testimonial con la prueba técnica que sólo suministran los peritos".

b) Que el sentenciador al pretermitir el examen coordinado y de conjunto de los medios de convicción, eliminó de la lista, con tal proceder "la prueba indiciaria tan apreciada por la ciencia probatoria... En el caso de autos, en el cual, habida consideración de la naturaleza del fenómeno que se trata de probar, o sea, la perturbación sicológica y mental de uno de los contratantes, fenómeno que no es susceptible de comprobación directa, y donde la prueba indirecta o de indicios es la única posible, el fallador no puede dejar de apreciar en su conjunto los elementos probatorios... Esto fue lo que por manifiesto error de derecho dejó de hacer el Tribunal".

c) Que el dicho de los testigos Manser Segundo Cárdenas, Jorge Fermín Sánchez Guarín, Luis Enrique Quasth Prado, Dalba Socorrás Montalvo y Manuel Gutiérrez Acosta, médico el último, ponen de presente la ingerencia de "pastillas" y el estado depresivo y excesivamente nervioso de Luis Alfonso Mendoza Amórtegui, hasta el punto de que el último de los deponentes "le aconsejó que se trasladara a un centro como Bucaramanga o Bogotá, a una clínica de reposo para que lo tratara un especialista". Que bajo el peso de esta depresión y angustia Alfonso Mendoza firmó la escritura número 824, de 11 de diciembre de 1967, de la Notaría Pública del Circuito de Valledupar.

d) Que si bien el Tribunal acepta que el dictamen no fue objetado y que reúne los requisitos para su validez, lo desestima con todo tratarse de un trabajo técnicamente elaborado, uniforme, explicado, debidamente fundamentado y los peritos son especialistas en enfermedades mentales y gozan de prestigio y responsabilidad". A continuación el censor afirma que si el Tribunal no aceptó la demencia de Mendoza porque juzgó que los peritos médicos, para rendir el dictamen, se apoyaron en relatos hechos por el mismo demandante que es parte interesada, lo cierto es que "lo que los científicos buscaban al escuchar a Mendoza era un campo de observación de su comportamiento sicológico". De otra parte el acusador estima que tampoco hay acierto en el Tribunal al calificar de inverosímil lo conceptuado en el dictamen por el hecho de haber suscrito Mendoza una carta y unas letras de cambio en diciembre de 1967, porque "ni la carta ni la presentación de las letras, son hechos demostrativos de la sanidad mental de Mendoza".

El cargo lo remata el impugnador así:

"En conclusión la sentencia acusada no solamente no tomó en cuenta por error manifiesto ninguna de las pruebas presentads por el demandante en su valor probatorio, sino que se abstuvo de aprovechar la luz abundante que brota del conjunto de los elementos de prueba

llevados al expediente, porque todos ellos son indicios congruentes, armónicos que en su conjunto tienen plena fuerza de convicción y no dejan duda sobre la perturbación mental padecida por Mendoza en el momento de contratar".

Se considera.

1. De modo exhaustivo la jurisprudencia tiene declarado que en la acusación por error de derecho debe el censor concretarse a demostrar que la sentencia del Tribunal "ha fundado su decisión en una o más pruebas producidas por fuera de las normaciones legales, o que les ha atribuído el mérito que no tienen, o que les ha negado el que sí les corresponde, todo ello frente a los preceptos concretos que determinan las oportunidades procesales para la adución de las pruebas o que fijan el mérito de las mismas según sus varias especies. Y la impugnación por error de hecho tiene que concretarse a establecer que el sentenciador ha supuesto un medio que no obra en los autos o ha ignorado la presencia del que sí está en ellos, hipótesis éstas que comprenden la adulteración, por adición de su contenido o por cercenamiento del mismo". (Cas. Civ. 5 de diciembre de 1969, T. CXXXII pág. 206). Y, por la diversa índole de cada uno de los errores enunciados, no es dable en casación proponerlos simultáneamente respecto de un mismo medio probatorio y sobre un mismo punto, tiene dicho la jurisprudencia.

2. La censura así formulada no se ajusta a la técnica del recurso, pues de una parte se plantea la acusación en el sentido de que el Tribunal se abstuvo de analizar numerosas pruebas, específicamente las de orden testimonial e indiciario, y de no haber visto en ellas el estado de demencia respecto del demandante por la época en que éste celebró un negocio jurídico, lo que constituiría un error de hecho, y de otra impugna el fallo porque no les concedió el mérito probatorio que les correspondía, lo que entrañaría un error de derecho.

3. No obstante lo anterior, para mayor abundamiento, se hacen respecto del cargo, las siguientes observaciones:

a) A lo largo del fallo el sentenciador de segundo grado analiza muy a espacio la prueba incorporada al proceso, especialmente, el dictamen rendido por los doctores Roberto Serpa y Mario Olarte, así como la prueba testimonial, de la que afirma que por su simplicidad "no ofrece luz" para establecer la demencia de Luis Alfonso Mendoza y que por tal virtud no le concede en este punto valor probatorio, ya que se trata de un medio que carece "de valor científico que es lo que debe tenerse en cuenta para este caso".

b) La prueba de la demencia de una persona ha de ser de linaje científico, comoquiera que se trata de establecer un hecho cuya demostración incuestionablemente exige conocimientos especiales, que por esta circunstancia escapan a la simple percepción del común de las personas.

Sobre el particular, desde vieja data, viene sosteniendo la Corte:

"La perturbación mental permanente, la demencia senil, son enfermedades, como muchas otras, que no pueden establecerse o diagnosticarse ciertamente sino por medio de la ciencia. Es el dictamen pericial médico, en cada caso, el que puede llevar al juzgador a una conclusión fundada y el que permite, cuando es unánime, darle el carácter de plena prueba como enseña el artículo 722 del Código Judicial. Es difícil en realidad y hasta muy grave que el juzgador en virtud de apreciaciones testimoniales de personas inexpertas en la ciencia médica, pueda concluir que una persona adolezca de una enfermedad. Como el juzgador no es experto tampoco en estas materias de ahí que deba asesorarse y atenerse generalmente a lo que los peritos en cada materia dictaminen en virtud de su arte, profesión u oficio. Si le bastaran únicamente las declaraciones que se adujeran a los autos de personas inexpertas, no solo fallaría el Juez como técnico en asuntos que desconoce sino haría innecesario el dictamen pericial, conclusión inadmisible". (Casación, 6 de octubre de 1942, T. 54 bis, pág. 155; 2 de febrero de 1954, T. LXXIX, pág. 456).

"Ahora bien, es claro que la estimación del origen, grado y naturaleza del padecimiento o tara, su repercusión en las potencias intelectivas y volitivas del interdicto, su carácter de congénita, constitucional o adquirida, la fuente de donde provenga, etc., no pueden ser materia de la prueba testifical que no tiene ni puede tener carácter conceptual. Todas estas circunstancias e informaciones de orden científico las extrajo el Tribunal de la prueba pericial rendida por los peritos oficiales". (Casación, 18 de julio de 1941. G. J. Nº 1.975, pág. 823).

"La conclusión sobre el estado mental de una persona es un asunto técnico que el juzgador no puede resolver ni decidir por sí y por eso el dictamen de los expertos es esencial en esos casos". (Casación, 15 de marzo de 1944, G. J., Tomo 57, pág. 102).

"El medio idóneo de comprobar la incapacidad de una persona para contratar en un momento dado, por imbecilidad, demencia o idiotez, es el dictamen de médicos siquiatras. El testigo declara sobre lo que le consta por percepción directa de sus sentidos, sobre lo que ha visto u oído, al paso que el perito, quien desempeña su cargo, dictamina de acuerdo con sus conocimientos que deben estar ajustados a los principios de la profesión, arte o ciencia que profesa". (Casación, junio 25 de 1946, G. J., Tomo 60, pág. 709).

"Que la demencia de una persona debe establecerse científicamente, esto es, por medio de peritos, comoquiera que es un hecho cuya comprobación exige conocimientos especiales... Que el testigo declara sobre hechos percibidos por los sentidos, pero no emite conceptos. Así, el testigo puede relatar o describir hechos o manifestaciones externas de persona cuya demencia se discute en juicio, pero no puede conceptuar, con base en tales hechos, sobre el estado mental de esa persona al tiempo de celebrar un contrato... Que las declaraciones de testigos sobre los hechos a que se ha hecho referencia, sólo pueden servir de base para que los peritos rindan dictamen de acuerdo con sus conocimientos sobre la materia". (Cas. Civ., 2 de febrero de 1954. T. LXXIX. Pág. 457).

"La Corte observa, en primer término, que la calificación de la capacidad o incapacidad mental de una persona es hoy sobre todo, una cuestión absolutamente técnica y científica. Ella no se demuestra con declaraciones de testigos, sino que es necesario el experticio del caso o sea el dictamen de médicos especializados en la materia. La apreciación de unos testigos es meramente subjetiva y empírica; y para llegar ellos a la conclusión de que una persona tiene o no capacidad mental, es sana o no de espíritu, no basta la apreciación de personas ajenas a la ciencia médica o a la psiquiatría. De ahí, que sea frecuente la diversidad de testimonios cuando se trata de la capacidad mental de una persona, porque cada testigo declara no basado en principios científicos, sino en su concepto meramente ocasional o subjetivo. Aún más, pueden existir ciertas debilidades mentales, ciertas enfermedades que causen perturbación psíquica en una persona, transitoria o permanente y que sin embargo, según expertos en psiquitría, no los inhabilita para la realización de los actos jurídicos. La demostración de un estado psíquico normal, de carácter permanente que inhiba a una persona para todo acto jurídico, es una cuestión exclusivamente científica, que sólo pueden determinar los expertos en la materia y de acuerdo con las fórmulas o normas legales". (Cas. Civ. 13 de mayo de 1959. T. XC., págs. 525 y 526).

c) Lo dicho es suficiente para inferir que el Tribunal no cometió yerro de valoración alguno al no concederle mérito probatorio a los testimonios incorporados a los autos, en lo referente a la demencia del demandante, máxime que apenas aluden a la ingestión de pastillas, al estado nervioso y depresivo que padecía Luis Alfonso Mendoza, pero nada más. Tampoco pudo cometer el sentenciador error de hecho, porque ni pretirió el examen de la prueba ni le desconoció el real contenido de la misma.

d) Respecto del reparo consistente en que el Tribunal, al no hacer un examen conjunto y coordinado de la prueba, subestimó la de linaje indiciario, debe decirse que el censor no concreta ni señala cuál o cuáles hechos constitutivos de indicios, con incidencia en el fallo, resultaron preteridos. De otra parte, como lo tiene sentado la doctrina, no siempre que el sentenciador deja de apreciar una prueba incurre en error trascendente, "pues es indispensable que por su falta de apreciación, llegue el fallo a conclusiones contrarias a la legal". (Cas. Civ., 13 de octubre de 1966. T. CXVIII., pág. 81; 22 de noviembre de 1971, aún no publicada). Además, la Corte tiene sentado que los Tribunales son soberanos "en esto de apreciar la prueba de indicios, suponiendo que tuvieran este carácter los hechos a que se refiere el recurrente, lo cual obra en el ánimo según el criterio de cada uno, y su aplicación implica necesariamente un acto inseparable de la conciencia individual del Juez; y porque no pudiendo la Corte de Casación cambiar la estimación de la prueba hecha por la Sala en tratándose de error de hecho, sino cuando éste aparece de un modo evidente, arbitrario sería que aquella, sustituyendo su propio criterio al de la Sala y hallando diferencia de apreciación, decidiese sólo por eso que el Tribunal incurrió en error evidente. Trataríase en tal caso de una simple diversidad de criterio al estimar el valor de una prueba y en ello, como es perfectamente obvio, podría caber error, si se quiere, pero no en los términos que la ley de casación exige para que en razón de él se pueda infirmar una sentencia. De otro modo la Corte se convertiría, lisa y llanamente, en Tribunal de Instancia". Gaceta Judicial, Tomo 18, números 836 y 837, años 1907 y 1910, pág. 168. (Cas. Civ., 9 de julio de 1971, aún no publicada).

e) Finalmente el sentenciador le restó credibilidad al dictamen porque las conclusiones ve-

nían cimentadas sobre algunos hechos referidos por el mismo Mendoza a los peritos, porque éstos no lo trataron durante la enfermedad, porque dos días después de celebrarse con Mendoza el negocio jurídico que se tacha de nulo por su demencia, éste celebró actos de comercio, como negociar con el Banco de Colombia unos instrumentos y, antes había suscrito una carta donde la forma y literatura empleada exteriorizaba un perfecto estado mental.

En el dictamen relativo a la demencia del demandante se afirma que por la época en que éste celebró un negocio jurídico de cesión de sus derechos en una sociedad el día 20 de junio de 1968 Luis Alfonso Mendoza fue examinado directamente por los peritos y lo hallaron: "bien orientado en tiempo y lugar y tenía plena comprensión de su situación", pero a medida que relataba lo que le había ocurrido en sus negocios "se mostraba ansioso y angustiado", mas en su exposición "no había incongruencias ni fallas lógicas y se ajustaba muy bien al que días antes había hecho a uno de nosotros (REF). De lo dicho por el paciente se puede hacer una historia que sirva para explicar la evolución de la enfermedad y sus características, es decir, para hacer un diagnóstico retrospectivo y para darse cuenta de las condiciones en que se encontraba cuando firmó la escritura de venta". A continuación los peritos refieren los antecedentes o datos que les narró Mendoza sobre sus negocios, la inexperiencia "en asuntos de contabilidad", las sospechas de que los restantes socios lo "estaban engañando", el hecho de que tuvo que soportar un denuncio criminal y la privación de la libertad. Según los expertos, todo esto le causó a Mendoza "un estado ansioso agudo, una depresión ansiosa aguda, por los días en que firmó la escritura de venta", situación ésta que, según los expertos, corresponde a un estado de demencia.

Cualquier desarreglo mental, cualquier perturbación síquica no es suficiente para estructurar la demencia que exige el ordenamiento para declarar viciado de nulidad un contrato. El estado sicopático de la persona contratante ha de ser de tal naturaleza y entidad que impida la expresión de un consentimiento reflexivo sobre el acto jurídico celebrado. Sobre este tema, la Corte de manera uniforme y reiterada ha dicho: "Cuando una persona no está ni ha estado en interdicción por causa de demencia, no pueden ser declarados nulos los contratos por ella celebrados, mediante la simple prueba de que tal persona ha adolecido de una sicosis; es necesario que se aduzca una doble prueba; a saber: a) Que ha habido perturbación patológica de la actividad síquica que suprime la libre determinación de la voluntad, según la terminología muy técnica del Código Alemán o que excluye la capacidad de obrar razonablemente, como dice el Código Suizo; b) Que esta perturbación patológica fue concomitante a la celebración del contrato". Por lo que atañe a la primera de las pruebas indicadas, debe observarse que es necesaria porque no toda sicosis acarrea por sí misma la incapacidad civil. Lo que interesa, desde el punto de vista jurídico, no es saber si el contratante adolecía de una enfermedad mental cualquiera, sino averiguar si el desarreglo de sus facultades síquicas, por su gravedad, impidió que hubiera un consentimiento susceptible de ser tomado en cuenta como el factor determinante del respectivo acto jurídico". (Cas. Civ., 4 de abril de 1936, G. J. Tomo 43, pág. 799; octubre 27 de 1949, T. LXVI, pág. 641; febrero 2 de 1955, T. LXXIX, pág. 456).

Ahora, en tratándose de la prueba pericial, en repetidas ocasiones ha expresado la Corte que es el sentenciador el llamado a calificar la fundamentación de la prueba y que su juicio sobre estos factores no puede ser modificado en casación, sino por evidente error de hecho en la apreciación de ella. "Es verdad consagrada —dice la Corte— la de que uno de los requisitos *sine qua non* que debe ofrecer todo dictamen pericial para que pueda ser admitido como prueba de los hechos sobre que versa, consiste en que sea debidamente fundamentado; y que compete al juzgador apreciar con libertad esta condición, dentro de la autonomía que le es propia, no obstante que el dictamen no haya sido materia de tacha u objeción de las partes en el traslado correspondiente". (G. J., T. 57, pág. 532 y T. LXXVI, pág. 578; Cas. Civ., 5 de abril de 1967, aún no publicada). "En innúmeras decisiones de la Sala de Casación se ha aceptado la jurisprudencia de que el dictamen pericial, cuando es uniforme, explicado y debidamente fundamentado hace plena prueba, pero es necesario que sea debidamente fundamentado. Esta condición la aprecia libremente el juzgador, y el superior no puede variarla sino en tanto que se compruebe que en esa apreciación se incurrió en verdadero error de hecho que aparezca de bulto o de manifiesto en los autos". (LIII, 391). (Cas. Civ., 16 de diciembre de 1969. T. CXXXII, pág. 244).

De lo dicho se sigue que el Tribunal no cometió el error de derecho que se le atribuye al no dar por probado, con el dictamen pericial practicado en este proceso, el estado de demen-

cia de Luis Alfonso Mendoza Amórtegui, por lo cual el cargo no prospera.

Cargo segundo.

Formúlase por falta de aplicación de los artículos 469, 470 y 471 del Código de Comercio, como resultado de un error evidente de hecho, proveniente de la interpretación de la demanda.

En el desarrollo del cargo expresa el censor que en el libelo de demanda se señaló como parte demandada a la sociedad "Valle Gas Ltda.", representada por Eugenio Bonett Trujillo y José de Dios Neira; mas sin embargo el Tribunal cometió el error "de suponer que los demandados eran Bonett Trujillo y Neira Lobo y no la sociedad. Al hacer esta errada interpretación de la demanda el Tribunal erró de manera injurídica la hipótesis legal haciendo desaparecer la situación de hecho que era la base o el motivo de la aplicación de los preceptos legales quebrantados".

Se considera.

1. Los preceptos que menciona el censor como quebrantados por el Tribunal no pertenecen a la jerarquía de las normas sustanciales, pues el artículo 469 se refería a la entrega en la Cámara de Comercio del lugar del domicilio de la sociedad de un extracto de la escritura de constitución, el 470 aludía al registro del mismo y, el 471 a la inserción en un periódico y a la publicación por carteles.

2. Con todo, respecto del cargo y para mayor abundamiento, se observa que cuando una demanda adolece de oscuridad, el sentenciador tiene la facultad de interpretarla, cuidándose de no variar los factores esenciales que se encuentran constituídos por los hechos y las peticiones. Ahora, considerada la demanda como una prueba, por cuanto sirve para determinar el contenido de la pretensión del demandante y porque las afirmaciones que en ella se contienen pueden entrañar una confesión, "es posible —dice la Corte— que al apreciarla incurra el sentenciador en error de derecho o en manifiesto error de hecho". Incurriría en este último si no ve algo que el libelo expresa, o supone peticiones o hechos que en él no figuran; y en el primero, cuando a la confesión contenida en los hechos afirmados en él no le da el mérito que les corresponde de acuerdo con las normas que disciplinan su fuerza probatoria". (Sent. 17 de febrero y 13 de marzo de 1972, aún no publicadas).

3. Si lo que se pide es la nulidad de un contrato celebrado entre demandante y demandados, ningún error de hecho pudo haber cometido el sentenciador de segundo grado cuando resuelve confirmar la decisión del *a quo* que apenas fue desestimatoria de la acción, pues ni dejó de ver en el libelo algo de lo que allí se expresa, ni supuso hechos o peticiones que no figuraran.

Por lo dicho, el cargo es impróspero.

Cargo tercero.

"Acuso la sentencia por violación indirecta, por falta de aplicación de los artículos 1502, 1504 y 1741 del Código Civil, motivada por manifiesto error de hecho, consistente en la falta de apreciación de la declaración rendida por el doctor Manuel Gutiérrez Acosta".

En explicación de su cargo el censor dice que se trata de un testimonio rendido por un médico, que dado el carácter de tal ofrece "la mayor credibilidad porque reúne plenamente los requisitos exigidos por la ley", pese a lo cual el Tribunal "ni siquiera lo menciona" en el examen de la prueba.

Luego afirma el recurrente que "las circunstancias que rodean el testimonio del doctor Gutiérrez Acosta son tales que lo asemejan a un dictamen pericial y le dan tal fuerza demostrativa que este solo testimonio es suficiente para producir en el Juez la convicción de que mi poderdante padecía grave perturbación de sus facultades mentales en los días de la celebración del contrato impugnado".

Se considera.

1. Referente a la prueba testimonial, el Tribunal afirma que los "testigos que declaran en este proceso, a más de que no ofrecen luz, por su simplicidad, para establecer el estado de sanidad o no del señor Luis Alfonso Mendoza Amórtegui, carecen de valor científico que es lo que debe tenerse en cuenta para este caso, por lo que la Sala tampoco puede darles ningún valor probatorio".

2. No incurre el sentenciador en error evidente de hecho cuando no se refiere en concreto a determinada prueba, pues la doctrina tiene dicho que "no se presume la ignorancia de las pruebas, cuando las conclusiones del pronunciamiento se justifican a la luz de las mismas". (Cas. Civ., 12 de julio de 1966. T. CXVII, pág. 126; de noviembre de 1971, aún no publicada).

3. La prueba que dice el recurente haber resultado preterida por el sentenciador, se trata de un testimonio que apenas refiere que como médico ha tratado a Luis Alfonso Mendoza desde hace unos ocho años; que le ha recetado sedantes; que presenta un estado de nerviosismo, ansiedad y angustia y dolor "en la columna servical" (sic) y que por la misma razón le expresó "que se trasladara a un centro que podía ser Bucaramanga o Bogotá, a una clínica de reposo para que lo tratara un especialista".

4. Cuando se pretende demostrar el estado de demencia de una persona, la prueba testimonial no es la apta para hechos de esta naturaleza, más aun cuando el declarante, con todo tratarse de un médico, admite no ser "especialista" en cuestiones siquiátricas.

Por lo dicho, 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 16 de noviembre de 1970, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar en este proceso ordinario.

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

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

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

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

EXCLUSION DE BIENES INVENTARIADOS EN EL PROCESO SUCESORIO

Nulidad por falta de citación.—Reformatio in peius.—Costas. No susceptible de ataque en casación.—Normas en que debe basarse el ataque en casación.

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

(Magistrado ponente: doctor Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por algunos de los demandados contra la sentencia de 24 de marzo de 1971, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo en el proceso ordinario instaurado por Marina Osorio Gayón frente a los herederos del presbítero Juan Nepomuceno Goyeneche.

I. *El litigio.*

1. Mediante libelo de 8 de noviembre de 1962 la citada Marina Osorio Gayón demandó ante el entonces Juzgado Civil del Circuito de Santa Rosa de Viterbo a "la sucesión" del presbítero Juan Nepomuceno Goyeneche, "representada" por Bernarda Goyeneche Carvajal, Luis Fernando y Margarita Goyeneche Poveda y Julia Estela Goyeneche Vargas, en procura de las siguientes declaraciones:

a) que la actora es dueña de los terrenos denominados "El Paraguas", "El Hato", y "El Hospital", ubicados todos dentro de la jurisdicción del Municipio de Boavita, en la vereda de Sacachova los dos primeros y de Cácota el tercero, distinguidos por los linderos especiales que la demanda consigna; b) que los referidos tres predios fueron indebidamente inventariados y secuestrados en el proceso sucesorio del presbítero Juan Nepomuceno Goyeneche; c) que en consecuencia, se decrete su exclusión del inventario practicado en dicho proceso mortuorio y el levantamiento del secuestro que sobre ellos pesa; y d) que los demandados deben restituírlos a la demandante, junto con los frutos naturales y civiles que hubieran podido producir administrados con mediana inteligencia y actividad.

2. Como hechos constitutivos de la *causa petendi* la demandante invocó, en síntesis, los siguientes:

a) el dominio de los predios "El Hato", "El Paraguas" y "El Hospital" lo adquirió legítimamente Marina Osorio Gayón así: el de los dos primeros por compras que hizo respectivamente a Juan N. Goyeneche y a Félix María Lizarazo Medina, según escrituras públicas números 371 de 18 de octubre de 1940 y 17 de 23 de enero de 1943, otorgadas ambas en la Notaría de Boavita; y el del último por adjudicación que se le hizo en la sucesión de Luis Enrique Calle, protocolizada en la Notaría de Soatá mediante escritura número 164 de 26 de junio de 1960;

b) ocurrido el óbito del presbítero Juan Nepomuceno Goyeneche, el Juzgado Civil del Circuito de Santa Rosa de Viterbo comenzó el trámite de la sucesión, proceso en el cual se han reconocido como herederos a Bernarda Goyeneche Carvajal, Luis Fernando y Margarita María Goyeneche Poveda y Estela o Julia Estela Goyeneche Vargas; y

c) el 23 de noviembre de 1961 se practicó la diligencia de inventario y avalúos, habiendo sido denunciados como de la sucesión los referidos tres predios, los cuales por tanto fueron enlistados en las partidas 3ª y 8ª del activo sucesoral con las denominaciones "El Hato" y "Panamá".

3. De los cuatro demandados, solamente Bernarda Goyeneche, quien entonces se opuso a las pretensiones de su demandante, contestó la demanda. Negó algunos de los hechos en ella invocados y propuso las excepciones de prescripción ordinaria y extraordinaria; simulación del acto

jurídico contenido en la escritura número 317 de 18 de octubre de 1940, otorgada en la Notaría de Boavita; y la que emane de "cualquier otro hecho que desconozca o declare extinguida la obligación debatida".

4. Surtido el trámite de la primera instancia el Juzgado del conocimiento, a la sazón el Promiscuo del Circuito de Santa Rosa, le puso término con sentencia de 7 de septiembre de 1970, mediante la cual decretó: a) la exclusión de los referidos tres fundos del inventario de la sucesión del padre Juan Nepomuceno Goyeneche; b) el levantamiento de su secuestro; c) la restitución de ellos por los demandados a la demandante; d) la obligación del depositario judicial de rendir a ésta la cuenta por razón de los frutos producidos por los inmuebles; y e) la condena en las costas procesales a la demandada Bernarda Goyeneche, "quien fue la única opositora".

5. Como efecto de la apelación interpuesta por las demandadas Bernarda y Margarita Goyeneche el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, el que, por sentencia de 24 de marzo de 1971 reformó el fallo apelado, así:

"Primero. *Declárase* que la demandante Marina Osorio Gayón es dueña de los inmuebles denominados 'El Paraguas', 'El Hato' y 'El Hospital', cuyos linderos y ubicación se encuentran perfectamente determinados en los puntos A, B y C de la demanda.

"Segundo. *Decrétase* la exclusión de los terrenos descritos anteriormente del inventario practicado, por haber sido indebidamente inventariados en el juicio de sucesión del presbítero Juan Nepomuceno Goyeneche, bajo las partidas tercera y octava, donde también fueron secuestrados, bienes que se denominan 'El Paraguas, El Hato y El Hospital', cuyos linderos y ubicación se encuentran determinados en los puntos A, B y C de la demanda.

"Tercero. *Declárase* que los aludidos terrenos fueron indebidamente inventariados y secuestrados dentro del juicio de sucesión del presbítero Juan Nepomuceno Goyeneche.

"Cuarto. *Decrétase* el levantamiento del secuestro de los inmuebles a que se ha hecho referencia en los puntos anteriores, practicado en dicho juicio de sucesión.

"Quinto. *Condénase* a la sucesión del presbítero Juan Nepomuceno Goyeneche, representada por las demandadas Bernarda Goyeneche Carvajal, Luis Fernando y María Margarita Goyeneche Poveda y Julia Estela Goyeneche Vargas a restituir a la demandante señorita Marina Osorio Gayón dentro del término de treinta días después de ejecutoriada esta providencia, los terrenos que se describieron anteriormente.

"Sexto. *Condénase* a la misma sucesión del presbítero Juan Nepomuceno Goyeneche representada por las demandadas Bernarda Goyeneche Carvajal, Luis Fernando y Margarita María Goyeneche Poveda y Julia Estela Goyeneche Vargas, a pagar a la demandante Marina Osorio Gayón el valor de los frutos naturales y civiles producidos por los aludidos terrenos los cuales fueron estimados por los peritos a razón de cinco mil pesos ($ 5.000) y tres mil quinientos pesos ($ 3.500) anuales, desde la época en que se practicó el secuestro hasta cuando se verifique la restitución de los bienes, siempre y cuando la demandante no hubiera percibido el producido de esos frutos, puesto que al folio 16 de las copias del cuaderno número 2º aparece que a Marina Osorio Gayón la dejó el Juzgado en calidad de depositaria del terreno denominado 'El Hospital'.

"Séptimo. *Condénase* a la citada sucesión del presbítero Juan Nepomuceno Goyeneche representada por las demandadas Bernarda Goyeneche Carvajal, Luis Fernando y Margarita María Goyeneche Poveda y Julia Estela Goyeneche Vargas, al pago de las costas de primera instancia y a las de segunda por haber perdido el recurso".

II. *Motivación del fallo impugnado.*

1. Luego de advertir que en este caso se encuentran presentes los presupuestos procesales, indispensables para proferir sentencia con efectos de cosa juzgada material, entra el Tribunal a considerar la declaración de nulidad que con fundamento en la regla 3ª del artículo 448 del Código Judicial solicitaron para el proceso algunos de los demandados.

Estima el fallador inexistente la nulidad impetrada porque, en cuanto se relaciona con la argumentación de que "la notificación que de la demanda se le hizo a Julia Estela Goyeneche de Osorio no se sabe si se le hizo a ella o a otra persona", dice que "si se trataba de persona distinta probablemente ella lo hubiera manifestado en el acto de la notificación, y no hay motivos para pensar que se trate de persona distinta"; y en lo atinente a la falta de notificación en la forma que ordenaba el artículo 322 de dicha obra, afirma que "naturalmente esa omisión tiene un allanamiento tácito cuando las

partes concurren y siguen interviniendo en el juicio, como ha ocurrido en el presente negocio''.

2. Concretándose el sentenciador al estudio de ''la acción que consagra el artículo 1388 del Código Civil para que se declare indebida la inclusión en el inventario de los bienes relictos'', que es la que encuentra deducida principalmente en la demanda incoativa del proceso, dice que cuando con ella se busca también la restitución de las cosas inventariadas se deben ''examinar los elementos que analógicamente configuran una acción de dominio''. Y después de enumerarlos, emprende el estudio de las pruebas aducidas para concluir que como todos ellos se encuentran plenamente justificados, ''habrá de declararse la propiedad de los inmuebles a favor de la actora Marina Osorio, con las consecuencias de exclusión de los inventarios, declaración de que fueron indebidamente inventariados y secuestrados, levantamiento del secuestro y devolución de los terrenos, con costas de primera y segunda instancia en contra de la sucesión representada por los cuatro demandados citados''.

Así, en lo que respecta a los presupuestos relacionados con la singularización de los predios y la identidad entre los bienes especificados en la demanda y los que fueron inventariados en el activo sucesorial del presbítero Juan Nepomuceno Goyeneche, los encuentra demostrados el *ad quem* con las escrituras públicas aducidas por la demandante, con la copia del inventario practicado en dicho proceso sucesorio, con la inspección ocular y con el dictamen pericial.

Dice, luego, que por lo que hace al presupuesto del dominio de la demandante sobre los fundos materia de la litis, lo encuentra plenamente demostrado ''con la titulación correspondiente acompañada a la demanda, complementada con los certificados sobre vigencia de los títulos a favor de Marina Osorio que figuran a los folios 93, 94 y 96 del cuaderno principal''.

3. Advierte en seguida el fallador que ''contra estas demostraciones del dominio'' solo se produjeron las declaraciones de Carlos Enrique Correa, Gratiniano Lizarazo, Ricardo Burgos Correa, María de Jesús Burgos de Correa, Marco Tulio Burgos y María Lizarazo Medina, quienes además de deponer acerca de la identidad de los predios en litigio lo hacen con relación a actos posesorios ejecutados sobre ellos por el presbítero Goyeneche; pero que, observa el Tribunal, sus testimonios sobre este último aspecto ''no son de recibo'', por cuanto la prueba no se decretó para ese fin.

Asevera el *ad quem*, en efecto, que en la primera instancia del proceso se decretó como prueba una inspección ocular con el fin de ''establecer la identificación de los predios''; que al practicarse dicha diligencia la parte demandada pidió que se recibiera testimonio a las personas citadas sobre seis preguntas, cuyo contenido transcribe, de las cuales las dos últimas se refieren a actos posesorios ejercitados por el presbítero Goyeneche sobre los fundos, por más de 20 años; que el Tribunal, ante la negativa del *a quo* para diligenciar dicha prueba, dispuso recibir las declaraciones pero concretándolas ''sobre los hechos a que se refiere la inspección ocular y negó la recepción de los testimonios en cuanto a los puntos quinto y sexto. Por manera que —añade el sentenciador— no puede tomarse como prueba lo que lleguen a decir los testigos en lo referente a los puntos quinto y sexto del interrogatorio sobre posesión de más de veinte años y actos de explotación económica, porque así lo determinaron el juzgado en el auto comisorio, el juez comisionado y el Tribunal''.

4. Acomete luego el Tribunal el examen de la pretensión relacionada con la restitución de los frutos naturales y civiles de los predios.

Y luego de encontrarla próspera y de advertir que ''no se ve la razón para enviar a las partes a que controviertan este punto, ya determinado, por medio de otro juicio, o esperar el resultado de las cuentas de un secuestre ajeno al litigio ordinario'', que fue al respecto la conclusión del *a quo*, asevera que la condenación debe hacerse en este mismo proceso y para ello toma como base la cuantía de $ 8.500 anuales, que es el valor en que los peritos concordemente determinan el monto de esta pretensión.

5. Finalmente, refiriéndose a las excepciones propuestas por la demandada Bernarda Goyeneche, dice el Tribunal ''que no se encuentran con prosperidad'': la de simulación, porque carece de prueba; y la de prescripción, porque las declaraciones pedidas ''fueron excluídas por el Tribunal'', y las de Alberto Medina y Pedro Morantes, recibidas dentro del juicio de sucesión del padre Juan Nepomuceno Goyeneche al practicarse el secuestro de los predios, carecen de eficacia ''porque no fueron controvertidas entre las partes en el presente juicio ordinario''.

III. *Demanda de casación y consideraciones de la Corte.*

Contra la sentencia de seguno grado interpusieron casación las demandadas Bernarda,

Margarita y Julia Estela Goyeneche. Con apoyo en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil las recurrentes formulan contra dicho fallo cuatro cargos: el primero dentro del ámbito de la causal quinta, el segundo con fundamento en la cuarta, y los últimos dentro de la órbita de la primera.

En la parte final de su demanda las recurrentes aclaran que "si se estimare, que por la oportunidad de la interposición del recurso extraordinario debe serlo conforme a las causales del artículo 520 del Código Judicial, los cargos quedarían fundamentados conforme a estas causales, así: Primer cargo: causal sexta (6ª); segundo cargo: causal primera (1ª); tercer cargo: causal primera (1ª). Error de hecho evidente; cuarto cargo: causal primera (1ª) por error de derecho".

Primer cargo.

1. Estima la censura que el proceso se halla viciado de nulidad por falta de citación o emplazamiento en legal forma de una de las personas que han debido ser llamadas a él. En consecuencia solicita que la Corte, previa la infirmación del fallo impugnado, declare la nulidad de la actuación, desde el auto admisorio de la demanda.

2. En desarrollo del cargo dice el acusador que la demanda se dirigió "contra la sucesión" del presbítero Juan Nepomuceno Goyeneche, "representada por sus herederos" Bernarda Goyeneche Carvajal, María Margarita Goyeneche Poveda, Julia Estela Goyeneche Vargas y Luis Fernando Goyeneche Poveda; que la notificación del auto admisorio del libelo y el traslado de la demanda se surtieron solamente con los tres primeros, "pero dejó de notificarse al señor Luis Fernando Goyeneche Poveda, y sin que se hubiera producido la notificación o el emplazamiento, continuó la tramitación procesal"; y que como por esa omisión no se le brindó a dicho demandado la oportunidad para ejercitar su derecho de defensa, se incurrió en la causal de nulidad contemplada hoy por la regla 8ª del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, equivalente a la que consagraba el ordinal 3º del artículo 448 del Código Judicial, causal ésta que, asevera el impugnador, "no solamente puede ser alegada por éste por cuanto la demanda no se ha dirigido exclusivamente en su contra, sino contra la sucesión cuyos derechos representan todos los herederos".

Se considera:

1. El Código Judicial de 1931, vigente cuando se interpuso el recurso extraordinario que aquí se decide y también cuando se inició este proceso, destinaba todo el Capítulo VII del Título XII de su Libro 2º a reglamentar la materia de las nulidades procesales. Lo integraban las normas que señalaban las causas de nulidad en todos los juicios y en algunos especiales, así como las que determinaban las oportunidades para alegarlas, la forma de declararse y sus consecuencias.

Dentro de los principios que según dicho Código gobernaban el régimen de las nulidades procesales se enlistaban, como también los consagra el estatuto procedimental hoy vigente, el de la protección *y el de la* convalidación. *Fúndase el primero en la necesidad de establecer la nulidad con el fin de proteger a la parte cuyo derecho le fue cercenado por causa de la irregularidad; y consiste el segundo en que la nulidad, salvo contadas excepciones, desaparece del proceso por virtud del consentimiento expreso o implícito del litigante perjudicado con el vicio.*

Tratándose de la "falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas al juicio", el consentimiento expreso como medio para sanear o convalidar una actuación viciada de nulidad por tal causa lo consagraban los artículos 455 y 459 del Código Judicial; y el saneamiento por consentimiento implícito lo preveía la parte final del artículo 450 ejusdem, *al preceptuar que "no puede alegarse como causal de nulidad la falta de citación o emplazamiento, cuando la persona o personas que no fueron citadas o emplazadas, debiendo serlo, han representado en el juicio sin reclamar la declaración de nulidad".*

2. Consistiendo la causal cuarta de casación, según lo que estatuía el numeral 4º del artículo 52 del Decreto número 528 de 1964, esencialmente igual a lo que al respecto prevé la regla 5 del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil hoy vigente en "haberse 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" *(subraya la Corte) se impone aceptar que en este recurso extraordinario es improcedente acusar la sentencia del Tribunal invocando irregularidades no constitutivas de nulidad general, o alegando defectos procesales que a pesar de tener esta naturaleza han sido sanea-*

dos por el consentimiento expreso o tácito del litigante afectado con ellos.

3. En el caso de este proceso el demandado Luis Fernando Goyeneche Poveda, a quien ciertamente no se le hizo notificación personal del auto admisorio de la demanda, sin embargo, mediante escrito de 25 de febrero de 1963, conjuntamente con la codemandada Bernarda Goyeneche, confirió poder "especial y suficiente al doctor Gustavo Gil Morales, para que nos represente dentro del juicio ordinario que en contra de la sucesión del R. P. Juan Nepomuceno Goyeneche, ha iniciado Marina Osorio Gayón", con facultad expresa para contestar la demanda y proponer excepciones, representación que el juzgado del conocimiento reconoció en los mismos términos en que fue otorgada; el citado procurador judicial dio oportuna contestación al libelo introductorio del proceso negando los hechos, oponiéndose a las pretensiones de la demandante y proponiendo excepciones, aunque sólo lo hizo como apoderado de Bernarda Goyeneche. Posteriormente, cuando el negocio se encontraba en etapa probatoria, el mismo demandado Luis Fernando Goyeneche, mediante escrito de 25 de julio de 1966, constituyó como nuevo apoderado suyo al abogado Guillermo J. Parra, quien, en ejercicio de esa representación, después de desistir de la práctica de alguna de las pruebas pedidas por estimar "que ya no es necesaria", solicitó que se surtieran los traslados para alegar de conclusión.

Toda esta actuación significa que la persona que según el recurrente no fue citada o emplazada legalmente, debiendo serlo, compareció al proceso sin reclamar oportunamente la irregularidad y por ende que la nulidad alegada, en el evento de configurarse, se encontraría saneada conforme a la ley y no estructuraría por tanto causal de casación.

4. Pero si lo anterior no fuere así habría que observar, para mayor abundamiento, como exhaustivamente lo ha expuesto la Corte, que la referida causal de nulidad no puede ser invocada en casación sino por quien no ha sido citado o emplazado, porque estando tal motivo de invalidación del proceso establecido para proteger los fueros de la defensa de la persona a quien no se citó, debiendo haberlo sido, es a ella a quien corresponde el interés jurídico para hacerla valer, doctrina esta que no puede salvarse, como lo pretende el recurrente, para el caso en que la demanda se haya dirigido contra los herederos de una sucesión, puesto que, como también lo ha sostenido la corporación, en tal evento los demandados son los titulares de derechos en la herencia y no la sucesión, ya que ésta no actúa ni activa ni pasivamente por carecer de capacidad para ser parte de un proceso.

Como el recurrente en casación no es la persona que se dice no fue legalmente notificada, ni es representante de ésta, la doctrina jurisprudencial citada constituye también fundamento suficiente para que el cargo deba rechazarse.

Por lo dicho, se desestima la censura.

Segundo cargo.

1. Mediante éste se acusa la sentencia del Tribunal "por contener decisiones que hicieron más gravosa la situación de la parte que apeló".

2. En desarrollo del cargo expresa el censor, en primer lugar, que al paso que el fallo de primer grado solamente condenó en las costas procesales a la demandada Bernarda Goyeneche, el de segunda instancia extendió tal condena a todos los demandados, "incluyendo por lo tanto a María Margarita Goyeneche de Osorio y a Julia Estela Goyeneche, quienes interpusieron el recurso"; y en segundo término, que mientras la sentencia del *a quo*, en relación con la pretensión atinente al pago de frutos, "se limitó a ordenar que el secuestre debería rendir cuentas y entregar los dineros a la demandante", la del *ad quem* hizo al respecto una condenación en concreto, no obstante que la demandante no apeló.

"Se hizo así más gravosa la situación de la parte recurrente —añade la censura— por cuanto se creó en su contra una obligación que no fue decretada por la sentencia recurrida que el demandante consintió desde el momento en que no recurrió de ella. Existe diferencia total entre la obligación impuesta al secuestre de rendir cuentas y entregar los producidos directamente a la demandante, y la impuesta en forma directa y concreta a la parte demandada de pagar los frutos naturales y civiles de los inmuebles".

Se considera:

1. El principio prohibitivo de la reformatio in pejus, *que estaba establecido positivamente en el artículo 494 del Código Judicial y que el estatuto procedimental hoy vigente también conserva en su esencia (Art. 357), consiste en que el superior que conoce de un proceso por apelación interpuesta por una de las partes contra la providencia que ha sido consentida por la otra, no puede, por regla general, modificarla*

y enmendarla haciendo más gravosa para el apelante la situación procesal que para éste ha creado la providencia recurrida. Dado el sistema de la personalidad del recurso en que se inspira nuestra ley procesal civil, el Juez de Segundo Grado tiene limitada su extensión jurisdiccional al objeto querido por el impugnante, quien obviamente aspira con la apelación a obtener una decisión favorable a sus pretensiones.

De esta suerte, cuando con desconocimiento del principio indicado la sentencia del Tribunal contiene decisiones que agravan la situación del apelante, desborda el campo demarcado por la ley; lesiona el interés jurídico del impugnante quien, por tanto, puede acusarla a través del recurso extraordinario de casación.

2. La doctrina de la Corte acerca de la causal que debía invocarse cuando los Tribunales incidían en reformatio in pejus *no fue, sin embargo, uniforme.*

En efecto. En las más recientes sentencias la Corporación, apoyada en que el artículo 494 del Código Judicial era norma de carácter eminentemente sustancial, dijo que la violación de este precepto debía acusarse por la causal primera de las previstas por el artículo 52 del Decreto 528 de 1964; en algunas otras, estimando que la figura procesal de la no reformatio in pejus *tiene alcance formal y no de fondo, expresó que su quebranto debía acusarse en casación por la causal segunda de dicho estatuto; y en otras dijo que como la violación del principio entrañaba nulidad por usurpación de competencia por parte del* ad quem, *debía acudirse a la causal cuarta.*

Para acabar con las discrepancias que en torno a esta cuestión se suscitaron, el legislador de 1970 atribuyó a la reformatio in pejus *autonomía como causal de casación, le dio individualidad propia al estatuir en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil hoy vigente, así: "4. Contener la sentencia decisiones que hagan más gravosa la situación de la parte que apeló o la de aquella para cuya protección se surtió la consulta, siempre que la otra no haya apelado ni adherido a la apelación".*

3. Según el extracto que de él se ha hecho, el cargo que aquí se examina, con apoyo en la causal 4ª de casación le hace a la sentencia del Tribunal dos censuras. Fúndase la primera en la extensión que de la condena en costas de la primera instancia se hizo para las personas que apelaron de la sentencia de primer grado, sin que en ella se les hubiese impuesto tal obligación; y radica la segunda en que el *ad quem*, a pesar de que la demandante consintió el fallo impugnado al no haberlo apelado, impuso a los demandados una condenación en concreto por el pago de frutos.

Por cuanto el pronunciamiento de costas que a cargo de los litigantes contenga la sentencia del Tribunal no es susceptible de ataque en casación, como desde vieja data lo viene sosteniendo en forma reiterada y sin vacilación la doctrina de la Corte (XII, 323; XXVI, 250; XLV, 305; L, 22; LXII, 723; LXXIV, 79; LXXXVI, 59; LXXXVIII, 524), ha de seguirse que el cargo, por este primer aspecto, es improcedente.

Sí procede, en cambio, por su segundo aspecto, puesto que si la sentencia de primera instancia al decidir la pretensión de la demandante referente a frutos, resolvió que "el secuestre queda obligado a rendir cuenta de ellos y a la vez pasará dichos valores a la señorita Marina Osorio", quien como demandante consintió esta decisión al no impugnarla; y si el Tribunal sobre el punto condenó a los demandados a pagar a la demandante el valor equivalente a la suma de $ 8.500 mensuales, esta decisión es ciertamente violatoria del principio prohibitivo de la *reformatio in pejus*, desde luego que con ella se ha agravado la situación que para los apelantes creó la decisión por ellos recurrida en alzada.

4. Como la prosperidad de este cargo solo es eficaz para infirmar la resolución sexta de la sentencia del Tribunal, que es la parte de ella que se ataca con él, le corresponde entonces a la Corte, en cumplimiento de lo preceptuado por el inciso segundo del artículo 375 del Código de Procedimiento Civil, estudiar sucesivamente los demás propuestos respecto de las otras decisiones contenidas en dicho fallo.

Tercer cargo.

1. Su planteamiento es del siguiente tenor: "Acuso la sentencia por el primero de los motivos previstos en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil por violación de los artículos 946, 950, 756 y 2637 del Código Civil derivada de error manifiesto de hecho en la apreciación de la prueba que en seguida enuncio".

2. A intento de fundarlo, expresa el impugnador que el Tribunal "dejó de apreciar" el certificado número 156, expedido el 17 de julio de 1969 por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Bogotá, que demuestra que el poseedor inscrito del predio "El Hato" es Rodolfo Osorio Goyeneche y no la demandante, quien sólo es titular del derecho de usufructo sobre él.

Y luego de aseverar que en ocasiones la exclusión de bienes indebidamente inventariados constituye una acción reivindicatoria, y que en consecuencia para su prosperidad requiere la concurrencia de los presupuestos esenciales de ésta, los cuales enumera según la doctrina tradicional, afirma que ellos no concurren en el presente caso y que por tanto la súplica de restitución no puede acogerse. "El Tribunal —dice el impugnante— erró de hecho al no haber tenido en cuenta ni tomado en consideración en forma alguna el certificado de libertad y tradición expedido por el competente funcionario, que demuestra que la propiedad plena del terreno denominado 'El Hato' no radica en el patrimonio de la demandante Marina Osorio Gayón sino en cabeza de persona diferente. Si la prueba que obra en autos hubiera sido observada por el fallador, la resolución necesariamente hubiera sido diferente".

3. Pasa luego el acusador a puntualizar las violaciones de la ley sustancial que denuncia en el planteamiento del cargo y al respecto expresa: "Al haber pasado (el Tribunal) por alto esta prueba violó el artículo 946 que concede la reivindicación o acción de dominio al dueño de la cosa; el artículo 950 que reitera que tal acción corresponde a quien tiene la propiedad plena o nuda, absoluta o fiduciaria de la cosa; el artículo 756 que dispone que la tradición del dominio de los bienes raíces se efectúa por la inscripción del título en la Oficina de Registro; y el artículo 2637 en concordancia con el Decreto 1250 de 1970 que señala los objetos del registro o inscripción de los instrumentos públicos, normas todas estas de carácter sustancial o material".

Se considera.

1. El resumen que se ha hecho del fallo acusado evidencia que el Tribunal, para acceder a las súplicas de la demanda, dedujo la propiedad de la demandante sobre los tres fundos objeto del litigio principalmente de las escrituras públicas por ella aducidas con su demanda; y que los respectivos certificados expedidos por el Registrador de Soatá solamente los tomó como prueba corroborante. En el punto dice en efecto la sentencia: "La propiedad de la demandante en los terrenos... singularizados e identificados por los peritos, se encuentra demostrada con la titulación correspondiente acompañada a la demanda, complementada con los certificados sobre vigencia de los títulos a favor de Marina Osorio que figuran a folios 93, 94 y 96 del cuaderno principal".

La demanda de casación, como aparece del extracto que se ha hecho del cargo que aquí se estudia, solamente ataca la apreciación que el *ad quem* hizo de uno de esos tres certificados, concretamente del número 156 expedido el 17 de julio de 1969 relativo al predio "El Hato", pero omite absolutamente la impugnación en relación con la prueba de las escrituras públicas que el sentenciador ostenta como básica en su proveído.

2. Si, como reiteradamente lo tiene dicho la jurisprudencia, la acusación de un fallo por error de hecho manifiesto o error de derecho en la estimación de pruebas no puede prosperar cuando se refiere a una o algunas, si las demás constituyen un soporte suficiente de la decisión, debe seguirse que el cargo no puede prosperar por no ajustarse a la técnica de la casación.

No es procedimiento correcto en este recurso extraordinario el ataque aislado de los medios de prueba, porque aún en el evento de hacerlo victoriosamente subsistirían las razones que en torno a los demás expuso el sentenciador, y que por ser suficientes para fundar la decisión impugnada hacen inevitablemente impróspera la acusación.

3. Pero no es solamente el anterior el único defecto de técnica que en su formulación trae el cargo que se considera. Además, como aparece claramente de la transcripción que de su planteamiento se ha hecho, el recurrente cita las normas sustanciales que considera quebrantadas con la sentencia del Tribunal, pero omite en forma absoluta indicar o puntualizar el concepto de la violación, que es uno de los requisitos de forma exigidos por el artículo 374 del Código de Procedimiento Civil para la admisibilidad de la demanda en este recurso extraordinario.

"La sola lista de textos legales —dijo la Corte en sentencia de 6 de julio de 1954— por sí misma no sirve en casación; es menester, para que haya demanda de casación, que por ésta se diga por cuál o cuáles extremos se perpetró la violación de los textos pertinentes, sin formar largos catálogos de artículos, que entorpecen, mas que apoyan, las correspondientes acusaciones". (G. J., Nº 2144, pág. 35).

4. Pero si haciendo abstracción de los defectos de técnica observados debiera la Corte entrar al estudio de fondo del cargo, tendría que decir que como en los juicios de dominio no se

requiere allegar al proceso el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados, por no ser éstos uno de aquellos casos en que sí lo exige la ley, como desde vieja data lo viene sosteniendo la Corporación (XXVII, 312; XXXIX, 156; XLIII, 339; CVII, 144), el posible yerro de facto que en la apreciación de uno de dichos certificados aquí aportados hubiera incurrido el fallador sería intrascendente para modificar la decisión contenida en su fallo.

El cargo es, pues, ineficaz.

Cuarto cargo.

1. Mediante éste se denuncia el quebranto indirecto de los artículos 2512, 2513, 2518, 2531 del Código Civil, 1º de la Ley 50 de 1936, por falta de aplicación, y de los preceptos 946 y 950 del mismo Código, por aplicación indebida, como consecuencia del error de derecho en que habría incurrido el Tribunal al no haber atribuído a la prueba testimonial aducida al proceso, el mérito demostrativo que a ella asignaba el artículo 697 del Código Judicial.

2. Al desenvolver el cargo, después de observar que la excepción de prescripción fue propuesta desde la contestación de la demanda y ratificada su formulación a través de todo el proceso, dice el censor que el Tribunal no "dio valor alguno, ni mucho menos el que efectivamente les corresponde", a los testimonios de Alberto Medina, Pedro Morantes, Carlos Enrique Correa Lizarazo, Gratiniano Lizarazo, María de Jesús Burgos y Félix María Lizarazo, aducidos por los demandados para demostrar el hecho exceptivo, porque no fue controvertido el de los dos primeros; y el de los cuatro últimos porque "las preguntas como las respuestas fueron excluídas" al decretar la prueba.

Asevera el censor que si las declaraciones de Medina y Morantes se recibieron al practicarse el secuestro de los bienes en la sucesión del presbítero Goyeneche, diligencia en la cual intervino la aquí demandante quien entonces exitosamente formuló oposición, tales testimonios sí están controvertidos por haberse recibido con audiencia de la persona a quien se oponen en este juicio y que consiguientemente debe dárseles valor de plena prueba, en cuanto afirman que la posesión del predio denominado "Panamá" se ejerció exclusivamente por el padre Juan Nepomuceno Goyeneche. Agrega que el ejercicio de actos posesorios ejecutados por éste sobre el fundo "El Hato", por un lapso superior a veinte años, lo deponen los testigos Correa, Lizarazo y Burgos; y que también a ellos debe dárseles credibilidad y ameritarse en su valor probatorio porque todos sus asertos fueron conocidos por la demandante.

"Si la prueba hubiera sido debidamente valorada —dice el recurrente— el sentenciador, dando aplicación al artículo 343 del Código Judicial, habría dado aplicación a las normas sustantivas de los artículos 2512, 2513, 2518 y 2531 del Código Civil declarando consumada la prescripción extraordinaria, y no habría aplicado los artículos 946 y 950 del mismo Código".

3. Y luego de transcribir algunas doctrinas de la Corte respecto de los requisitos de la prescripción extraordinaria, como modo de extinguir los derechos ajenos, el impugnador remata la formulación de esta censura expresando que la prueba testifical referida es eficaz para acreditar el hecho exceptivo invocado en su defensa por los demandados, puesto que, dice, "no aparece que se hubiese realizado ningún acto posesorio por la demandante ni con anterioridad al tiempo de los títulos que presenta, ni con posterioridad a ellos, y sí por el contrario que la posesión del padre Juan Nepomuceno Goyeneche fue anterior y posterior a tales títulos y que nunca fue interrumpida. Los primeros actos que la demandante trata de ejecutar como dueña —añade— lo son con posterioridad al fallecimiento del padre Goyeneche. Y no hay que olvidar que éste falleció en el año de 1960 y que este juicio ordinario se inició en noviembre de 1962".

Se considera.

1. Al proceder la Sala a decidir este cargo, encuentra que él también adolece de un defecto de técnica que lo hace necesariamente improspero, cual es el de no estructurar proposición jurídica completa.

Se ha dicho, en efecto, que "cuando la sentencia del Tribunal *ad quem* decide sobre una situación dependiente, no de una sola norma sino de varias que se combinan entre sí, la censura en casación, para ser cabal, tiene que investir la forma de lo que la técnica llama proposición jurídica completa. Lo cual se traduce en que si el recurrente no plantea tal proposición, señalando como vulnerados todos los textos que su estructura exige, sino que se limita a hacer una indicación parcial de ellos, el ataque es vano". (Sentencia de 16 de noviembre de 1967, aún no publicada).

2. Y esto es lo que acontece con el cargo que aquí se considera, puesto que habiéndose apoyado principalísimamente la sentencia del Tribunal en el precepto legal contenido en el artículo 1388 del Código Civil, dicha norma no ha sido acusada en la demanda de casación,

ni la Corte puede oficiosamente estudiar este aspecto de la cuestión por impedírselo el carácter eminentemente dispositivo del recurso.

El precepto que para acoger las peticiones de la demandante aplicó el Tribunal fue básicamente el precitado artículo 1388 del Código Civil, conforme al cual "las cuestiones sobre la propiedad de objetos en que alguien alegue un derecho exclusivo, y que en consecuencia no deben entrar en la masa partible, serán decididas por la justicia ordinaria, y no se retardará la partición por ellas". Como la aplicación de este precepto no ha sido acusada en la demanda de casación, y a la Corte no le es dado considerar oficiosamente si él estuvo bien o mal aplicado, la legalidad de la sentencia del Tribunal queda en pie porque la aplicación de dicha norma continúa amparada por la presunción de acierto.

3. Tratándose de procesos en que se persigue la exclusión de bienes indebidamente inventariados como activo de una sucesión y la restitución consecuencial, las normas sustanciales en que debe basarse el ataque en casación a la sentencia de segunda instancia, cuando ésta acoge las súplicas de la demanda, tendrán que ser no solamente las que consagran la prescripción invocada por el demandado en su defensa, sino también las concernientes a la propiedad y a la acción de exclusión en que se funda la titularidad del derecho que reclama el demandante. Porque muy a pesar de que el ataque por inaplicación de las primeras resulte victorioso, no será posible, por impedirlo la misma naturaleza de las cosas, hacer la declaración de prescripción estando en pie el reconocimiento de dominio del demandante sobre el mismo bien y la orden judicial de su exclusión del inventario sucesoral.

Esta defectuosa formulación del cargo lo torna ineficaz, y, en consecuencia, se rechaza.

IV. *Sentencia sustitutiva.*

Viene de todo lo dicho la conclusión de que por la prosperidad del cargo segundo el fallo aquí impugnado habrá de casarse; pero que como su quiebra es sólo por el eficaz ataque que se ha hecho a parte de las resoluciones en él contenidas, la sentencia de reemplazo ha de reproducir las decisiones cuyas censuras resultaron imprósperas.

V. *Decisión.*

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *casa* la sentencia de fecha veinticuatro (24) de marzo de mil novecientos setenta y uno (1971), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo en este proceso ordinario de Marina Osorio Gayón contra los herederos del presbítero Juan Nepomuceno Goyeneche, y actuando como Tribunal de instancia *reforma* la proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de esa ciudad el siete (7) de septiembre de mil novecientos setenta (1970), la cual por tanto queda así:

Primero. Declárase que la demandante Marina Osorio Gayón es dueña de los predios "El Paraguas", "El Hato" y "El Hospital", ubicados todos dentro de la jurisdicción del Municipio de Boavita, en la vereda de Sacachova los dos primeros y de Cácota el tercero, comprendidos dentro de las alindaciones que para cada uno de ellos describe la demanda.

Segundo. Declárase que los referidos predios fueron indebidamente inventariados y secuestrados dentro del proceso sucesorio del presbítero Juan Nepomuceno Goyeneche.

Tercero. Decrétase, consecuencialmente, la exclusión de ellos del inventario practicado en la sucesión referida, y el levantamiento del secuestro que sobre ellos pesa.

Cuarto. Condénase a los demandados Bernarda Goyeneche Carvajal, Luis Fernando y Margarita Goyeneche Poveda y Julia Estela Goyeneche Vargas a restituir a la demandante, dentro de los treinta días siguientes a la ejecutoria de este fallo, los predios a que se hizo alusión.

Quinto. Condénase a los mismos demandados al pago de las costas de la primera y la segunda instancia del proceso.

Sexto. Reconócese a la demandante Marina Osorio Gayón el derecho a percibir los frutos naturales y civiles producidos por los referidos tres predios, para lo cual deberá entenderse con el secuestre designado en el proceso sucesorio del presbítero Juan Nepomuceno Goyeneche; y

Séptimo. Sin costas en el recurso extraordinario.

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

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

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

FILIACION NATURAL

Error de hecho en la apreciación de las declaraciones.—Ley nueva: su aplicación a hechos anteriores de medios nuevos de prueba consagrados en ésta.—Legitimación en causa pasiva en juicios de paternidad.—Efectos de la sentencia: erga omnes **e** inter partes.— **Intervención del albacea.**

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

(Magistrado ponente: doctor Ernesto Cediel Angel).

Decídese el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 4 de mayo de 1971, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el proceso ordinario de Libardo Hernández y otro contra Silvia Pulecio viuda de Moreno y otros.

El litigio.

Ante el Juzgado Civil Municipal de El Colegio, Libardo y Euclides Hernández demandaron a "Silvia Pulecio viuda de Moreno, en su condición de albacea testamentario, y Alfredo Enrique Moreno Pulecio, Juan de Dios Moreno Pulecio y Silvia Moreno de Arenas, ...en su condición de herederos testamentarios como hijos legítimos del señor Alfredo Moreno Bonilla", a intento de que se declarase que los demandantes son hijos naturales del último; que en tal carácter tienen derecho a concurrir con los demandados Moreno Pulecio y Moreno de Arenas en la sucesión de su padre; y "que los demandados Silvia Pulecio viuda de Moreno, en su condición de albacea con tenencia de bienes, y Alfredo Enrique Moreno Pulecio, Juan de Dios Moreno Pulecio y Silvia Moreno de Arenas, deberán entregar..., en la proporción legal, los frutos causados desde la muerte del señor Alfredo Moreno Bonila, así como el derecho pleno y la posesión" sobre los inmuebles que se determinen en el libelo.

Como *causa petendi* afírmase en la demanda que entre Alfredo Moreno Bonilla y Eusebia Hernández existieron en forma pública, notoria e ininterrumpida, relaciones de marido y mujer desde mediados de 1919 hasta 1936; que de dichas relaciones nacieron Euclides y José Libardo, el 11 de junio de 1921 y el 10 de abril de 1924, respectivamente; que Alfredo Moreno Bonilla solicitó a su íntimo amigo Eugenio Cruz sirviera de padrino de sus dos hijos, razón por la cual se daban el trato de compadres; que desde el nacimiento de aquéllos y hasta el año de 1939, Alfredo sufragó sin interrupción los gastos de alimentación, vestido, educación y establecimiento de Euclides y Libardo; que en los años de 1932 a 1937 puso a éstos en la escuela rural que existía en la Hacienda de Zadén y les suministraba los útiles escolares; que en 1937 los puso en la escuela que funcionaba en la población de El Colegio, y sufragaba los gastos de alimentación y de útiles de estudio; que una vez que salieron del colegio, Euclides y Libardo colaboraron con su padre en los trabajos que tenía como administrador de la Hacienda de Zadén, desde 1938 hasta 1943, y le ayudaban a llevar cuentas y a pagar peones; que en el año últimamente mencionado, con el propósito de que se establecieran independientemente en las labores agrícolas, Alfredo les dio unas mejoras de café y plátanos situadas en la parte superior de la Hacienda de Zadén; que por el trato que aquél les dio, los parientes y amigos de Moreno Bonilla tuvieron siempre a Libardo y a Euclides como hijos naturales suyos; que el 24 de junio de 1936 Alfredo contrajo matrimonio con Silvia Pulecio, unión de la cual nacieron Alfredo Enrique, Juan de Dios y Silvia, todos con posterioridad a 1937; que Moreno Bonilla, quien otorgó testamento por medio de la escritura 594

de 24 de julio de 1966, pasada ante el Notario de La Mesa, falleció en El Colegio el 11 de junio de 1967; que en su memoria testamentaria Alfredo designó a Silvia Pulecio como albacea e instituyó a sus hijos legítimos como herederos universales, pretiriendo a sus dos hijos naturales, que los bienes relacionados en el libelo tienen el carácter de gananciales, puesto que fueron adquiridos a título oneroso dentro del matrimonio de Alfredo y Silvia; y que los gananciales de Alfredo, que constituyen sus bienes relictos, se hallan en poder de los demandados, quienes los poseen.

Con oposición de aquellos, quienes negaron la casi totalidad de los hechos en que se apoyan las pretensiones de la parte actora, adelantóse el trámite de la primera instancia, la que culminó con la sentencia del 10 de junio de 1969, mediante la cual el Juzgado declaró: 1º Que Euclides Hernández es hijo natural de Alfredo Moreno Bonilla, ya fallecido; 2º Que Libardo o José Libardo Hernández es hijo natural del mismo Alfredo Moreno Bonilla; 3º Que los demandantes tienen derecho, en su condición ya dicha de hijos naturales, a concurrir con los demandados Moreno Pulecio y Moreno de Arenas a recibir los bienes dejados por Alfredo Moreno Bonilla, en la proporción que establece el artículo 18 de la Ley 45 de 1936; 4º Que la demandada Silvia Pulecio viuda de Moreno, en su condición de albacea testamentaria, deberá pagar a los demandantes "en la proporción legal, los frutos percibidos desde el día once de junio de mil novecientos sesenta y siete, fecha del fallecimiento del señor Alfredo Moreno Bonilla, hasta cuando se verifique el pago, proveniente de los bienes que se relacionan en el punto d) de las peticiones enumeradas en la demanda"; 5º Que los demandados están obligados a entregar a los demandantes, en la proporción legal que les corresponda, "los bienes y sus frutos sobre cualesquiera (sic) otro bien no comprendido en la relación últimamente indicada, ya sean muebles e inmuebles y que con posterioridad se pudiere establecer que pertenecen a la sucesión de Alfredo Moreno Bonilla"; 6º Que de acuerdo con lo resuelto queda reformado el testamento otorgado por éste; 7º Que, en consecuencia, la partición de los bienes relictos en el proceso de sucesión que cursa en el mismo Juzgado, deberá hacerse en la forma indicada en el presente fallo o reformarse en consecuencia con el mismo si ya se hubiere hecho. Ordenó, además, inscribir la sentencia en la Oficina de Registro de La Mesa, y condenó en costas a los demandados, los cuales apelaron de esa resolución.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante la sentencia de 4 de mayo de 1971, confirmó los ordinales primero, segundo, tercero, quinto, sexto, séptimo, octavo y noveno del fallo de primer grado; reformó el cuarto en el sentido de declarar "que la albacea con tenencia y administración de bienes únicamente está obligada a restituir los frutos que hubiere percibido durante el tiempo que duró la administración", y que "los demás deberán ser pagados por los herederos en la proporción que corresponda"; y condenó a los apelantes a pagar las cinco sextas partes de las costas del recurso.

La parte vencida, según se expresó, interpuso contra esta decisión el recurso extraordinario que hoy se decide.

Motivación de la sentencia impugnada.

Consideró necesario el Tribunal, antes de examinar las causales invocadas para la declaración judicial de paternidad, elucidar algunas cuestiones planeadas por la parte demandada referente a la legitimación en la causa de quienes fueron demandados, y con fundamento en doctrinas de la Corte llegó a las siguientes conclusiones:

a) "que es injurídico sostener que la demanda se debe dirigir contra la sucesión y no contra los herederos, dado que, según se vio, la primera no tiene capacidad para ser sujeto del proceso y que ella (la capacidad) radica en los herederos"; y

b) que "en lo tocante con que la señora Silvia Pulecio de Moreno no es heredera sino albacea y por lo mismo no podía ser demandada en tal carácter como legítimo contradictor en la pretensión de filiación natural, es evidente este aserto"; pero que debe tenerse en cuenta que según el artículo 1352 del Código Civil, "el albacea puede comparecer en juicio no solamente para defender la validez del testamento sino también 'cuando le fuere necesario para llevar a efecto las disposiciones testamentarias que le incumban', y es apenas lógico que en virtud de una reforma del testamento no podrá cumplir la voluntad del testador, pues esta última significa como la acepción de la palabra misma lo indica, un cambio, una transformación total o parcial de lo mandado por el causante en el testamento. Pero aun cuando así no fuera —agrega— y partiendo de la base de que el albaceazgo ha terminado, el haber demandado a la señora Silvia Pulecio viuda de Moreno en

ese carácter, no impide en forma alguna un pronunciamiento de fondo en relación con la cuestión controvertida, ya que muerto el padre los efectos de la sentencia ya no lo son *erga omnes,* sino apenas *inter partes* y si el litis consorcio que se forma entre los herederos demandados es facultativo y no necesario, mucho menos lo es el que se haya formado, en virtud de esta demanda, entre el albacea y los herederos".

Expone en seguida el sentenciador razonamientos encaminados a desvirtuar algunas argumentaciones de los demandados, que carecen de interés para la decisión del recurso extraordinario, y al adentrarse en el estudio de la pretensión sobre filiación natural deducida en la demanda advierte que son dos las causales en que aquéllas se apoyan: la de relaciones sexuales estables y notorias entre Alfredo Moreno Bonilla y Eusebia Hernández, y la de posesión notoria del estado de hijo natural de los demandantes respecto del primero. Mas al hallar que "no se adujo al proceso elemento ninguno de prueba para la demostración de dichas relaciones sexuales estables y notorias", contrae su examen a la segunda de las causales alegadas.

Al acometer su estudio, nota el Tribunal que la Corte, con fundamento en el artículo 6º de la Ley 45 de 1936, ha dicho que son tres los elementos que estructuran la posesión notoria del estado civil de hijo natural, a saber: "1º Que el respectivo padre o madre haya tratado al hijo como tal, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento; 2º Que los deudos y amigos del padre o madre, o el vecindario del domicilio en general, lo hayan reputado como hijo de dicho padre o madre, a virtud de aquel tratamiento; y 3º Que las relaciones de tal género entre el padre o madre e hijo y la reputación aludida, hayan durado diez años, al menos en forma continua". Y luego de advertir que para dar por establecida la posesión notoria "se requiere un conjunto de testimonios que además de ser fidedignos, de dar plena fe de su dicho, la establezcan de un modo irrefragable, o lo que es igual, sin que quede la menor duda al respecto", y de transcribir algunas doctrinas de la Corte acerca del alcance del artículo 399 del Código Civil, aplicable a la filiación natural por mandato del 7º de la Ley 45 de 1936, analiza la prueba testimonial allegada por los demandantes, para concluir que con ella se establecen los siguientes hechos:

"1º Los declarantes fueron vecinos del Colegio y vivieron, con excepción de Tarquino, en sitios próximos a las haciendas de Junca, Zadén y Antioquia y algunos trabajaron allí.

"2º Los declarantes presenciaron desde mil novecientos veintisiete hasta mil novecientos treinta y nueve el trato que daba Moreno a los Hernández y que era el de padre a hijos.

"3º Se dieron cuenta de que Alfredo atendió a los gastos de sostenimiento y educación de los menores durante la época comprendida en esos años expresados, tanto cuando estuvieron en la escuela de Lucerno como cuando pasaron al 'Colegio' (zona urbana).

"4º El demandante sufragaba lo correspondiente a la alimentación de Libardo en la pensión de Juan Cantor.

"5º En el año de mil novecientos treinta y siete, Alfredo dio a los Hernández, con el fin de ayudarles en su establecimiento, unas mejoras consistentes en plátanos, en árboles frutales, café y situadas en la finca Zadén, así como también les regaló una potranca con el mismo fin.

"6º Ese trato de padre e hijo fue presenciado por todos los vecinos del Colegio, quienes tuvieron como hijos de Alfredo a Libardo y Euclides Hernández.

"7º Esa posesión notoria duró más de diez años. (1927 a 1939)".

Refiérese a continuación, para desecharlos, a los reparos que los demandados les formularon a los testimonios aducidos por la parte demandante, y observa, de una parte, que "debe hacerse incapié en que aquí no se está discutiendo la validez de la donación o regalo de las mejoras, sino la calidad de hijos naturales de los demandantes, por lo cual si la donación mencionada sobrepasó la cantidad de $ 2.000, ello no obstaría para que se tuviera como demostrado el que Moreno les dio para establecerse a los mencionados Euclides y Libardo tales mejoras y la potranca". Y de otra que "tampoco el que se hubiese omitido a los Hernández en el testamento de Moreno puede oponerse como prueba que contrarreste la posesión notoria; pues precisamente esa omisión es lo que determinó que ellos tuvieran que acudir a la vía judicial", puesto que "si cada hijo que se pretermitiera en un testamento no tuviera la calidad de tal, no prosperaría jamás una acción de filiación natural cuando el padre hubiera otorgado testamento y no hubiera hecho el reconocimiento de su hijo o hijos".

En relación con la prueba testimonial allegada por los demandados dice el sentenciador que "con estas declaraciones jamás puede enervarse lo dicho por los deponentes de la parte actora, ya que a la mayoría no les hubieran permitido tener conocimiento de ese trato de padre e

hijos''. Observa que el hecho de que Eusebia Hernández hubiera tenido otros hijos en la época en que Alfredo trató a Euclides y a Libardo como tales, ''sería un obstáculo para la declaración de paternidad que se hubiera basado en relaciones sexuales mantenidas entre Alfredo y Eusebia durante la época en que nacieron esos otros hijos'', pero no para la que se funda en la posesión notoria, que es la que en el caso *sub lite* se encontró probada. Que, por otra parte, como en el proceso se halla establecido que ''cuando se produjo el nacimiento de esas otras personas, según puede deducirse fácilmente de las partidas acompañadas por la misma parte demandada, los Hernández ya habían nacido, no se puede entonces sostener que para la época en que se dice existieron las relaciones sexuales entre Eusebia y Moreno ésta hubiera mantenido relaciones con otros hombres''.

Termina expresando que ''debe modificarse sí lo tocante con el ordinal 4º de la sentencia recurrida por cuanto, según el certificado acompañado (folio 5 vto. cuaderno número 8), se deduce que el albaceazgo terminó y por consiguiente no puede la señora Silvia Pulecio seguir desempeñando funciones de tal, ni ser condenada tampoco en esa calidad, por épocas en que no ejercitó administración de bienes''.

La demanda de casación.

Con fundamento en la causal primera formúlanse en ella cuatro cargos contra la sentencia del Tribunal, que serán estudiados en el mismo orden en que fueron propuestos.

Cargo primero.

Denúnciase en él aplicación indebida de los artículos 1º, inciso 1º y 4º, ordinal 5º, de la Ley 45 de 1936, a causa del error de derecho en que habría incurrido el sentenciador al estimar el mérito probatorio de los testimonios rendidos por Manuel Vicente Castañeda, Pedro Pablo Cruz, Gabriel Mancera Nieto, Wenceslao y Luis Velásquez Muñoz, Florentino Vargas y José María Carreño, ''en cuanto por su dicho se dio como bien probada la posesión notoria del estado de hijo natural de Libardo y Euclides Hernández respecto del presunto padre Alfredo Moreno Bonilla, con base en que éste adquirió y donó a aquéllos para su establecimiento unas mejoras consistentes en 'plátanos, café y árboles frutales', situadas en la finca 'Zadén', así como también les regaló una potranca con el mismo fin' ...y en cuanto además aceptó con validez de plena prueba para establecer esos hechos y esa posesión, los testimonios de los mismos citados Gabriel Mancera Nieto y Wenceslao y Luis Alberto Velásquez Muñoz, a pesar de que por su edad (3, 4 y 9 años respectivamente), en la época a que aluden sus testimonios (1927 a 1936) no podían aceptarse como testimonios fidedignos que establezcan la posesión notoria de un modo irrefragable''.

Observa el censor que los testigos se limitaron a reproducir el interrogatorio que en el punto se les formuló, pero que no dan la razón de su dicho pues no expresan las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se habría llevado a cabo la entrega de las mejoras y de la potranca a los supuestos hijos naturales. ''Porque si se trataba —dice— del usufructo de un inmueble o de inmuebles por adhesión permanente, la prueba de su donación y tradición en general, no se hace por testimonio sino ad solemnitatem, con el respectivo título escriturario (Art. 756 y 1957 del C. C.)'', ya que al tenor del 1760 *ibídem* la falta del instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley exige esa solemnidad.

Expresa que el sentenciador incurrió en error de derecho en la apreciación de tales pruebas ''porque aparece de manera manifiesta en los autos que los testigos nada dijeron distinto de su afirmación escueta sobre la entrega de las mejoras y la potranca y que por lo mismo, el fallador tampoco pudo tener más convicción de la que se deriva de ese dato escueto''. Que sus testimonios ''no llenan las condiciones que exigen los artículos 6º de la Ley 45 de 1936 y 398 del Código Civil para configurar esos elementos de la posesión notoria del estado de hijo natural, y por tanto el Tribunal al darle a esos testimonios tal fuerza probatoria incurrió en error de derecho en la apreciación de la prueba, que lo indujo a aplicación indebida del artículo 1º de la Ley 45 de 1936 en armonía con el artículo 4º, inciso 1º y ordinal 5º de la misma ley, que son normas sustantivas, al declarar que Libardo y Euclides Hernández son hijos naturales de Alfredo Moreno Bonilla''.

La Corte considera.

1. El Tribunal no dio por probada la posesión notoria del estado de hijos naturales de los demandantes respecto de Alfredo Moreno Bonilla ''con base en que éste adquirió y donó a aquéllos para su establecimiento unas mejoras consistentes en plátanos, café y árboles frutales,

situadas en la finca Zadén", y en que les regaló una potranca, como se afirma en la censura, pues como aparece de los pasos pertinentes de la sentencia que se dejaron transcritos al extractarla, tales hechos constituyen apenas unos de los varios que llevaron al sentenciador a tener por establecidos en el proceso los elementos que estructuran la posesión notoria del estado de hijo natural. Por consiguiente, aún en el caso de que aquél hubiera incidido en el error de derecho que se le imputa, el yerro sería intrascendente por cuanto la conclusión a que llegó el *ad quem* acerca de la existencia de la posesión notoria del estado de hijos naturales de los demandantes, encontraría firme soporte en los demás hechos que aquél halló probados y que no fueron materia de ataque por el recurrente.

2. Agrégase a lo dicho que fue el móvil que llevó a Alfredo a darles a Euclides y a Libardo las mejoras y potranca mencionadas, o sea el de "ayudarles en su establecimiento", lo que tomó en cuenta el Tribunal, junto con los hechos a que alude en su sentencia, para dar por acreditados los elementos constitutivos de la posesión notoria del estado de hijos naturales, independientemente de la eficacia o ineficacia del acto jurídico generador de la entrega de tales bienes, ya que fue el propósito de contribuir con ella al establecimiento de los demandantes y no la validez de la misma lo que tomó como indicio de paternidad. De ahí que en el fallo impugnado se haga hincapié "en que aquí no se está discutiendo la validez de la donación o regalo de las mejoras, sino la calidad de hijos naturales de los demandantes, por lo cual si la donación sobrepasó la cantidad de $ 2.000, ello no obstaría para que se tuviera como demostrado el que Moreno les dio para establecerse a los mencionados Euclidos y Libardo tales mejoras y potranca". Y como la entrega material de esos bienes, sea a título oneroso o a título gratuito, entrañe o no transferencia del dominio, constituye un hecho susceptible de ser demostrado con prueba testimonial, el cargo de haber incurrido el Tribunal en error de derecho al dar por establecido tal hecho con los testimonios que menciona la censura, resulta falto de fundamento.

3. Adviértese, por último, que *la equivocación en que incurra el sentenciador al apreciar el contenido de las declaraciones, la credibilidad que merezcan los testigos, la concordancia entre varios testimonios o la contradicción entre ellos, su responsividad, etc., por recaer sobre la objetividad misma de la prueba entraña un error de hecho y no de derecho. De manera que si en sentir del recurrente los testimonios a que alude en la censura no reúnen las calidades exigidas por la sana crítica probatoria para que formaren plena prueba, bien porque los declarantes no dieron la razón de su dicho, o por la "vacuidad e incertidumbre en los testimonios", o por no existir entre ellos concordancia, etc., ha debido impugnar el fallo del Tribunal por la vía del error de hecho, demostrando la contraevidencia en que éste habría incurrido al apreciarlos, y no por la del error de derecho como lo hizo.*

Se rechaza la acusación.

Cargo segundo.

Alégase en él aplicación indebida de los artículo 1º. inciso 1º y 4º, ordinal 5º, de la Ley 45 de 1936, a causa del error de hecho en que incurrió el Tribunal en la apreciación del testamento otorgado por Alfredo Moreno Bonilla, en la parte que dice: "Agrega el testador en este estado que no tiene hijos naturales".

"El Tribunal sentenciador —dice el recurrente— erró en la lectura del texto en mención, como en efecto se induce del comentario que al respecto de esta probanza hizo en el segundo parágrafo de la hoja 42 (sentencia cuaderno 6), cuando dijo:

"Tampoco el que hubiese omitido a los Hernández en el testamento de Moreno puede oponerse como prueba que contrarreste la posesión notoria pues precisamente esa omisión es lo que determinó que éllos tuvieran que recurrir a la vía judicial. Si cada hijo que se pretermitiera en un testamento no tuviera la calidad de tal no prosperaría jamás una acción de filiación natural cuando el padre hubiera otorgado testamento y no hubiera hecho el reconocimiento de hijo o hijos".

En sentir del impugnante el error de hecho es palmario, pues no se trata de que el testador hubiera omitido o pretermitido a los demandantes en su testamento, sino de que en forma expresa manifestó que no tenía hijos naturales, lo cual quiere decir: "declaro públicamente que ni los Hernández ni ningunas otras personas que lo pretendan son hijos naturales míos, que es muy distinto de colegir que los omitió para la herencia". Agrega que "este error de hecho en la apreciación de la prueba plena notarial indujo al sentenciador a no darle a la declaración pública del presunto padre la plenitud de su alcance para enervar o contrarrestar la con-

dición de 'irrefragable' y la fama del trato y reconocimiento, exigidos por el artículo 395 del Código Civil y el artículo 6º de la Ley 45 de 1936 como requisitos de la posesión notoria que el Tribunal dio por probada".

Se considera.

1. Si el error de hecho que puede alegarse como punto de partida de un cargo en casación por la causal primera, consiste en que el sentenciador no haya visto una prueba que obra en el proceso o supuesto la que en él no existe, o en que haya alterado la objetividad del medio respectivo por cercenamiento o adición de su contenido, resulta incuestionable que en el caso *sub lite* no incurrió el Tribunal en el que la censura le imputa, puesto que, como aparece del extracto que del fallo acusado se hizo, sí vio el sentenciador la declaración de Alfredo Moreno Bonilla de que "no tiene hijos naturales", contenida en su testamento. Otra cosa es que a su juicio tal declaración no pueda "oponerse como prueba que contrarreste la posesión notoria" que halló acreditada en los autos, con lo cual no estaba alterando su contenido, sino aplicando el principio general de derecho probatorio de que nadie puede, con su propio dicho, crearse una prueba a su favor.

2. De esta suerte, si el *ad quem* encontró que la negación absoluta que entraña la declaración hecha por Moreno Bonilla de no tener hijos naturales se hallaba contradicha con prueba que estimó apodíctica para establecer la posesión notoria del estado civil de hijos naturales de los demandantes respecto de aquél, y si el ataque que en cargo anterior formuló el recurrente contra la apreciación de dicha prueba resultó frustráneo, síguese que la conclusión a que en el punto llegó el Tribunal continúa amparada por la presunción de acierto.

Se rechaza el cargo.

Cargo tercero.

Formúlalo el impugnante en los siguientes términos:

"La sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, cuya casación estoy demandando, es violatoria de la ley sustantiva por aplicación indebida del artículo 1º de la Ley 45 de 1936 en armonía con el artículo 4º de la misma ley en su inciso primero y en su ordinal 5º, al declarar que Libardo y Euclides Hernández son hijos naturales de Alfredo Moreno Bonilla, dando por establecida la posesión notoria de tal estado con duración de diez (10) años continuos pero contando dicho lapso desde 1927 al año de 1939, es decir, dando virtualidad probatoria a la posesión notoria antes de entrar en vigencia la ley que la reglamentó".

Al desarrollar su acusación, expresa el censor que la exigencia legal de que la posesión notoria del estado civil de hijo natural haya durado diez años por lo menos, la dio por establecida el Tribunal con fudamento en el dicho de los testigos presentados por la parte demandante que concretaron esa posesión, por lo que a Libardo y a Euclides atañe, al lapso comprendido entre 1927 y 1939. "Pero ocurre —agrega— que la Ley 45 de 1936 que definió los hechos de posesión notoria y que consagró la aplicabilidad del artículo 398 del Código Civil en juicios de filiación natural (Arts. 6º y 7º), entró a regir el 30 de marzo de 1936 en que fue publicada. Antes de la Ley 45 de 1936 no existían los hijos naturales definidos por primera vez en el artículo 1º de esa ley. Existían hijos de padres y madres no casados, pero éstos no eran los hijos naturales que ella consagró, con posibilidades de asumir tal estado al ser reconocidos o declarados tales y con derecho a heredar. Los hijos de dañado y punible ayuntamiento han existido desde todos los siglos, pero ellos no son los hijos naturales definidos por primera vez en la Ley 45 de 1936".

En concepto del recurrente, los diez años de duración mínima de la posesión notoria del estado civil de hijo natural deben cumplirse después de la vigencia de dicha ley, pues con antelación a la misma no había lugar a declarar judicialmente la paternidad natural con base en tal posesión. Si el artículo 6º de ese estatuto —dice— señaló por primera vez los hechos constitutivos de la posesión notoria del estado civil de hijo natural, "mal puede haber podido (sic) existir tal posesión cuando no existía tal estado civil que se inició en Colombia con la concepción y otorgamiento de los derechos de dicho estado civil a partir de la ley 45 de 1936"; y mal pueden los testigos "afirmar que los hechos que vieron antes de la Ley 45 tenían el objeto del reconocimiento del hijo natural por el supuesto padre, si tal estado no era conocido en la sociedad ni en la ley".

Se considera.

1. Plantéasele una vez más a la Corte, en el cargo que se estudia, la cuestión referente a si

es o no jurídicamente admisible que los hijos extramatrimoniales nacidos antes de la vigencia de la Ley 45 de 1936 se acojan a las presunciones de paternidad consagradas en ese estatuto para obtener la declaración judicial de su filiación natural, cuestión que fue resuelta en forma afirmativa, luego de cuidadoso y exhaustivo estudio, en sentencia de 7 de abril de 1953 (LXXIV, 580 a 618), cuya doctrina en el punto ha sido reiterada en decisiones posteriores.

2. "La Ley 45 de 1936 —se lee en el fallo precitado— no vino a cambiar el estado civil de los hijos antes ilegítimos, sino a darles el instrumento legal para que pudieran establecer su verdadero estado civil, y a regular en forma distinta los efectos, los derechos y obligaciones que de tal estado deben deducirse, tal como preceptúan los artículos 19 y 20 de la Ley 153 de 1887. Al hacerlo así no pudo violar ningún derecho adquirido por los presuntos padres y muchísimo menos por los mismos hijos.

"Es cierto que la Ley 45 no expresó que las causales señaladas en su artículo 4º servían para modificar estados civiles ya vigentes por consecuencia de la legislación anterior. Pero, en primer término, ningún estado civil constituído se modifica cuando el hijo obtiene la declaración judicial o el reconocimiento voluntario de su filiación natural, como se dejó expuesto; y en segundo lugar, precisamente debido a que la Ley 45 no limitó la aplicación de sus normas a los hijos nacidos con posterioridad a ella, para el efecto de investigar y declarar o de reconocer su filiación, es imperativo concluir que se aplican tanto a éstos como a los nacidos antes de su vigencia. Es obvio, pues se trata de probar la filiación y no de crearla, desde luego que ella tiene origen en el hecho de la concepción.

"...Las razones en que se sustenta la tesis contraria conducen a darle a la sentencia un carácter constitutivo del estado civil, que peca contra elementales principios jurídicos y está en contradicción con la doctrina universal y la jurisprudencia de esta Corte.

"La sentencia, como el reconocimiento voluntario, no hace sino declarar esa filiación u otorgar la prueba de ella. En el tratado de Derecho Civil Francés de Beudant (Tomo Tercero, número 936), se lee: 'En sí misma, la filiación no es sino el hecho fisiológico de la generación; de este hecho resulta la relación que une al hijo con sus autores'. El estado civil, pues, encuentra su origen en el hecho generador. Otra cosa es que por falta de prueba en ciertos casos no pueda hacérsele valer; mas una vez demostrado por los medios legales vigentes en el momento de su alegación, todos los efectos jurídicos de aquél se producen...".

Advierte la Corte en dicho fallo que si bien es cierto que el artículo 4º de la citada Ley 45 determinó los cinco únicos casos en que la paternidad natural puede declararse, sin que sea posible hacerlo por causas distintas, también lo es que "una vez probada una de ellas en forma que el Juez la encuentre convicente, los efectos de la filiación así establecida son los generales que consagra dicho estatuto sin que importe cuándo ocurrió el nacimiento; con la única salvedad anotada, que priva de vocación hereditaria en la sucesión de sus padres a los hijos naturales concebidos antes de la vigencia de la ley, en concurrencia con legítimos de matrimonios anteriores a ella".

Y al examinar el "problema de la aplicación a hechos anteriores de medios nuevos de prueba consagrados en la ley", expresa:

"No puede alegarse que se tenga derecho adquirido a que un estado civil no se declare o establezca. Los textos citados (Arts. 20 y 23 de la Ley 153 de 1887) dicen —lo que es muy distinto— que si el estado civil se constituyó bajo el imperio de una ley, no desaparece a pesar de que ésta deje de regir. Porque entonces ese estado civil constituye una situación jurídica concreta cuyos efectos se han producido plenamente y forman parte del patrimonio jurídico y moral de la persona. Mas cuando el estado civil existe pero hace falta únicamente la prueba que lo relieve o la sentencia que lo declare, la ley nueva que establece un medio de demostrarlo antes no permitido, no crea ese estado civil originado en el hecho o actos jurídicos que lo determinan; simplemente proporcina la manera de ponerlo en evidencia. Y mucho menos puede decirse que en tal caso la ley nueva vulnere derechos adquiridos a que ese estado civil permanezca fuera del derecho.

2. Conviene notar a este propósito que en sentencia de 2 de noviembre de 1971, aún no publicada, luego de aludir esta Sala de Casación Civil a la doctrina contenida en la de 7 de abril de 1953 a que se ha hecho referencia, dijo: "Los fundamentos jurídicos que sustentan la jurisprudencia contenida en el fallo precitado, reiterada en posteriores sentencias de la Corte, son valederos hoy para afirmar que los hijos ilegítimos nacidos antes de entrar a regir la Ley 75 de 1968 (reformatoria de la 45 de 1936), pueden instaurar la acción de investigación de la paternidad natural invocando presunciones

y aduciendo pruebas de las que dicho estatuto consagra para fundar la declaración judicial respectiva". (Ordinario de Fabio Márquez Marín y otros contra los herederos de Hernando Aguilar Díaz).

3. Síguese de lo dicho que acertó el sentenciador el hacer la declaración de paternidad natural suplicada en la demanda con fundamento en la posesión notoria del estado civil de hijos naturales de los demandantes respecto de Alfredo Moreno Bonilla, que halló plenamente establecida en el proceso, no obstante haber nacido aquéllos y producídose los hechos constitutivos de la posesión notoria con anterioridad a la vigencia de la Ley 45 de 1936, y, por ende, que no quebrantó, por aplicación indebida, el artículo 4º, numeral 5º, de ese estatuto.

Es imprósperа la acusación.

Cargo cuarto.

Censúrase en él la sentencia del Tribunal por cuanto, a juicio del impugnante, infringe, por aplicación indebida, los artículos 404, 1321 y 1352 del Código Civil, "al hacer la declaratoria de filiación natural de Libardo y Euclides Hernández, respecto del presunto padre Alfredo Moreno, en acción adelantada contra el albacea testamentario Silvia Pulecio viuda de Moreno como demandada, y condenar al dicho albacea testamentario a entregar los bienes y los frutos de la herencia de Alfredo Moreno Bonilla a los supuestos hijos naturales teniendo a dicho albacea como sujeto pasivo de la acción consecuente de petición de herencia, cuando al tenor de dichas normas el albacea no es sujeto pasivo en dichas acciones".

Nota el recurrente que al tenor del artículo 404 de dicho estatuto, aplicable al caso de filiación natural por mandato del 7º de la Ley 45 de 1936, los herederos representan al contradictor legítimo ya fallecido; y que según el 1321 la acción de petición de herencia se direge contra quien ocupe ésta en calidad de heredero. De donde concluye que como Silvia Pulecio viuda de Moreno no fue demandada como heredera del presunto padre natural sino en su calidad de albacea, carece de legitimación para intervenir como sujeto pasivo de tales acciones. Más aún —dice— el artículo 1352 citado estatuye que "el albacea no podrá parecer en juicio en calidad de tal, sino para defender la validez del testamento o cuando le fuere necesario para llevar a efecto las disposiciones testamentarias que le incumban", y ninguno de estos eventos ocurre en el caso *sub lite*.

Por último remata su acusación así:

"Como el albacea como tal, no es sujeto pasivo en las acciones de filiación y de petición de herencia, por definición de los artículos 404 y 1321 del Código Civil ya transcritos en lo pertinente, normas que el artículo 1352 del mismo Código reafirma cuando limita la intervención judicial del albacea a otras situaciones diferentes a aquellas en que fue citada la albacea como demandada en este juicio y a que se contrae esta causal, se concluye que dicha sentencia es violatoria de las citadas normas sustantivas por aplicación indebida, y así pido que se declare por la honorable Corte".

Se considera.

1. Por cuanto en la cuestión de paternidad es legítimo contradictor el padre contra el hijo, o el hijo contra el padre (C. C. Art. 403), síguese que la pretensión encaminada a obtener la declaración judicial de paternidad natural tiene inexcusablemente que deducirse frente al presunto padre, mientras viva, caso en el cual el fallo que haga la declaración impetrada "no sólo vale respecto de las personas que han intervenido en el juicio, sino respecto de todos" (ibídem *401 y 402).*

2. Muerto el presunto padre natural, son sus herederos como sucesores en su patrimonio transmisible, los llamados a afrontar la controversia sobre filiación, y, por consiguiente, sólo quien tenga esa calidad está legitimado para ser sujeto pasivo de la pretensión respectiva. "En los procesos judiciales sobre la declaración de la paternidad natural —hase dicho— es legítimo contradictor precisamente el padre, y no otra persona, mientras viva. Por manera que después de su muerte son quienes continúan jurídicamente la persona del causante los llamados a contestar la demanda sobre filiación natural, esto es los herederos, parientes o extraños, siempre que en derecho ocupen la posición de quien ha fallecido". (LXXVIII, 923). A lo cual cabe agregar que hoy día la demanda de filiación, muerto el presunto padre natural, puede dirigirse, además de los herederos, contra su cónyuge, tal como lo establece el artículo 7º de la Ley 75 de 1968.

3. Pero ya sea que la demanda de filiación se haya instaurado contra los herederos del presunto padre natural, o que su intervención en el proceso haya sobrevenido a causa de la muerte de éste ocurrida después de trabada la relación procesal pero con antelación a la sentencia, el

fallo que declara la paternidad no produce efectos erga omnes *como el que se pronuncia contra legítimo contradictor, sino* inter partes, *en virtud del principio de la relatividad de la cosa juzgada que, como norma general, consagra el artículo 17 del Código Civil. Esto no significa, empero, que el hijo natural cuya filiación ha sido declarada en alguna de estas hipótesis tenga la calidad de tal únicamente en relación con quienes fueron demandados, como algunos lo sostienen, puesto que tesis semejante constituiría un atentado inadmisible contra el principio de la indivisibilidad del estado civil, sino, simplemente, que dicho fallo es inoponible a quienes no fueron parte en el proceso en que se profirió, en lo concerniente a los efectos patrimoniales que de él se derivan.*

4. "La aplicación de la teoría del legítimo contradictor no se vincula al concepto de divisibilidad del estado, sino al de oponibilidad del fallo sobre él, esto es, como lo dice Josserand con la cita de muchos e ilustres expositores, a saber en frente de qué personas puede prevalerse el demandante de las consecuencia que corresponden al estado que se ha atribuido por sentencia judicial. No es, pues, que en relación con unos herederos del padre sea hijo natural y con otros no, sino que solamente tiene derecho a reclamar los efectos que dicha paternidad acarrea contra los herederos que haya vencido en juicio contradictorio. Los que no litigaron no tienen por qué mermar su derecho herencial para integrar la participación que corresponde al actor victorioso. La declaración de heredero, cuando había lugar a hacerla se entendía hecha sin perjuicio de terceros. Es el mismo fenómeno que se opera con las sentencias condenatorias en juicios de dominio; no se puede decir en casos tales que el actor sea más o menos dueño, o dueño para unos y no para los demás, sino que el fallo que lo declara tal no tiene obligatoriedad y alcances sino en relación con el litigante vencido". (LI. 636).

5. Síguese de lo hasta aquí expuesto que *la pretensión sobre filiación natural no puede deducirse frente al albacea como tal, no sólo por la razón ya dicha de que después de muerto el presunto padre natural son sus herederos y su cónyuge las únicas personas legitimadas para intervenir como sujetos pasivos de la misma, sino porque al tenor del artículo 1352 del Código Civil "el albacea no podrá parecer en juicio en calidad de tal, sino para defender la validez del testamento, o cuando le fuere necesario para llevar a efecto las disposiciones testamentarias que le incumban", hipótesis éstas que, como es obvio, no se dan cuando se persigue la declaración judicial de paternidad natural.*

6. Aunque el cargo que se estudia, por lo que atañe a la filiación declarada, no puede ser acogido por adolecer de la deficiencia técnica consistente en no estructurar proposición jurídica completa, desde luego que omitió el impugnante señalar como infringidas por el sentenciador las normas que le sirvieron de fundamento para hacer tal declaración, lo que lo hace necesariamente ineficaz, se imponía hacer las anteriores consideraciones a fin de señalar, desde el punto de vista doctrinario, el desacierto del Tribunal al hacer esa declaración frente a Silvia Pulecio de Moreno, quien fue demandada exclusivamente como albacea, en lugar de pronunciar en relación con ella fallo absolutorio dada su manifiesta carencia de legitimación en la causa. Máxime cuando en la sentencia recurrida reconoce aquél "que la señora Silvia Pulecio de Moreno no es heredera sino albacea y por *lo mismo no podía ser demandada en tal carácter, como legítimo contradictor en la pretensión de filiación natural*". (Se subraya). Sin que sea valedera, para justificar el pronunciamiento hecho frente a ella, la observación del Tribunal de que "debe tenerse en cuenta que según el mismo artículo 1352, ...el albacea puede comparecer en juicio no solamente para defender la validez del testamento sino también 'cuando lo fuere necesario para llevar a efecto las disposiciones testamentarias que le incumban', y es apenas lógico que en virtud de una reforma del testamento no podrá cumplir la voluntad del testador", por la sencilla razón de que en la pretensión sobre filiación natural no está en juego la validez de la memoria testamentaria del presunto padre, ni con ella se busca llevar a efecto disposiciones de la misma que incumban al albacea, caso en el cual éste tendría que actuar como demandante y no como demandado.

7. La acusación, en cambio, está llamada a prosperar en cuanto la sentencia acogió frente a Silvia Pulecio de Moreno la acción de petición de herencia que como consecuencial de la filiación se ejercitó en la demanda, puesto que por mandato expreso del artículo 1321 del Código Civil dicha acción sólo puede hacerse valer frente a quien ocupe la herencia "en calidad de heredero", y Silvia no fue demandada en ese carácter sino como albacea. En tales condiciones, vale decir, no estando legitimada en la causa para afrontar tal pretensión, ha debido hacerse respecto de élla un pronunciamiento absolutorio.

A lo cual agregar que la condena a pagar los frutos de los bienes relictos sólo puede imponer-

se el albacea como consecuencia del examen de las cuentas que según el artículo 1366 del Código Civil debe rendir, "luego que cese en el ejercicio de su cargo", ya que sólo mediante ese examen se puede establecer el saldo a favor o en contra de aquél. Así se desprende del texto del artículo 1367 *ibídem,* de acuerdo con el cual "el albacea, *examinadas las cuentas por los respectivos interesados, y deducidas las expensas legítimas* (se subraya), pagará o cobrará el saldo que en su contra o a su favor resultare, según lo prevenido para los tutores o curadores en iguales casos".

8. Al acoger el Tribunal la segunda de las pretensiones deducidas en la demanda, la de petición de herencia, frente a Silvia Pulecio de Moreno, quien, según se dejó visto, no fue demandada como heredera sino en su calidad de albacea, quebrantó directamente, por aplicación indebida, el artículo 1321 del Código Civil, por la cual ha de casarse el fallo de segundo grado.

Sentencia sustitutiva.

Las razones que llevaron a la Corte a quebrar el fallo impugnado por aplicación indebida del artículo 1321 precitado, le sirven de fundamentos para absolver a Silvia Pulecio de Moreno de los cargos que con base en ese precepto se le formularon. Al reformar en lo pertinente dicho fallo, se reproducirán los ordenamientos que no fueron materia de ataque en el recurso extraordinario, y aquellos respecto de los cuales no tuvo éxito la acusación.

Resolución.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *casa* la sentencia recurrida de fecha cuatro de mayo de mil novecientos setenta y uno, y como Tribunal de Instancia resuelve:

Primero. Confirmar los numerales primero, segundo, tercero, sexto, séptimo, octavo y noveno de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Municipal de El Colegio el diez de junio de mil novecientos sesenta y nueve.

Segundo. Revocar el numeral cuarto de dicho fallo para absolver, en su lugar, a Silvia Pulecio de Moreno de los cargos que se le formulan en la petición cuarta de la demanda.

Tercero. Reformar el numeral quinto de esa misma providencia en el sentido de absolver a la demandada Silvia Pulecio de Moreno de los cargos formulados en la petición quinta de la demanda.

Cuarto. Condenar a los demandados en las cinco sextas partes de las costas causadas en las dos instancias.

Quinto. Condenar a los demandantes a pagar a la demandada Silvia Pulecio de Moreno las costas de ambas instancias.

Sexto. Sin costas en el recurso extraordinario.

Cópiese, notifíquese, devuélvase oportunamente al Tribunal de origen, e insértase en la *Gaceta Judicial.*

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

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD

Coadyuvancia: intervención principal y adhesiva. El coadyuvante puede ejercitar la actividad propia de parte y aún interponer recursos, siempre que su actuación no contradiga la de la principal.—Prescripción y caducidad.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil—Bogotá, D. E., 27 de abril de 1972.

(Magistrado ponente: doctor Aurelio Camacho Rueda).

Decídese el recurso de casación interpuesto por los coadyuvantes de la parte demandada, Octavia Restrepo viuda de Sierra y Ricardo Sierra R., contra la sentencia proferida el 5 de noviembre de 1970 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el proceso adelantado por Jesús María Ospina M., frente a Luz Amparo Restrepo de Ospina y a los menores Alberto, Rodrigo, Gloria Fanny, María Luz Restrepo Sierra, representados por su curador Gildardo Molina Vidal.

I. *El litigio.*

1. En demanda repartida al Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Medellín, Jesús María Ospina M. solicitó que, previa la ritualidad de un juicio ordinario, se declarase que los menores mencionados "no son mis hijos legítimos como lo presume el mencionado artículo 213 del Código Civil colombiano y solo naturales de la mencionada madre Luz Amparo Restrepo de O., pues impugno dicha paternidad", por lo que, consecuencialmente, quedan libres o expectantes a ser reconocidos por cualesquiera hombre (sic) como sus hijos naturales también.

2. Como hechos justificativos de la *causa petendi,* relacionó el demandante los siguientes, que se sintetizan:

a) Que contrajo matrimonio católico con Luz Amparo Restrepo el 29 de mayo de 1960 en Sevilla (Ebéjico) y que, tres días después, se fue al Departamento del Valle "a buscar la manera de establecerme para podérmela llevar conmigo".

b) Que antes de transcurrir un mes de este abandono por parte suya, Luz Amparo fue "sonsacada" por Ricardo Sierra Sierra con el engaño de que el demandante no volvería, llevándosela a vivir a su finca "La Favorita", ubicada en Sevilla, corregimiento de Ebéjico, en donde hicieron vida marital hasta la muerte de Sierra acaecida el 9 de diciembre de 1967, de la cual fueron fruto Alberto, Rodrigo Antonio, Gloria Fanny y María Luz.

c) Que debido a la conducta anormal de su esposa, el demandante no "volvió a Sevilla (Ebéjico) sino ahora después de la muerte del citado señor Sierra y cuando lo hizo algunas veces fue de manera transitoria"...

d) Que Sierra Sierra reconoció como hijos naturales suyos a Alberto, Rodrigo Antonio y Gloria Fanny por medio de la escritura pública número 112, otorgada el 19 de enero de 1966 en la Notaría Quinta de Medellín, debidamente registrada, explicando la no inclusión de María Luz por no haber nacido aún, "no obstante lo cual ocurre que, a pesar de todo lo anterior y dentro de la sucesión del señor Ricardo Sierra Sierra por petición de Luz Amparo Restrepo y a pesar también de mis impugnaciones dentro del mismo, la ley se empeña, por ser así, en tenerme como el padre legítimo de tales menores", debido a la presunción de paternidad legítima consagrada en el artículo 213 del Código Civil.

3. Admitida la demanda, designado el curador a los menores y accedido que hubo el Juzgado, con aplicación del Art. 233 del anterior Código Judicial, a la intervención de Octavia Restrepo viuda de Sierra y Ricardo Sierra R., en sus condiciones de cónyuge sobreviviente e hijo legíti-

mo, respectivamente, de Ricardo Sierra Sierra, como coadyuvantes de la parte demandante, se adelantó normalmente el proceso y se allegaron a él las pruebas solicitadas.

4. Al contestar la demanda, Luz Amparo dijo, en memorial de 7 de noviembre de 1969, lo siguiente:

"Y en consecuencia le manifiesto que no me opongo a la referida demanda, por que los hechos narrados en élla son absolutamente ciertos todos éllos, cuestión que ya se ha debatido en la sucesión del señor Ricardo Sierra Sierra y en otros juicios que se han ventilado o están ventilándose separadamente, en donde mi marido Jesús María Ospina Muñoz ha pregonado a los cuatro vientos que repudia como suyos los citados hijos míos cuyos nombres ya se anotaron, diciendo que no son hijos legítimos de él, como efectivamente no lo son... Para mayor abundamiento, me permito acompañarle a este memorial copia de la escritura del reconocimiento hecho por Ricardo Sierra Sierra de sus hijos naturales Alberto, Rodrigo y Gloria Fanny Restrepo".

5. Por su parte, el curador de los menores, en escrito de 5 de diciembre de 1969, expresó:

"No me opongo a que se hagan las declaraciones solicitadas en la demanda que, calendada en el mes de septiembre de 1969, es visible a folios 6 y 7 del expediente. Y es porque, señorita doctora, el demandante ha quedado relevado de toda obligación de probar los hechos aducidos a su libelo, por la demandada Luz Amparo Restrepo López haber accedido a todos éllos en la contestación visible a folios 17 fte. y vto. Aparte de éllo, militan las partidas de nacimiento visibles a folios 2, 3, 4 y 5, al igual que el reconocimiento de la paternidad natural que, respecto de los menores Alberto, Rodrigo y Fanny Restrepo, hace el señor Ricardo Sierra Sierra en la ya citada escritura pública número 112 de enero 19 de 1966".

6. Las anteriores manifestaciones de Luz Amparo y del curador de los menores fueron repetidas en los respectivos alegatos de conclusión, presentados al Juzgado del conocimiento el 6 y el 11 de marzo de 1970.

7. En posición de pugna se situaron los coadyuvantes Octavia Restrepo viuda de Sierra y Ricardo Sierra R. En efecto, en el memorial correspondiente manifestaron que, "por las razones que dejamos expuestas, solicitamos se admita nuestra intervención en el juicio 'ordinario', citado al principio de este escrito, *para impugnar la causa del demandante*" (se subraya); y en el alegato de conclusión su apoderado dijo que, "en esta forma, el pretendido derecho de repudio de la legitimidad de los hijos que se quieren hacer pasar como naturales de la señora Luz Amparo Restrepo, carece de base y la acción para impugnar está prescrita o caducada", por lo que, en virtud de las "razones expuestas, sírvase, señorita Juez, rechazar las peticiones consignadas en la demanda inicial".

8. La primera instancia finalizó con sentencia calendada el 15 de abril de 1970, por medio de la cual el Juzgado negó "las declaraciones impetradas por el señor Jesús María Ospina M. en contra de los menores Alberto, Rodrigo, Gloria Fanny y María Luz, sus presuntos hijos legítimos", condenando en costas al demandante. Habiéndose iniciado la segunda por apelación de éste, terminada a su vez por medio de la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el 5 de noviembre del mismo año, en la que resolvió lo siguiente:

"1º *Declarar desvirtuada* la presunción legal de paternidad legítima, referente a que los menores Alberto, Rodrigo, Gloria Fanny y María Luz Restrepo Sierra son hijos legítimos del matrimonio católico que contrajeron Jesús María Ospina M. y Luz Amparo Restrepo López, el veintinueve (29) de mayo de mil novecientos sesenta (1960).

"2º *No se hacen* las demás declaraciones solicitadas.

"3º *Costas* de las instancias a cargo de los opositores Octavia Restrepo viuda de Sierra y Ricardo Sierra R.".

Providencia esta aceptada por los demandados y contra la cual los coadyuvantes opositores interpusieron el recurso extraordinario que entra a estudiarse.

II. *La sentencia acusada.*

9. Después de historiar el proceso, el fallador afirma que de las pruebas alegadas por la demandante, consistentes: en declaraciones de testigos, que apoyan las afirmaciones hechas por ésta en la demanda; en la copia de la escritura pública en la que Ricardo Sierra Sierra acepta para sus hijos naturales Alberto, Rodrigo y Gloria Fanny un contrato de compraventa; en el registro de una marca de ganado en nombre de estos mismos; en la confesión de Amparo al contestar la demanda y en la aceptación dada a ésta por el curador de los menores, se concluye

que "es dable colegir características de filiación natural para éstos, situación que, empero, se repele con el estado civil de hijos legítimos que ostentan frente a la ley", constituyendo "esta dicotomía la materia del juicio".

Se trata, por tanto —continúa— del conocimiento o impugnación de la presunción de paternidad legítima (C. C. Arts. 214 y ss), acción cuya prosperidad se subordina al aporte de dos pruebas, con alcance y fuerza diferentes, una de orden negativo, de orden positivo la otra, y que son: 1ª que durante el tiempo en que se presume la concepción del marido no tuvo relaciones sexuales con la mujer; 2ª Que durante el mismo tiempo la mujer tuvo relaciones sexuales con otro u otros hombres diferentes del marido".

10. Con tal finalidad, entra luego a examinar las pruebas aducidas por el demandante, de las cuales deduce el alcance de "orden negativo" antes mencionado para la prosperidad de la acción incoada, por cuanto en el proceso "aparece evidenciado que Ospina, pocos días (no más de un mes) después de casarse con Amparo Restrepo se alejó de ésta, se trasladó a vivir a lugar distante como es el Departamento del Valle; su esposa quedó en Ebéjico (Antioquia) y, en forma alguna se acreditó, así fuera como indicio, que durante los ciento veinte (120) días en que se presume la concepción alguno de los cónyuges hubiera visitado al otro. Además, lo anterior, negación indefinida, no fue acreditado por quien estaba compelido a éllo y, la circunstancia de que Ospina hubiera admitido en posiciones que regresó a Sevilla a los ocho meses de haberse alejado, legalmente no puede tenerse como base para deducir existencia de cohabitación entre los cónyuges, máxime si se repara que el mancebo o era muy celoso con Amparo Restrepo, que le tenía vedado salir de la finca 'La Favorita', y que ésta solo salió luego de la muerte de aquél, a instancias de la cónyuge supérstite de Sierra Sierra".

También encuentra acreditada la prueba de "orden positivo", "tanto con los precitados elementos, como con la confesión de la esposa y el asentimiento dado por el curador de los menores, sin que, de contera, hubiese sido desvirtuada en el plenario, del cual no surge hesitación en cuanto a que, durante el tiempo en que se presume la concepción, Amparo Restrepo tuvo permanentes relaciones sexuales con Ricardo Sierra Sierra, persona distinta del marido".

11. Encontrando el fallador, pues, acreditadas en el expediente las pruebas de los órdenes negativo y positivo necesarias, según su criterio, para la prosperidad de la acción de "impugnación de la presunción de la paternidad legítima", basada en los artículos 214 y siguientes del Código Civil, concluye:

"Dicha imposibilidad (la de cohabitación), que pudiera llamarse moral, unida o conjugada con el continuado e inequívoco adulterio de Amparo Restrepo con Ricardo Sierra Sierra, imprimen a esta Corporación la certidumbre de la ilegitimidad de los hijos a que se contrae este litigio".

12. Entra luego el sentenciador a analizar la "oportunidad" para ejercitar esta clase de acciones, manifestando que la "prescripción" extintiva no fue alegada, como ha debido hacerse de acuerdo con los artículos 343 del Código Judicial y 2513 y concordantes del Código Civil, ni por la parte demandada que "dio asentimiento a los hechos de la demanda", ni por quienes "fueron admitidos como parte para impugnar la acción propuesta por el marido", por lo cual la "providencia que decidió la primera instancia es una decisión de fondo", expresándose así a continuación:

a) Dos términos diferentes, dice, consagra la ley para que el marido pueda demandar la impugnación de paternidad legítima; uno, indefinido, en los casos contemplados en los artículos 5 y 6 de la Ley 95 de 1890, o sea en los de divorcio declarado por causa de adulterio, que afirma "es ajeno a esta litis", y en los de abandono definitivo, por parte de la mujer, del hogar conyugal, respectivamente; y otro, de sesenta días, en los eventos contemplados en los artículos 214, inciso 2º y 215 del Código Civil, que se presentan cuando el marido estuvo, durante el tiempo en que legalmente puede presumirse la concepción, en imposibilidad física absoluta de tener acceso a la mujer, y cuando, además de comprobar el adulterio de ésta, demuestra otros hechos conducentes a justificar que él no es el padre, en su orden.

b) Avanzando en el estudio de las tres causales que pueden motivar las peticiones del actor en este proceso, el Tribunal dice que la contemplada en el artículo 6 de la Ley 95 de 1890 está condicionada a que el marido no haya recibido nuevamente a la mujer en el hogar conyugal, por lo cual, en principio, no operaría en el caso de autos, debido a que la "partida bautismal", acompañada al expediente anexa al alegato de conclusión de los oponentes en la segunda instancia, demuestra una reconciliación entre los cónyuges Ospina-Restrepo con el nacimiento de una hija fruto de ella; pero que tal documento no es "estimado en su mérito pro-

batorio'', por no haberse allegado debidamente a los autos.

c) Evidentemente, sigue diciendo el sentenciador, en los casos de los artículos 214, inciso 2º y 215 del Código Civil, el marido ''está afectado en su acción por una 'prescripción' de corto plazo, que en caso de residir en el lugar donde nació el hijo empieza a contarse desde el mismo momento del nacimiento, excepto cuando la madre oculta el parto''. Rematando esta última parte de la sentencia en los siguientes términos:

''Sobre la incidencia de estos preceptos al caso en estudio se resalta: de autos no aparece evidenciado que Jesús María Ospina M. estuviera residenciado, es decir, tuviera domicilio conforme a los artículos 77 a 79 del Código Civil en el corregimiento de Sevilla (Ebéjico), lugar donde nacieron Alberto, Rodrigo, Gloria Fanny y María Luz Restrepo Sierra. Menos aún, que el marido residiera en la prealudida finca 'La Favorita'. De otro lado: dada la modalidad que ofrece este negocio, donde está acreditado que el nacimiento de los tres primeros hijos ocurrió en una finca, que el acta natal fue asentada un mismo día, pero solo después de siete, seis y cuatro años de ocurrido el hecho, repugna a la lógica afirmar que el marido se informó de los partos inmediatamente. Que en alguna época posterior tuvo conocimiento de éllo, aceptable Mas, no obstante ignorarse procesalmente la fecha de éllo, es dable inferir que fue en época muy posterior. Finalmente, acreditado como está que Amparo Restrepo y Sierra Sierra convivieron en forma conjunta y sin interrupción hasta la muerte de éste, la citada 'prescripción' de corto tiempo no afecta al cónyuge Ospina M. Es que, según la doctrina, esta '*...se aplica cuando marido y mujer no se encuentran separados,* pues debe entenderse que las separaciones de hecho se rigen siempre por lo estatuído en el artículo 6 de la Ley 95 de 1890, es decir que *cuando la mujer se halla separada del marido, éste puede ejercer la impugnación en cualquier tiempo,* y cuando vive con el marido, éste tiene sesenta días para impugnar la paternidad...' '' (subraya el texto).

III. *La demanda de casación.*

13. Cuatro cargos enfila el recurrente contra la sentencia cuya síntesis fue hecha en el capítulo anterior, comprendidos todos dentro del campo de la causal primera del artículo 52 del Decreto-ley 528 de 1964, vigente a la sazón. Pero la Corte, por cuanto el recurso fue interpuesto sólo por los coadyuvantes, entra a definir la siguiente.

Cuestión previa.

14. Puede, sí o no, el coadyuvante de una de las partes en un proceso interponer los recursos que la ley concede contra las providencias que en él se profieran?

En diversas ocasiones, la Corte había dicho:

''Siendo así que la coadyuvancia cualificada se basa en un nexo jurídico entre una de las partes y el adversario y que el fallo ha de fundar la cosa juzgada, la función del coadyuvante queda ubicada en la litis consortio (de allí su nombre); el coadyuvante es parte autónoma, y tiene capacidad de litisconsorte, y por consiguiente goza de las garantías de los litigantes, inclusive de los recursos contra las resoluciones del Juez.

''Por el contrario, fundada la intervención simple en una relación entre el litigante adyuvado y el interviniente, éste no es sino un apoyo, una fuerza que coopera con dicha parte, al lado de ésta y en armonía con élla, por tener interés en que el proceso reciba un desenlace favorable, pero no tendría jamás el carácter de parte, ni podría ejercer recursos de parte, ni sobrevivir a la desaparición de la coadyuvada, por desistimiento, por ejemplo'' (XLVI, 267, LXXX, 363; LXXXII, 217).

Por manera que, de conformidad con la doctrina transcrita, la coadyuvancia simple —que tal es el caso de autos— no confiere al coadyuvante la condición de parte, y, por ende, no lo habilita para ejercer los recursos propios de tal.

15. Sin embargo, los expositores, en su casi generalidad, sostienen la teoría de que la llamada por la Corte coadyuvancia simple, coloca al coadyuvante en una posición secundaria o subordinada a la parte principal. ''Realiza —afirma Guasp— desde luego, actos procesales por sí, y son realizados frente a él actos del proceso. Pero estos actos no valen en cuanto o contradigan o perjudiquen a la parte principal a quien el coadyuvante adhiere, v. gr., la confesión que preste el coadyuvante o su renuncia, desistimiento, allanamiento o transacción''. (Derecho Procesal Civil, Tomo I, Pág. 209, edición de 1966).

Acorde con estos principios, la Corte, modificando su doctrina arriba expuesta, dijo lo siguiente en sentencia de 5 de febrero de 1971, aún no publicada:

"4. Quienes in limine *son terceros en la relación procesal, pueden, sin embargo, intervenir en élla por controvertirse allí una cuestión en la cual tienen interés directo o indirecto.*

"La intervención de terceros en el juicio es de dos especies: principal y accesoria o secundaria. Pero en ambos casos el interviniente, que hasta ese momento era un tercero en relación con el proceso en trámite, asume en él, de entonces en adelante, la calidad de parte, por pretender algo en el juicio, y por lo mismo adquiere legitimación para actuar en la causa, si bien limitada en ciertos casos de intervención.

"5. Caracterízase la intervención principal porque el tercero adviene al proceso a aducir una pretensión propia para que le sea reconocida en el juicio, en conexión con la de una de las partes o independientemente; porque mediante élla el interviniente no se limita a mediar en la cuasa que se ha trabado entre las partes originarias, sino que introduce en la relación procesal una nueva demanda que debe ser decidida. Por cuanto alega un derecho propio para hacerlo valer, es parte principal en el juicio; está en situación independiente o autónoma frente al demandante y al demandado, bien sea en oposición a éllos o con interés común a aquél o a éste, lo cual apareja una legitimación principal en el proceso y por ende faculta para ejercitar en él todos los actos necesarios para la eficaz tutela de su derecho, sin subordinación de ninguna especie al actor o al reo.

"6. En la intervención adhesiva, también llamada por coadyuvancia o ad adiuvandum, *el interviniente se limita, en cambio, a apoyar la petición de la parte a que adhiere. No propone, como sí ocurre en el caso anterior, una nueva pretensión que amplíe el campo de la contención, sino que se limita a mediar en la causa pendiente entre las partes iniciales, que es la única que queda como objeto de declaración judicial, aún después de la intervención. El tercero no interviene para hacer valer un derecho suyo, en posición autónoma, sino simplemente para apoyar las razones de un derecho ajeno.*

"El interviniente adhesivo, que tiene interés propio en la causa ajena, toma partido en élla porque sabe que la derrota de la parte que coadyuva viene a repercutir indirectamente en un perjuicio que así pretende evitar; entra a ser sujeto del proceso y adquiere, por tanto, legitimación para actuar en él, así no lo sea independiente o autónoma, sino subordinada a la de su coadyuvado, dado su carácter de parte accesoria. Esta legitimación habilita al coadyuvante para ejercer en el juicio todos los actos que tiendan a una colaboración con la parte principal a la cual adhiere, la que también actúa, excepto los que conduzcan a determinar entre éllos posiciones contrarias en la relación procesal.

"7. Mas como lo acepta la doctrina del derecho procesal, la legitimación del interviniente adhesivo no tiene por objeto solamente una colaboración en la parte a cuya pretensión adhiere, sino que puede llegar hasta suplir la actividad de ésta, cuando por cualquier motivo abandona total o parcialmente su defensa. 'Regularmente —dice José Chiovenda hablando del interviniente adhesivo— su actividad puede suplir *la actividad de la parte adyuvada, pero no encontrarse* en contraste *(subrayados de la sentencia) con élla'. (Derecho Procesal Civil, Tomo II, pág. 38, 3ª edición). En el mismo sentido se expresan Enrico Redenti, Piero Calamandrei, Manuel de la Plaza y Eduardo Coutore, cuyas citas la Corte omite por razones de brevedad.*

"Para Leo Rosemberg, quien acoge el mismo criterio, la contradicción de actos realizados por el coadyuvante y 'la parte principal debe establecerse en forma positiva; puede resultar de una declaración expresa de élla o de su conducta total en el proceso. En caso de duda se mantiene eficaz la intervención adherente'. (Derecho Procesal Civil, Tomo I, pág. 272).

"8. Viene de todo lo anterior la conclusión de que indudablemente el coadyuvante está legitimado en el proceso en que interviene, no sólo para adherir a los recursos interpuestos por la parte coadyuvada, sino también para interponerlos él cuando ésta, por descuido u otra causa, no los propone, desde luego que con tal conducta y en tales circunstancias no asume posición contraria a la de su principal, sino que está supliendo su actividad, y, realizando un acto procesal que in abstracto, *no se opone al interés de éste que se discute en el juicio". (Proceso de Blanca Imelda Peña de Alvarez contra Abelardo Dallos Córdoba).*

16. De acuerdo, pues con esta nueva doctrina de la Corte, el coadyuvante es parte accesoria de la principal a que adhiere; puede ejercitar la actividad propia de parte y aún interponer recursos, siempre que su actuación no contradiga la de la principal, manifestada expresa o tácitamente, cumpliendo la actividad de éste cuando, por cualesquiera razones, descuidare el proceso o abandonare su defensa, total o parcialmente.

Conforme se expresó en los numerales 4, 5 y 6 anteriores, los demandados en este proceso repetidamente manifestaron su voluntad de no oponerse a las pretensiones del demandante, por estar de acuerdo con éllas y por ser ciertos los hechos justificativos de las mismas. Es, pues, una posición clara y nítida al respecto: con esas manifestaciones solicitaron que se accediera a las peticiones impetradas en la demanda incoativa del proceso. En cambio, como también aparece de lo dicho y transcrito en el numeral 7, los coadyuvantes asumieron una actitud contraria o "en contraste" con la de aquellos, ya que pidieron que tales peticiones fueran negadas. Contraste que resalta el hecho de que los demandados aceptaron la sentencia contra la cual se pronunciaron los coadyuvantes, como se notó anteriormente. En consecuencia, no están legitimados para interponer el recurso de casación.

17. Por otra parte, es evidente que los coadyuvantes no reciben ningún perjuicio con la sentencia del *ad quem*, que declaró "desvirtuada la presunción legal de paternidad legítima" pues el efecto de ésta no entraña declaración de que los menores demandados sean hijos naturales de Ricardo Sierra Sierra, caso en el cual el perjuicio patrimonial para el hijo legítimo sí sería evidente. La fuerza de esa sentencia se circunscribe a definir que los citados menores no son hijos legítimos del demandante Ospina M.

18. Por medio del auto fechado el 1º de marzo de 1971, esta Corporación declaró admisible el recurso extraordinario interpuesto por los coadyuvantes, que ahora rechaza por las razones expuestas anteriormente. Pero aquella circunstancia no puede impedir esta determinación, por cuanto "el auto que tal dispuso es un proveído preparatorio, cuya ejecutoria formal no liga a la Corte, quien, por lo tanto, si en el momento de decidir en definitiva encuentra que el recurso no reúne los requisitos indispensables, puede apartarse de aquella providencia preliminar y dictar sentencia, desechando la casación por no ser procedente". (XCVII, 120).

19. No obstante la impropiedad del recurso y en cumplimiento de la misión que la ley le asigna de unificar la jurisprudencia nacional, procede la Corte a rectificar algunos conceptos del *ad quem*. Ellos son:

a) Como se dejó dicho en el numeral 12 anterior, *para el fallador el artículo 217 del Código Civil establece una prescripción extintiva de las acciones consagradas en los artículos 214, numeral 2º y 215* ibídem *que, consecuencialmente, según dice, de conformidad con lo que ordenaba el artículo 343 de la Ley 105 de 1931 y lo mandado por el 2513 del Código Civil, ha debido alegarse en el proceso por la parte demandada o por sus coadyuvantes, confundiendo así la prescripción con la caducidad, figuras jurídicas diferentes y que conducen a conclusiones distintas. Sobre este particular la Corte tiene dicho:*

"La caducidad produce, ipso jure, *la extinción de la facultad de ejercer un derecho o realizar un acto por no haberlo ejercido dentro del término perentorio señalado por la ley, y el Juez no puede admitir su ejercicio, una vez expirado el plazo, aunque el demandado no la alegue. En la prescripción, en cambio, el derecho está paralizado por una excepción, en forma tal que si el demandado no la alega expresamente, el Juez debe reconocer la existencia de aquel". (CXXXI, 138).*

El artículo 217 del Código Civil dispone que "toda reclamación del marido contra la legitimidad del hijo concebido por su mujer durante el matrimonio, deberá hacerse dentro de los sesenta días contados desde aquel en que tuvo conocimiento del parto". Si se deja vencer tal plazo sin ejercer la acción de impugnación, salvo las excepciones de los artículos 5 y 6 de la Ley 95 de 1890, ésta caduca, se extingue, y así debe reconocerlo el fallador aún sin pedimento de parte.

b) Afirma también el sentenciador que la por él mal llamada prescripción "se aplica cuando marido y mujer no se encuentran separados"; que, estándolo, aquél puede "ejercer la impugnación en cualquier tiempo", por cuanto "las separaciones de hecho se rigen siempre por lo estatuído en el artículo 6 de la Ley 95 de 1890".

La misma redacción de los artículos 217 y 218 del Código Civil se opone al anterior concepto del Tribunal. En efecto: los sesenta días allí establecidos para que el marido haga la reclamación contra la legitimidad del hijo concebido por su mujer durante el matrimonio, empieza a contarse desde aquel en que "tuvo conocimiento del parto"; presumiéndose que lo supo inmediatamente, si reside en el mismo lugar del nacimiento, o tan pronto regrese a él, si se encontraba ausente. No exige la ley, pues, la condición de que el marido, necesariamente, viva con la mujer para que la caducidad se presente; ni establece que en todo caso de separación de los cónyuges, dejen de aplicarse los artículos 214 y 215 del Código Civil, por regir ese evento,

exclusivamente, la disposición del artículo 6 de la Ley 95 de 1890, según el cual "en cualquier tiempo podrá el marido reclamar contra la legitimidad del hijo concebido por su mujer durante el matrimonio cuando el nacimiento se haya verificado después del décimo mes siguiente al día en que la mujer abandonó definitivamente el hogar conyugal, en tanto que el marido no la haya recibido nuevamente en él".

Además, si la separación no se produjo por abandono definitivo del hogar por parte de la mujer, sino, al contrario, por parte del marido, éste tendrá que impugnar la legitimidad dentro del plazo del artículo 217 del Código Civil.

El principio es el de que la impugnación de la legitimidad debe hacerse por el marido dentro de los sesenta días siguientes a aquel en que tuvo conocimiento del parto; principio que tiene las excepciones consagradas en los artículos 5 y 6 de la Ley 95 de 1890. La facultad de impugnar en "cualquier tiempo", pues, rige únicamente para los casos contemplados en dichas excepciones y nunca para los comprendidos en la regla general.

En consecuencia 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 que se hizo mérito, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el 5 de noviembre de 1970.

Sin costas en virtud de la rectificación doctrinaria.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente.

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

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

Técnica de casación: error de derecho.—Responsabilidad de las personas jurídicas por el hecho doloso o culposo de sus agentes.—Daños ocasionados por la ruina de un edificio.—Hecho de un tercero en la producción del daño.

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

(Magistrado ponente: doctor Germán Giraldo Zuluaga).

Decídese el recurso de casación que, tanto el demandante como la parte demandada, interpusieron contra la sentencia que, el 17 de marzo de 1971, profirió el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este proceso ordinario que Rubén Flórez Espinosa suscitó frente a Pontificia Universidad Católica Javeriana.

I. *El litigio.*

1. El primero demandó a la segunda para que se declarase que ésta es civilmente responsable de los perjuicios que le produjo "por causa de las obras ejecutadas por la nombrada universidad", que dañaron el edificio de propiedad de aquel, distinguido con el número 4-23 de la calle 42 de esta ciudad; para que, consecuencialmente, se condenase a la misma a pagarle la suma de $ 200.000 o la que se comprobase, "como parte de la indemnización de los actuales daños materiales"; la de $ 300.000 o la que se demostrase, por desvalorización del edificio a causa de su desnivel; la de $ 5.960 mensuales o la que se comprobase, por concepto de lucro cesante, contados a partir del 15 de mayo de 1963 hasta cuando el edificio "pueda ser nuevamente habitado sin la inminencia del peligro de derrumbarse"; para que se declarase que la Universidad demandada debe hacer, dentro de los 90 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia que así lo disponga, "las obras necesarias para prevenir nuevos daños, y, finalmente, para que se le condenase al pago de gastos y costas del proceso".

2. La *causa petendi* se hizo consistir en que demandante y demandada son propietarios de inmuebles colindantes, situados en esta ciudad; que sobre su predio, el primero levantó edificio de cinco pisos incluyendo el sótano y que ni durante su construcción ni con posterioridad a ella se ocasionó daño alguno a los inmuebles vecinos, "pues además de las precauciones tomadas por el dueño, los terrenos del costado Sur y los lotes contiguos... estaban protegidos por un muro de concreto con varillas de hierro, que se extendía por el costado Norte de los terrenos de la Pontificia Universidad Católica Javeriana" y que, además, el demandante estableció red de drenajes bajo los cimientos del edificio, la que recogía todas las aguas; que en diciembre de 1962 la demandada, "por conducto de personal a su servicio", demolió el muro de contenencia aludido y, simultáneamente, hizo excavación en trayecto de 150 metros, aproximadamente, todo bajo la dirección del ingeniero Alfonso Orduz Duarte; que, con estos trabajos, se destruyó la red de drenaje captadora y conductora de las aguas, por lo cual éstas empezaron a descender y a "escurrir por los terrenos cuya pendiente daba a la excavación abierta por la Universidad"; que, como consecuencia de aquellas obras, "se produjo el aflojamiento de los terrenos situados al costado Norte de la excavación" y luego el arrastre del patio destinado a garajes con su muro de cerramiento; que, como la Universidad no construyó muro de contenencia frente al predio del demandante, el edificio se agrietó y se hundió en el sector Suroriental, desnivelándolo en 5 centímetros; que por causa de estos graves daños, ocho de los nueve inquilinos del edificio, en la primera quincena de mayo de 1963, desocuparon los de-

partamentos que habitaban, con lo cual él dejó de recibir renta por $ 5.000 mensuales; que la persona que representaba a la Universidad, ante reclamos que le hizo el demandante, en nota del 24 de mayo de 1963, sugirió atenerse a los resultados de una inspección judicial que ya había solicitado; que la Universidad procedió con imprevisión y descuidadamente, pues destruyó el muro antiguo de contenencia, de 95 metros de longitud, hizo la excavación de los terrenos contiguos en mayor extensión "sin haber construído por tramos a medida que se abría la brecha, e inmediatamente después, otro muro de contención de los terrenos, para evitar el seguro erosionamiento y derrumbe de éllos"; que estos terrenos por ser inferiores, una vez abiertos, no podían contrarrestar el empuje de los superiores; que "el doctor Alfonso Orduz Duarte directamente, e indirectamente la Universidad Javeriana, fueron culpables, por grave imprevisión y negligencia, de todos los daños causados al inmueble del demandante y de los consecuenciales perjuicios sufridos por éste, culpabilidad imputable, ante todo, a la Universidad por mala elección del ingeniero director de dichos trabajos, doctor Alfonso Orduz Duarte, de antecedentes problemáticos y por falta de vigilancia adecuada de dichos trabajos por parte de sus directivas, y por cuanto la Universidad acometió los trabajos sin previo estudio de suelos y sin la debida licencia de la Secretaría Distrital de Obras Públicas".

3. Con expresa oposición de la parte demandada se adelantó la primera instancia que culminó con sentencia absolutoria. Abierto el segundo grado del juicio por apelación que interpuso el demandante, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá le puso fin con fallo de 17 de marzo de 1971 por medio del cual revoca la providencia recurrida y en su lugar dispone:

"a) *Declárase* que la 'Pontificia Universidad Católica Javeriana' es civilmente responsable de los perjuicios sufridos por el doctor Rubén Flórez Espinosa, con motivo de los daños ocasionados en el lote de terreno y el edificio sobre él construído, situado en la calle 42 número 4-23 de esta ciudad de Bogotá, comprobados en el proceso y reducidos en la proporción de un cincuenta por ciento (50%).

"b) En consecuencia, *condénase* a la 'Pontificia Universidad Católica Javeriana' a pagar al doctor Rubén Flórez Espinosa, o a quien represente sus derechos, el cincuenta por ciento (50%) del valor de los perjuicios enunciados en el anterior literal (sic), los cuales se han de liquidar en la forma prevista por el artículo 553 del Código de Procedimiento Civil.

"c) *Condénase* a la Universidad demandada al pago de las costas del juicio en la primera instancia, en un 50%.,

"d) Costas de la segunda instancia a cargo del apelante, en un cincuenta por ciento (50%).

Segundo. *Absuélvese* a la 'Pontificia Universidad Católica Javeriana' de los demás cargos formulados en la demanda".

II. *Fundamentos de la sentencia del Tribunal.*

1. Tomando como punto de partida que en este proceso se ventila acción de responsabilidad civil extracontractual, el *ad quem* hace un resumen de la doctrina sobre el tema en cuatro capítulos que intitula: 1º Noción de culpa y clases de ésta; 2º Prueba de la culpa; 3º La culpa en las relaciones de vecindad; y 4º La construcción como actividad peligrosa. Artículo 2356 del Código Civil. Luego, en el quinto de los capítulos, que denomina "el caso sub judice. Interpretación de la demanda", el Tribunal discurre sobre los términos de la *causa petendi* para concluir que el demandante, al invocar como fundamento de su pretensión los artículos 2347 y 2349 del Código Civil, alega responsabilidad por el hecho de otro, y al fundarse en los 2356 y 2359 siguientes, asevera que el daño se originó en el ejercicio de actividad peligrosa. Y al abrigo de la facultad que tiene para interpretar la demanda, manifiesta que "se aparta del enfoque dado por el demandante a algunas de las normas invocadas en el libelo", y aplicando los principios jurídicos antes expuestos por él, concluye:

"1º Que, aunque los artículos 2347 y 2349 citados refiérense a la responsabilidad *indirecta* de padres, tutores o curadores, directores de colegios y escuelas, artesanos, empresarios y amos, en el caso *sub lite* la Universidad demandada debe responder *directamente* por la acción instaurada, pues, aun cuando ya, como lo ha dicho la Corte (G. J. 2256/57, pág. 87 y ss) "las obligaciones de elección y vigilancia diligentes, propias de la responsabilidad por 'los hechos ajenos' de las personas naturales, que contempla el artículo 2347 del Código Civil, no explican la responsabilidad de los entes morales, y desaparecen, en consecuencia, las presunciones de culpa de éstos fundadas en dichas obligaciones", tal interpretación de esa norma, como en la misma sentencia se expresa, "no excluye la construc-

ción doctrinaria reiterada con apoyo en el artículo 2356 del Código Civil sobre responsabilidad por el daño producido por actividades peligrosas, respecto de las cuales se presume la culpa de las personas naturales y *jurídicas,* presunciones que conducen a eximir a la víctima de probar la culpa, para contrapesar la desventajosa situación de los particulares, frente a quienes se mueven en un radio de acción caracterizado por la peligrosidad...".

Acogiendo en el punto la tesis de la Corte respecto a que es directa y no indirecta la responsabilidad de las entidades morales por los hechos de sus agentes, expresa que sería errado juzgarla, como lo pretende el demandante, a través de los artículos 2347 y 2349 del Código Civil que son los reguladores de la responsabilidad indirecta; que el constructor, ingeniero o contratista elegido para la confección de obra material, *si no está bajo dependencia o cuidado del empleador,* no se le puede calificar de "comisionado o dependiente" con el alcance que a esos términos se les atribuye en los dos apuntados artículos y que como el constructor, generalmente, es persona especializada en su oficio, "la doctrina moderna no lo considera como dependiente".

De todo lo anterior saca el Tribunal las siguientes tres conclusiones:

"1ª El sujeto pasivo de la acción de responsabilidad civil extracontractual ejercida por el demandante, es la Universidad demandada. Se trata de la acción de *responsabilidad directa,* por lo cual no rigen las presunciones de culpa contenidas en los artículos 2347 y 2349 del Código Civil citados en la demanda.

"2ª Dada la naturaleza de la actividad acusada como motivo del daño enunciado en la demanda, se considera que se trata de una actividad peligrosa, por lo cual es aplicable el artículo 2356 del Código Civil; en consecuencia, los elementos de la acción en estudio son un daño; la culpa de la entidad demandada, la cual se presume en virtud a la norma legal anterior; y una relación de causalidad entre ésta y el primero.

"3ª Para que la culpa se entienda establecida en contra de la entidad demandada, debe el actor haber probado que el señor ingeniero doctor Alfonso Orduz Duarte ejecutó los actos que se enuncian en la demanda, directamente o por medio de sus obreros, y que entre dicho ingeniero y la entidad demandada existió algún vínculo del cual pueda deducirse que obró como agente; además, que tales actos fueron la causa de los daños causados; y por último que la entidad demandada no haya probado plenamente que tales daños obedecieron a fuerza mayor, o caso fortuito, hecho de un tercero, o a culpa exclusiva del demandante".

Acomete después el sentenciador el análisis de la prueba que relaciona y, entre otras cosas, expresa que de las posiciones absueltas por el representante de la Universidad demandada, sacerdote Jesús Emilio Ramírez, brota que éste reconoció ser cierto que contrató los servicios del doctor Orduz Duarte, "para que adelantara los trabajos de construcción de un muro de contención" y que recibió carta suscrita por el demandante, fechada el 23 de mayo de 1963, en que se le ponía al corriente de los daños que estaba causando la obra; con tal prueba —dice el Tribunal—, "se establece el nexo contractual existente entre el mencionado ingeniero Orduz Duarte y la Universdiad demandada". Agrega el *ad quem* que con el certificado de 2 de junio de 1964, expedido por el director de la división de control de la Secretaría de Obras Públicas, se acredita plenamente que a la fecha de su expedición "aún no se había concedido licencia a la Universidad para levantar el muro de contención y ampliar la carretera a que se refiere el litigio"; que con los títulos de propiedad correspondientes está comprobado que el demandante es dueño del inmueble que sufrió los daños a que se refiere la demanda; que "se halla establecido, igualmente, que el señor doctor Rubén Flórez Espinosa, instauró querella policiva a la entidad demandada, quien fuera conminada en forma sucesiva al pago de multas en caso de que no efectuara las obras necesarias para evitar los deslizamientos y daños a su propiedad (Fs. 14 y ss. C. Nº 2) y que en la audiencia celebrada el 19 de abril de 1963 el empleado de la Universidad que obró a nombre de ella, luego de que fue citada, manifestó que "lo que está haciendo la Universidad en el momento es precisamente un muro de contención sumamente costoso para evitar los deslizamientos ocasionados por las lluvias..."; que el Inspector 27 de Policía quien conoció del asunto, y dejó nota de que el 30 de julio de 1963, visitó en asocio de su Secretario las obras en referencia y pudo constatar que "en efecto se realizan actualmente las obras indicadas en el *memorandum*" y que el "ingeniero contratista doctor Alfonso Orduz Duarte manifestó asimismo que tales obras serán terminadas en un tiempo aproximado de 60 días"; que "este informe administrativo constituye prueba de lo actuado ante dicha inspección, luego deben admitirse ciertos los hechos anotados".

Finalmente, después de analizar las varias diligencias de inspección judicial y los testimonios aportados, el *ad quem* concluye así: "se ha probado suficientemente que la Universidad demandada, quien encargara para la construcción de un muro de contención al ingeniero doctor Alfonso Orduz Duarte, en predios de su propiedad, aledaños al del demandante, inició por medio de éste y de sus trabajadores (Ciro Porras) a finales de noviembre y diciembre de 1962, y luego en 1963, varios trabajos con el fin de ampliar una carretera, por lo que fue necesario que utilizaran una pala y un buldozer que causaron la ruptura de una cañería que conducía aguas negras a la edificación del demandante, que luego que se inició el deslizamiento del terreno al destruírse un antiguo muro de contención y abrirse una excavación, por lo cual, como lo acepta el mismo ingeniero Orduz en la segunda de las diligencias de inspección ocular en la que intervino y en manifestaciones ante el Inspector 27 de Policía, fue indispensable levantar un nuevo muro de contención con las dimensiones y situación por él expresadas, en posición diferente a la del antiguo muro; que el patio y muro de relleno del edificio del demandante se derrumbaron completamente el 14 de abril de 1963; que tal edificio se agrietó en sus paredes y pavimento en las circunstancias que anotan las inspecciones oculares, donde se dejó constancia que inicialmente fue desocupado el inmueble, casi en su totalidad, y que luego, al practicarse la inspección ocular de 1964, en la primera instancia y por este Tribunal, se comprobó que todos los daños habían sido reparados, que el edificio estaba ocupado y con apariencia de buen estado".

De lo anterior —dice el *ad quem*—, es forzoso "concluir que se ejecutaron por la entidad demandada los hechos acusados en la demanda, tales como levantar un muro nuevo, hacer excavaciones, hacer movimiento de tierra con pala y buldozer, el empleo de pólvora o dinamita para demolición de piedras y ruptura de la cañería que desembocaba en su predio", y que del mismo modo "están suficientemente comprobados los daños ocurridos en predios y edificación del demandante, de los cuales dan fe las inspecciones oculares, los testigos y hasta los mismos peritos al rendir sus dictámenes".

Entra luego el sentenciador a examinar prolijamente los diversos peritazgos que obran en el proceso, para concluir que "se ha probado que los daños soportados por el demandante, fueron causados por: deslizamientos de la parte superficial del terreno sobre el cual está construído el edificio; el movimiento de dicha causa (sic) superior, fue causado por el movimiento de tierras en la parte más baja del talud; la exposición a los agentes atmosféritos —lluvias, aire— del suelo arcilloso en la pata del talud, todo agravado con el fuerte invierno, la naturaleza del terreno, las infiltraciones de las aguas provenientes de las cañerías rotas, daños que se hubieran podido evitar, como lo conceptúan los peritos Acosta y Hernández, al establecer su causa, *si se hubieran construído defensas adecuadas... tanto en la construcción del muro de contención de la Universidad Javeriana a su debido tiempo, así como en la construcción del edificio del doctor Flórez con lo cual se hubieran evitado los deslizamientos y consiguientes daños*". Sobre este particular, entonces, el sentenciador remata su juicio así: "fueron, pues, una serie de hechos escalonados los que causaron los daños al demandante, unos provenientes de la conducta de la entidad demandada, otros de la conducta del demandante, y otros causados por los anteriores y auspiciados por condiciones propias del terreno, así como por circunstancias ajenas al mismo, como la lluvia ocasionada por el invierno de la época".

Más adelante reitera su conclusión de que "la Universidad, por medio del ingeniero doctor Orduz y algunos de los empleados de éste, iniciaron (sic) unos trabajos en el predio contiguo al del demandante" y que "según los dictámenes, las excavaciones al pie del talud fueron la causa de tales daños", así como las infiltraciones del agua salida de las cañerías que fueron destruídas y otras, "todo lo cual, al decir de los peritos, se hubiera evitado si tanto el demanante como el demandado hubieran tomado las precauciones necesarias tanto para la edificación como para el levantamiento del muro nuevo de contención"; que como "el primer hecho que ocasionó esta serie (sic) se originó en los trabajos iniciados por la Universidad" y que como "la construcción de una carretera con la consiguiente necesidad de excavaciones, movimiento de tierra, destrucción de muro y construcción de uno nuevo, dada la naturaleza del terreno en el cual se debía construir, bastante erosionable y arcilloso, constiuye ciertamente una actividad peligrosa, entonces, es aplicable a la conducta de la entidad demandada la presunción de culpabilidad prevista en el artículo 2356 del Código Civil, especialmente si se tiene en cuenta que dicha entidad conocía el peligro de su actividad, lo que se confirma con el dicho de los testigos cuya declaración aportó, quienes hablan de antecedentes relacionados con dificultades con el te-

rreno y necesidad de construir un muro de contención en el año de 1961".

Considera luego el Tribunal que "tal presunción de culpa se ha desvirtuado, en parte", pues el daño se originó en varias causas, "algunas de éllas ajenas á la conducta de la entidad mencionada", razón por la cual, habiéndose producido el perjuicio no exclusivamente por causa del proceder culposo de la Universidad, ya que el demandante también obró negligentemente, élla no puede ser ni exonerada ni condenada por el total del daño, sino en parte. Que como el doctor Rubén Flórez construyó, sin la previa licencia del Distrito de Bogotá, un patio con su muro correspondiente, que destinó para garajes, obró imprudentemente, del mismo modo que lo hiciera la Universidad Javeriana al levantar un nuevo muro de contenencia y hacer una carretera por terrenos deleznables. Concluye que, en el caso, no existe compensación de culpas, sino concurrencia de las mismas, por lo cual, como la del demandante "no fue la causa primaria y exclusiva de los daños", aplicando el artículo 2357 del Código Civil, se condenará a la entidad demandada a pagar únicamente el 50% del valor de los perjuicios que se demuestren, los que, por no haber sido comprobados en el proceso, deben regularse mediante el trámite que señalaba el artículo 553 del Código Judicial. Añade, finalmente, que, aunque una de las causas del perjuicio alegado está constituída por elementos extraños, comoquiera que esa tampoco fue la causa única o exclusiva, "no se considerarán como fuerza mayor o caso fortuito que exoneren de responsabilidad a la entidad demandada".

III. *Las demandas de casación.*

Como antes se expresó, tanto el demandante como la Universidad demandada interpusieron el recurso extraordinario; aquel lo sustenta en escrito que contiene un solo cargo dentro del marco de la causal primera y la demandada en libelo que, fundándose en el mismo motivo de casación, formula tres ataques contra la sentencia recurrida.

1. Demanda del recurrente demandante.

El único cargo que formula apóyase en la causal primera "prevista en el artículo 52 del Decreto-ley 528 de 1954, artículo 368 del actual Código Judicial"; denúnciase en él violación indirecta, por indebida aplicación, de los artículos 2356 y 2357 del Código Civil, a consecuencia de error de derecho, "por cuanto se atribuyó culpabilidad y responsabilidad al demandante con rebaja de la cuantía de la indemnización", lo cual determinó la infracción medio de los artículos 593, 594, 595, 601, 722 y 723 del Código Judicial y 1757 del Código Civil.

Arguye el impugnador que el *ad quem,* de las distintas peritaciones, dedujo erradamente que el demandante había contribuído al daño litigado por su culpa; que, examinados los experticios, "se encontrará que ninguno de los peritos conceptuó expresamente 'que dada la naturaleza arcillosa del terreno y la construcción deficiente del patio y del muro del relleno', ocasionó el derrumbe de éste, lo que a su vez motivó el agrietamiento del edificio"; que los peritos dijeron cosas distintas, conclusión a la que llega después de transcribir lo que, en el punto, conceptuó cada uno de ellos, y que formula así: "Lo hasta ahora observado nos deja en claro dos cuestiones: Primera, que el concepto del Tribunal de que quedó establecido de que 'dada la naturaleza arcillosa del terreno y la construcción deficiente del patio y del muro de relleno, ocasionó el derrumbe de éste, lo que a su vez motivó el agrietamiento del edificio' resulta contradictorio con la misma prueba acogida como plena en la sentencia, o sea con los peritazgos rendidos por los peritos antes nombrados y en cuanto a los apartes transcritos y con los testimonios atrás aludidos; y segundo: que, como atrás lo dije, este concepto, esta apreciación probatoria del Tribunal, es completamente ajena a lo expuesto expresamente por los peritos y por los testimonios, apreciación que por tales razones adolece de evidente error de derecho, por contrariar el mandato del artículo 601 del Código Judicial antiguo, aplicable a este proceso, por cuanto las pruebas no se apreciaron de acuerdo con su estimación legal ni en consonancia con los principios generales de equidad, lo mismo que el artículo 595 del mismo Código por cuanto que el Tribunal, al apartarse del contenido claro y expreso de las pruebas analizadas y apreciadas, dejó de fundar su decisión en la verdad de los hechos demostrados de manera plena y concreta".

Manifiesta luego el censor que el *ad quem* cayó también en "error evidente de derecho al apreciar los puntos m) y e) del peritazgo rendido por los doctores Enrique Acosta y Alberto Hernández Cardona", que obra a folios 14 y 17 del cuaderno 3, pues el Tribunal les hace decir que si se hubieren construído defensas adecuadas al levantar el edificio del demandante, el

daño litigado no hubiera ocurrido, siendo que ese dictamen no expresa tal; que por ello se targiversó su contenido, el cual "fue desfigurado literalmente", infringiendo así el artículo 722 del Código Judicial. Que el Tribunal cometió error de derecho con quebranto de los artículos 595, 722 y 723 del Código Judicial y del 1757 del Código Civil al deducir "la culpabilidad a una presunción de culpabilidad en contra del doctor Flórez Espinosa, dizque del hecho de que construyó un patio y un muro para destinarlo a garajes del edificio sin haber obtenido previa autorización del Distrito", siendo que la concesión del permiso oficial aparece demostrada con la certificación que obra a folios 3 vuelto del cuaderno 1º y con otras pruebas que señala. Que el Tribunal cometió nuevo yerro *de jure* al sostener que, en lo atinente al monto de los perjuicios, el dictamen de folio 97 del cuaderno 2º "única prueba aducida al respecto", no está fundamentado, "a pesar de que sí lo está", como resulta con claridad de las transcripciones que él mismo hace en lo pertinente.

La Corte considera.

1. Como el impugnante, en forma expresa y reiterada, acusa la sentencia del Tribunal por ser violatoria de ley sustancial a consecuencia de varios errores que éste cometió, calificados todos como de derecho, *no puede la Corte rebasar el ámbito a que ha sido llevada por la censura y, desbordándolo, entrar a campos propios del error* de hecho. *Tal circunstancia la inhibe para determinar si el* ad quem *cometió yerros fácticos, pues, se repite, la impugnación denuncia el quebranto de norma sustancial como acaecida, exclusivamente, a consecuencia de errores de derecho.*

2. Como lo enseña la preceptiva técnica del recurso extraordinario, donde sigue campeando el principio dispositivo, la Corte sólo puede moverse en el territorio preciso que le haya delimitado la demanda de casación. Y es claro que ello ocurra así, pues como los procesos nunca pueden tener más de dos instancias, este recurso no constituye una tercera en que le fuera permitido a la Corte entrar nuevamente a revisar todo el tema del litigio, enjuiciando libremente tanto la aplicación del derecho como la apreciación de los hechos, cual sucede en instancia. Amparadas con presunción de acierto llegan a la Corte las sentencias recurridas en casación; por tanto, en lo que no son materia de ataque por el censor, se hacen instangibles, aunque el Tribunal se haya equivocado. Sólo prosperando un cargo que aniquila el fallo acusado, puede la Corte, al dictar como fallador de instancia la sentencia sustitutiva, revisar todos los temas del litigio.

3. En casación se presenta el error de derecho cuando a la prueba que objetivamente ha sido bien apreciada por el sentenciador, éste le concede valor probatorio que la ley no le otorga o le niega el que ésta le dispensa. El está constituido por un desatino en la aplicación de las normas legales que señalan el valor persuasivo de los medios probatorios. Mira esta clase de error, pues, no a la presencia física de las pruebas en sí o a lo que ellas mismas expresan, sino a su valor de convicción, por cuanto es supuesto de ese yerro que el medio haya sido apreciado debidamente por el ad quem. *Cuando se alega error de derecho, pártese de que la prueba, sobre la cual él recae, obra en el proceso y fue bien percibida por el fallador, cuyo desatino consiste entonces en que la prueba no fue idóneamente valorada respecto a su poder de convicción.*

4. Ahora bien, como el cargo en estudio se apoya solamente en errores de derecho, la censura tendría que estar conforme con la estimación hecha por el Tribunal en cuanto a la presencia objetiva de las pruebas y a su real contenido. Tal punto de partida excluye, pues, cualquier controversia sobre la existencia misma del medio probatorio, sobre si la prueba no expresa lo que el Tribunal halló que ella decía o si la misma manifiesta algo que el *ad quem* no alcanzó a ver, porque de haberla, tal error constituiría uno de facto.

5. Síguese de lo expuesto que si del examen de los peritazgos, sin que ellos así lo expresen, dedujo el Tribunal que los expertos habían conceptuado que "dada la naturaleza arcillosa del terreno y la construcción deficiente del patio y del muro del relleno, se ocasionó el derrumbe de éste, lo que a su vez motivó el agrietamiento del edificio", con ello no cambió el valor probatorio que la ley concede a esos medios, sino que habría alterado su real contenido, al ver, en los dictámenes dichos, cosas que ellos no expresan; vale decir, que el Tribunal habría supuesto la prueba en ese punto, lo que constituye error fáctico y no de derecho. Y tampoco es yerro de esta naturaleza interpretar que los peritos Enrique Acosta y Alberto Hernández, en el punto m) de su dictamen, habrían conceptuado cosa

que realmente no expresan; con esa labor dialéctica, como el mismo recurrente lo afirma, el fallador habría cambiado "su tenor literal para tergiversar el concepto, para darle un contenido diferente al verdaderamente expuesto por los peritos". Entonces, si el yerro imputado al sentenciador consiste en que vio en ese dictamen cosas que no dicen los expertos, el error no sería de derecho por cuanto con ello no se altera el valor probatorio que la ley concede a la peritación, sino de hecho, por hacerle expresar a esa prueba lo que ella no dice. La misma observación debe hacerse respecto a lo que el *ad quem* habría hecho decir a los peritos en la letra a) del mismo punto m). Si en la sentencia se manifiesta que el demandante, sin previa licencia oficial, construyó el patio y el garaje dichos, a pesar de que existen pruebas que permiten concluir que el Distrito de Bogotá sí otorgó el permiso respectivo, tal episodio no constituye error de derecho; entrañaría un típico yerro de facto, que es el que se da cuando el sentenciador pasa por alto prueba que obra en el proceso. Finalmente, no ver los fundamentos que de su dictamen dan los expertos, no genera desatino en la aplicación de las normas que señalan valor demostrativo a esa prueba, sino cercenamiento de su contenido objetivo, con lo cual no se cometería error de derecho sino fáctico.

Brota necesariamente de todo lo anterior que si no están demostrados los errores *de derecho* denunciados por el impugnante, al caer su punto de apoyo, son ineficaces los cargos montados en su existencia.

2. Demanda de la recurrente demandada.

Cargo primero.

A consecuencia de error de hecho, denúnciase en él aplicación indebida de los artículos 2341 y 2356 del Código Civil "en cuanto se consideró a la Universidad demandada como responsable directa de los eventuales daños ocasionados por el doctor Alfonso Orduz Duarte como constructor de algunas obras levantadas a inmediaciones de la propiedad del actor".

Fijando como punto de partida la tesis de que, en casos como el presente, "no puede prosperar pretensión alguna fundada en el ejercicio de una actividad peligrosa por parte de una persona moral, sino en el caso de que la persona natural, que haya actuado, pueda calificarse como agente de aquella", y que sólo tiene tal calidad quien está ligado a la persona jurídica exclusivamente por contrato de trabajo o de mandato, expresa el impugnante que el Tribunal cometió error de hecho al apreciar las siguientes pruebas:

1ª Declaración de Ciro E. Porras quien afirma que fue el doctor Orduz Duarte quien lo contrató para realizar un movimiento de tierra y que él mismo le pagó el valor respectivo.

2ª Posiciones absueltas por el Rector de la Universidad, quien aceptó que había contratado al doctor Orduz para la construcción de la citada obra.

3ª Declaraciones de Julio López González, Rafael Antonio Zipamocha y Flavio Abril, quienes deponen que Ciro E. Porras, con maquinaria de su propiedad, ejecutó las obras de movimiento de tierra.

4ª Declaración de Luis Rafael Zárate Rincón, maestro general de las obras del doctor Orduz, quien testimonia que éste adelantó los trabajos a que se refiere la demanda.

5ª La manifestación del demandante, hecha en la demanda de instancia y repetida en el pliego de posiciones que absolvió el Rector de la Universidad demandada, atinente a que "la Universidad Javeriana contrató los servicios del doctor Orduz Duarte para la construcción de los muros de contención".

Arguye el censor que las pruebas indicadas demuestran que fue Ciro E. Porras quien hizo las zanjas o brechas y que fue el doctor Orduz, "contratista independiente", quien construyó el muro de contenencia; que, por tanto, erró el Tribunal cuando, "pese a que no existía prueba alguna de la vinculación del doctor Orduz con la Universidad", lo tomó como agente de ésta, "entendiendo que formaba parte de su personal, planteamiento que pugna con la evidencia procesal".

Cargo segundo.

Acúsase la sentencia por aplicación indebida de los artículos 2341, 2356 y 2357 del Código Civil, a consecuencia de error de hecho evidente en la apreciación de las actas de las inspecciones judiciales practicadas por los jueces Primero y Séptimo Civil del Circuito, de los varios dictámenes periciales, y de las observaciones que hizo el Tribunal en la inspección judicial que él mismo practicó.

En desarrollo del cargo dice el impugnante que tanto las inspecciones judiciales, como los dictámenes, expresan que los terrenos en donde el demandante edificó, y los aledaños de la Universidad, tienden a deslizarse por su propia

naturaleza y que, con lo dictaminado por los peritos Guillermo González y Andrés Restrepo Posada, aparece demostrado plenamente que "la causa *principal* de los deslizamientos fue la inadecuada construcción, por parte del doctor Flórez, del patio para garajes y su muro de contención". Basado en lo anterior el censor saca la siguiente conclusión: "como el Tribunal, no obstante lo observado en las inspecciones oculares y lo dicho por los peritos, encontró demostrado que los deslizamientos ocurridos en la propiedad del actor, podían obedecer parcialmente a las obras ejecutadas por el doctor Orduz, erró manifiestamente en la apreciación de las pruebas relacionadas, ya que, por el contrario, los peritos Acosta y Fernández sostienen que, precisamente, la construcción del muro era el medio adecuado para impedir los deslizamientos y en vista de que los peritos Restrepo Posada y González Zuleta señalan como causa *principal* de los daños experimentados en la propiedad del doctor Flórez, la antitécnica construcción del patio para garajes. Este error de hecho en la apreciación de las pruebas —continúa el censor—, llevó al Tribunal a dar por establecida la existencia del nexo causal entre la conducta del doctor Orduz Duarte, cuando se construyó el muro de contención en los predios de la Javeriana y los daños sufridos por el edificio del doctor Flórez y, en fin, acarreó la violación, por haberlas aplicado indebidamente, de las normas de los artículos 2341, 2356 y 2357, a un caso en el cual no existía prueba alguna sobre el vínculo de causalidad".

Cargo tercero.

En él denúnciase falta de aplicación del artículo 2351 del Código Civil por cuanto el Tribunal habría cometido "manifiesto error de hecho, debido a la equivocada apreciación de pruebas que se ha descrito en el Capítulo I", correspondiente al cargo primero.

Arguye el recurrente que, como la ruina del edificio provino de un vicio de construcción, es aplicable la regla tercera del artículo 2060 del Código Civil que atribuye, en tal hipótesis, responsabilidad al empresario de las obras; que por cuanto el doctor Orduz Duarte actuó como contratista independiente, "cualquier responsabilidad le cabría a él y no a la Universidad demandada"; y finalmente que cuando el Tribunal considera erradamente que Orduz Duarte es agente de la Universidad, viola, por inaplicación, el artículo 2351 citado, aplicable al caso debatido.

La Corte considera.

1. Es cosa averiguada que las obligaciones nacen no sólo de los actos jurídicos, es decir de los ejecutados voluntariamente por el deudor con el propósito de obligarse, sino también de otros que ocurren sin su voluntad, y aún contra ella, cual sucede con las obligaciones que brotan de los delitos y los cuasidelitos, denominados por la doctrina moderna, hechos ilícitos.

Según lo estatuye el artículo 1494 del Código Civil, el hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, aunque se haya realizado con el deliberado propósito de no obligarse, ya se ejecute con la intención de obtener el resultado dañoso, ya ocurra sin que el agente esté alentado por ese torcido designio, es fuente de obligaciones.

2. La obligación de indemnizar a la víctima el daño inferido está a cargo del autor del delito o culpa, o de sus herederos, como se establece en el título 34 del Libro 4º del Código Civil. Además, si son varios sus autores, cada uno será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa, excepto si se trata de los casos contemplados en los artículos 2350 y 2355, hipótesis en las cuales la obligación de resarcimiento es divisible.

3. Y aunque el apuntado Título 34, que trata de la responsabilidad común por los delitos y las culpas, sólo haga expresa referencia a las personas naturales, es apenas lógico sostener, como desde el siglo pasado lo pregonó la Corte, que ese deber de indemnizar también obliga a las personas jurídicas, que, como lo viene sosteniendo uniformemente la doctrina jurisprudencial de la Corte desde su sentencia de 30 de junio de 1962, son directamente responsables por el hecho doloso o culposo de sus agentes, causado en ejercicio de funciones propias del cargo, trátese de personal directivo o subalterno.

4. Quien pretenda la indemnización de perjuicio originado en hecho doloso o culposo, debe, en principio, demostrar: a) la ocurrencia del daño; b) el dolo o culpa del demandado y c) la relación de causalidad entre uno y otro, es decir que el obrar u omitir de éste fue la causa eficiente del daño.

Sin embargo, como los adelantos de la ciencia y las complicaciones de la vida moderna hacen, a veces, tan difícil la demostración de que el demandado procedió dolosa o culposamente, que la víctima, en casos, no podría hacer efectivo su derecho a la reparación del perjuicio sufrido, la doctrina jurisprudencial, sin abandonar el

principio de la responsabilidad subjetiva que campea en el apuntado título 34, al abrigo del artículo 2356 del Código Civil, dedujo que existía una presunción de culpa en quienes se dedican al ejercicio de actividades peligrosas. Considerando, pues, que no es la víctima, sino el demandado, quien crea la inseguridad de los asociados al ejercer una actividad que, aunque lícita, es de las que implican riesgos de tal naturaleza que hacen inminente la ocurrencia de daños, enseñó que, en tales circunstancias, se presume la culpa en quien es agente de actividad peligrosa, de suerte que demandada la indemnización de daño ocasionado por quien ejerce actividad de ese linaje, a la víctima le basta con demostrar: a) el daño y b) la relación de causalidad entre éste y el proceder del demandado, pues en tal evento se presume el tercer requisito que es la culpa.

Esta construcción jurisprudencial no entraña aceptación de la teoría de la culpa objetiva o del riesgo creado, pues, de un lado, descansa en la existencia de culpa del demandado, aunque ésta sea presunta, y, de otro, admite su exculpación demostrando que el daño ocurrió por fuerza mayor, por intervención de un tercero, o por culpa exclusiva de la víctima.

Sobre el punto, la Corte ha dicho: "...mientras se conserve y prevalezca conforme a razón el criterio subjetivo de la responsabilidad, frente al puramente objetivo, el daño ha de ser imputable a culpa de su autor. Sólo que en salvaguarda de las víctimas se invierte a su favor la carga de la prueba cuando hay presunciones de culpa, cuya contraprobanza se dificulta progresivamente en la misma medida en que avanzan la ciencia, la técnica y la experiencia aplicadas a las industrias y a las artes, hasta el punto de que en la actualidad apenas habrá daño alguno causado por actividades peligrosas que pueda considerarse como perteneciente a la categoría de lo imprevisible.

"Y como es fundamento de la culpa la capacidad de prever, surge la necesidad social de indemnizar el daño que arranca de actividades útiles y aun plausibles que llevan envueltas consecuencias nocivas previsibles, aunque no siempre evitables por los procedimientos usuales. Son riesgos cuya previsibilidad exige del empresario reserva financiera adecuada, en función indemnizatoria que restablezca el equilibrio para beneficio general.

"Comúnmente sucede que de la edificación moderna en varias plantas se desprenden daños considerables para las vecinas construcciones preexistentes, de pasado más o menos remoto. Esa actividad socialmente útil, es sin embargo por su naturaleza peligrosa: la comprobación del daño por lo común esclarece también su causa eficiente, y la culpa del autor de la nueva obra se presume en conformidad con el artículo 2356 del Código Civil, como para toda persona que se ocupe en una actividad peligrosa. De donde, salvo prueba de culpa exclusiva de la víctima, de intervención de elemento extraño, o de fuerza mayor, surgen las condiciones de la acción indemnizatoria por responsabilidad extracontractual o aquiliana, en que el sujeto al pago de la indemnización ha de ser, ante todo, el autor directo del daño". (G. J., T. XCVIII, pág. 343).

5. Ahora bien, el daño puede causarse no solamente mientras se ejerce la actividad peligrosa de edificar, pues también es posible que ocurra, como lo preven los artículos 2350 y 2351 del Código Civil, por la "ruina del edificio", la que acaece independientemente del desarrollo de actividad peligrosa. En el evento contemplado en la primera disposición, el responsable de los daños será el dueño de la edificación que cae, si se prueba, además, que su ruina ocurrió "por haber omitido él las reparaciones necesarias, o por haber faltado de otra manera al cuidado de un buen padre de familia". No hay pues, en este caso, presunción de culpa, como tampoco la hay cuando "el daño causado por la ruina de un edificio proviene de un vicio de su construcción", hipótesis en la cual, como lo dispone el artículo 2351 citado, el obligado a la indemnización es el constructor. No obstante, los dos preceptos apuntados sólo pueden aplicarse cuando los daños son causados por la ruina de un edificio, vale decir por su caída, mas no por haber sido demolido voluntariamente o cuando el daño se generó durante su construcción y a causa de la misma, casos en los cuales la norma aplicable es la del 2356 ibídem, *cual antes se expresó, pues las actividades dirigidas tanto a demoler edificios como a construirlos, son de las llamadas peligrosas.*

6. En el caso de esta litis, el Tribunal, en ningún pasaje de su sentencia, dijo que no fuera Ciro E. Porras quien hizo el movimiento de tierras y que no fuera el ingeniero Alfonso Orduz Duarte quien efectuó las demás obras, entre las que se cuenta la destrucción del muro de contenencia que existía y la construcción del nuevo. Todo lo contrario: esos hechos están indiscutiblemente afirmados por el *ad quem*, quien agregó que Porras fue contratado por Orduz, el que, a su vez, lo fue directamente por la Universidad

demandada. Esta circunstancia le permitió al sentenciador concluir que la Pontificia Universidad Javeriana desarrolló una típica actividad peligrosa, cual es la de construir una carretera en terrenos empinados y deleznables, conclusión que no sufrió mengua por considerar que las obras materiales fueran realizadas por Orduz y Porras, ya que éstos, directa o indirectamente, actuaban por orden o con autorización de élla o en cumplimiento de obligaciones contraídas con la misma. Y no es procedente afirmar, como lo hace el censor, que entre la entidad demandada y el ingeniero Orduz no existiera ningún vínculo jurídico, pues es cosa no discutida en el proceso, sino acatada por la sentencia y por el impugnante, que él dirigió y ejecutó los trabajos por haber sido contratado con tal fin por la Universidad, de la que, por tanto, fue su instrumento, según concluye el *ad quem*.

7. Tomando entonces como punto de partida, el que comparten recurrente y sentenciador que fue el ingeniero Orduz, según lo confesó el Rector de la Universidad demandada, quien fue contratado por ésta para "la construcción de los muros de contención", síguese que no peca contra la evidencia la conclusión que de tal hecho sacó el Tribunal en cuanto dedujo que como Orduz Duarte, en cumplimiento del contrato que había celebrado con la Universidad Pontificia Javeriana, ejecutó, directa o indirectamente, las obras que causaron el daño cuya indemnización se demanda en este juicio, debía considerarse como agente de la Universidad demandada.

Tampoco tiene la calidad de arbitraria la deducción consistente en que la parte demandada al encargar al mismo la ejecución de las obras requeridas para construir esa carretera en predios de la Universidad, al realizarlas por intermedio de su elegido ejecutó una actividad que, por su propia naturaleza, es eminentemente peligrosa, más si se considera que los terrenos allí, a más de ser inclinados, son deleznables, y que algunas obras se ejecutaron a lindes con el predio del demandante donde levántase edificio de cinco pisos de su propiedad.

De consiguiente, no erró de facto el *ad quem*, si afianzando en las dos conclusiones anteriores, que no son contraevidentes, concluyó que era innecesario demostrar la culpa de la Universidad, la cual se presumía por haberse dedicado al ejercicio de actividad peligrosa.

8. Adviértese, además, que como el Tribunal, para deducir la presunción de culpa a cargo de la Universidad, partió de la base de que ésta encargó al ingeniero Orduz Duarte el ejercicio de una actividad peligrosa, como en este punto existe acuerdo del censor con la sentencia, para la prosperidad de su ataque el recurrente tenía que demostrar que la prueba que se dice mal apreciada por el *ad quem*, acreditaba inequívocamente que ningún nexo existía entre la Universidad y el ingeniero Orduz, por lo cual éste debía considerarse como un tercero autor del hecho dañoso.

Resulta, empero, que la prueba determinada por el censor en este primer cargo, no lleva a tal conclusión, sino a la que sacó el Tribunal: que el ingeniero actuaba bajo la autoridad de la Universidad.

La prueba del hecho de un tercero puede destruir, en verdad, la presunción de culpa de quien se dedica a actividad peligrosa, pero ese hecho, como enseñan los Mazeaud, "no puede ser imputable al demandado; cuando la culpa de éste haya provocado el hecho del tercero del que haya resultado el daño, esa culpa es la causa verdadera del perjuicio. El hecho del tercero entonces, no es ajeno al demandado".

De lo dicho síguese, pues, que el censor debió acreditar que existía prueba de que la Universidad, a pesar de haber contratado al ingeniero Orduz, por la independencia con que éste estaba facultado para desarrollar la labor que le fuera encomendada, ella no había quedado con "poder para darle órdenes o instrucción sobre las funciones en las que estaba empleado".

9. Como, además, no existe ningún reparo del censor respecto a que están probados el daño y la relación de causalidad entre éste y las labores que ejecutó el ingeniero Orduz por sí o por intermedio de sus trabajadores o de contratistas buscados por él, y como no está desvirtuado que el citado ingeniero fuera encargado de la Universidad, ésta, para liberarse de la presunción de culpa que en su contra surge por haber desarrollado actividad peligrosa, ineludiblemente tenía que demostrar que el daño habría ocurrido exclusivamente por fuerza mayor, por el hecho de un tercero o por culpa total de la víctima. No habiéndose acreditado que el Tribunal hubiera cometido error en la apreciación de las pruebas que demostrarían alguna de estas causales, síguese que el cargo no puede prosperar.

Entonces, para que pudiera salir victorioso este primer ataque hubiérase requerido que los medios que el censor indica como mal apreciada por el Tribunal, probasen inequívocamente que el ingeniero Orduz era un tercero respecto a la Universidad, con lo cual ésta habría quedado liberada de la presunción de culpa que pesa en su contra por haber realizado una actividad de las denominadas peligrosas.

La prueba que se dice mal apreciada por el sentenciador, lejos de probar que el ingeniero Orduz era tercero respecto a la Universidad, permite concluir sin que con ello se contraríe la evidencia del proceso, que aquel había sido comisionado por ésta para ejecutar esa labor, por lo cual es necesario rechazar el primer cargo.

10. Esta misma suerte debe correr la segunda impugnación, por cuanto si los peritos afirmaron que "la causa *principal* de los deslizamientos fue la inadecuada construcción, por parte del doctor Flórez, del patio para garajes y su muro de contención", no puede seguirse de ello, en sana lógica, que esa hubiera sido la causa *única* del daño. Una cosa es afirmar que cierto suceso es "la causa *principal*" de otro, con lo que tácitamente se admite la concurrencia de otras causas, y muy distinto es aseverar que ese hecho sea la causa "*exclusiva*" del perjuicio. De suerte que el denunciado error no existe, y como él sirvió de fundamento al cargo, éste queda en el vacío.

11. Finalmente, en cuanto concierne al tercer ataque, obsérvase que en este proceso no se litiga el caso de la ruina de un edificio, a que refiérese el artículo 2351 del Código Civil. En el libelo demandador no se afirma que la ruina "proviniere de un vicio de construcción". En la especie de esta litis el Tribunal, tras encontrar probado el daño cuya indemnización se demanda, concluyó que éste no había acaecido exclusivamente por causa del proceder negligente de la Universidad, sino que a su producción concurrieron también la naturaleza del terreno, la intervención de agentes atmosféricos como la lluvia y el aire y la culpa parcial de la víctima. De este último dedujo al *ad quem* que, como el demandado se había expuesto imprudentemente a sufrir el daño por su proceder culposo, debía aplicarse el artículo 2357 del Código Civil, y con tal base redujo a la mitad la obligación de indemnizar surgida a cargo de la Universidad demandada.

Nótase también que el artículo 2351 sólo es aplicable cuando el sujeto demandado es quien construyó el edificio cuya ruina proviniere por defectos de su construcción, mas no cuando la parte demandada es persona distinta al "empresario" a que alude el 2060 del Código Civil en su regla tercera.

12. Por último, si el censor estimaba que la norma aplicable era la del artículo 2351 que cita, cómo el Tribunal, para la solución del litigio, hizo actuar los artículos 2341, 2356 y 2357, que son los que prestan apoyo a su sentencia, no debía haberse limitado a acusar el fallo por falta de aplicación del 2351, sino que debió simultáneamente acusar, por aplicación indebida, los que sirvieron al *ad quem* para fundar su resolución.

Por todo lo anterior resulta también impróspero este último cargo.

IV. *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 17 de marzo de 1971, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este proceso ordinario que Rubén Flórez Espinosa suscitó frente a Pontificia Universidad Católica Javeriana.

Costas en el recurso a cago de ambos recurrentes.

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

Aurelio Camacho Rueda, Ernesto Cediel Angel, Germán Giraldo Zuluaga, Humberto Murcia Ballén, Alfonso Peláez Ocampo, Juan Uribe Durán, Conjuez.

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SIMULACION

Resolución por falta de pago del precio.—Prescripción adquisitiva y liberatoria.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, D. E., 15 de mayo de 1972.

(Proyecto redactado por el abogado Asistente, Alberto Ospina Botero).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 3 de junio de 1968, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Facatativá, en el proceso ordinario de Antonio Crisanto Cruz contra Martín Vera o Ariza.

Antecedentes.

A. Ante el Juzgado Civil Municipal de Guaduas, Antonio Crisanto Cruz presentó demanda ordinaria contra Martín Vera, en procura de que se hiciesen las siguientes declaraciones principales:

a) Que el contrato de compraventa celebrado entre Antonio Crisanto Cruz y Martín Vera, contenido en la escritura pública número 42, de 12 de febrero de 1962, de la Notaría del Circuito de Guaduas, es simulado.

b) Que como consecuencia el referido contrato es "nulo o inexistente".

c) Que se disponga que las cosas deben volver al estado anterior a la celebración del contrato, esto es, que el demandado debe restituir al demandante el bien raíz objeto del mismo con todos sus frutos naturales y civiles, considerando aquél como poseedor de mala fe.

d) Que se ordene "la cancelación del registro de la escritura número cuarenta y seis (46), de doce (12) de febrero de mil novecientos sesenta y dos (1962), de la Notaría de Guaduas", así como "la cancelación del registro de la sentencia del Juzgado Civil del Circuito de Guaduas de fecha cinco (5) de octubre de mil novecientos sesenta y cuatro (1964), dictada en el proceso sobre pertenencia, promovido por Martín Vera".

e) "Que se ordene el registro de la sentencia que ponga fin a este juicio" y que se condene en costas al demandado.

B. En subsidio solicita:

a) Que se declare resuelto el contrato de compraventa celebrado entre Antonio Crisanto Cruz y Martín Vera, contenido en la escritura pública número 46, de 12 de febrero de 1962, de la Notaría del Circuito de Guaduas, por no pago del precio por parte del comprador.

b) Que como consecuencia de la declaración precedente, se disponga que las cosas vuelvan al estado anterior a la celebración del contrato, esto es, que se condene "al demandado a restituir al demandante Antonio Crisanto Cruz el predio 'Paraíso y Molano', con todas sus mejoras y anexidades, y los frutos naturales y civiles", considerándose al demandado como poseedor de mala fe.

c) Que se disponga "la cancelación del registro de la escritura pública número cuarenta y seis (46) de fecha doce (12) de febrero de mil novecientos sesenta y dos (1962), de la Notaría de Guaduas", así como "la cancelación del registro de la sentencia dictada por el Juzgado Civil del Circuito de Guaduas y de fecha cinco (5) de febrero de mil novecientos sesenta y cuatro (1964)".

d) "Que se ordene el registro de la sentencia que ponga fin a este proceso" y que se condene en costas al demandado.

C. Como elementos de la *causa petendi,* refiérense los que a continuación se resumen:

a) Antonio Crisanto Cruz contrajo primeras nupcias con Cristina Peñaloza y fallecida ésta, contrajo segundas, a la edad de 63 años, con Georgina Ariza, quien a la sazón tenía 16 años.

b) Antonio Crisanto Cruz, con motivo de su avanzada edad y con miras a proteger económicamente a la cónyuge y a "su pequeña hija María Anel" simuló vender, por la suma de $ 50.000 pesos a su suegro Martín Vera, un valioso inmueble denominado "Paraíso y Molano", ubicado en jurisdicción del Municipio de Guaduas, para que éste luego lo transfiriera a la mencionada Georgina Ariza.

c) El comprador Martín Ariza no pagó a su vendedor Antonio Crisanto Cruz "el precio que se hizo figurar en la escritura pública" y como "garantía para la esposa de Antonio Crisanto Cruz e hija del aparente comprador Martín Vera, del cumplimiento del convenio oculto, aceptó Martín Vera un pagaré a favor de su hija Georgina Ariza de Cruz por la suma de cincuenta mil pesos".

d) Martín Vera o Ariza "es un campesino pobre, padre de numerosa familia, y absolutamente carente de recursos para adquirir un bien de valor y entidad de la finca 'Paraíso y Molano' ".

e) En el mes de febrero de 1966 Georgina Ariza de Cruz abandonó a su esposo Antonio Crisanto Cruz, luego de lo cual este último requirió a Martín Vera para que resiliara el contrato de compraventa entre ellos celebrado y le entregara la finca "Paraíso y Molano", a lo cual el último se negó.

D. La primera instancia culminó con sentencia de 7 de febrero de 1967, proferida por el Juzgado Civil Municipal de Guaduas, mediante la cual se declaró nulo el contrato de compraventa, se ordenó la restitución del predio, junto con los frutos naturales y civiles al demandante, se dispuso la cancelación del registro de la escritura pública contentiva del contrato y la del registro de la sentencia proferida en el proceso de pertenencia, se ordenó el registro de la decisión dictada en este proceso y se condenó en costas al demandado. Apelada esta decisión por el último, el Tribunal la reformó en cuanto a la declaratoria de nulidad y en su lugar decretó la resolución del contrato de compraventa y para efecto de las restituciones consideró al demandado como poseedor de buena fe y la confirmó en lo restante, con costas de la segunda instancia, en proporción de cuatro quintas partes, a cargo de la parte apelante.

E. Inconforme el demandado con la decisión del Tribunal interpuso el recurso de casación.

La sentencia del Tribunal.

Comienza el sentenciador por referir los antecedentes del litigio, para ocuparse a continuación de la pretensión principal y juzgarla como de simulación.

Luego se da a la tarea, con fundamento en doctrina de la Corte, de indicar las diferencias exisentes entre la simulación y la nulidad.

En el examen de la prueba de la pretensión de simulación concluye, dada la restricción entre las partes, que no existen elementos de convicción suficientes que den por establecida la acción de prevalencia.

Enseguida el Tribunal emprende el análisis de la acción de resolución del contrato y, después de precisar los presupuestos axiológicos de élla, la da por establecida con apoyo en las reflexiones siguientes: "Al ser interrogado en posiciones, rendidas dentro del juicio, el demandado manifestó ser cierto el hecho de no haber pagado el precio de la venta, o sean los cincuenta mil pesos ($ 50.000) que se fijaron en la correspondiente escritura. De tal manera que habiéndose desvirtuado la declaración contenida en la escritura de haberse cancelado el precio, correspondía a dicho demandado evidenciar que el pago se había efectuado en otra oportunidad y como tal cosa no se hizo debe tenerse como plenamente demostrada esa falta de pago que se produce en el incumplimiento del contrato y en la mora consecuencial del deudor. El apoderado del demandado ha sostenido que no habiéndose fijado plazo para la cancelación del precio debía requerirse al comprador para constituírlo en mora. Sin embargo, para llegar a la conclusión contraria basta observar que el precio, de acuerdo con lo estipulado en la misma escritura, debía pagarse en el instante mismo de su otorgamiento y tanto es así que allá se dijo inclusive que se habían recibido los cincuenta mil pesos. De tal forma que estando precisado el momento en que debía hacerse el pago el solo hecho de haber dejado transcurrir esa oportunidad sin dar cumplimiento a la obligación correspondidente tuvo la virtualidad de colocar al deudor en mora. La negación indefinida hecha en el sentido de que el precio no fue pagado no fue contradicha por la parte demandada, la cual, por otra parte reconoció no haber cumplido con esa prestación. Por consiguiente, las súplicas basadas en el incumplimiento del deudor han de ser acogidas por el Tribunal".

Finalmente, con referencia a la excepción de prescripción alegada por el demandado, el Tribunial la despacha desfavorablemente con fundamento en las consideraciones siguientes: "Como la sentencia de adjudicación que se dictó a favor del señor Martín Vera se basó, especialmente, en la posesión que había tenido el señor Antonio Crisanto Cruz y en la continuidad de la misma por parte de aquel (de Vera), en virtud de la venta realizada por Cruz el hoy demandado y este último contrato debe declararse resuelto, se concluye que el fundamento esencial que se tuvo en cuenta para proferir ese fallo cae por su base y destruye la afirmada posesión por más de veinte años, que podría dar lugar a que prosperara la excepción de prescripción. Por otro lado no dejaría de ser cuando menos ilógico que para la prosperidad de esa excepción se aceptara que la posesión del señor Antonio Crisanto Cruz puede aprovechar al demandado, cuando a éste, según lo afirmado le fue entregada por aquél, precisamente en razón del contrato que por medio de esta sentencia se declara resuelto. Así, pues, la excepción invocada no puede prosperar".

Demanda de casación.

Dentro del ámbito de la causal primera de casación, formula el recurrente dos cargos contra la sentencia del Tribunal.

Cargo primero.

Denúnciase quebranto de los artículos 1546 y 1930 del Código Civil, por indebida aplicación, 1551 y 1608 del Código Civil, por falta de aplicación, "a consecuencia de errores de hecho que aparecen de manifiesto en los autos".

Según el censor los errores de hecho consisten: "A) Tener por demostrado, sin estarlo, que el pago del precio de la venta consignada en la escritura número 46 de 12 de febrero de 1962 de la Notaría de Guaduas, debió hacerse en el 'instante mismo de su otorgamiento'; y B) Olvidar, debiendo reconocerlo por no haberse probado lo contrario, que el comprador no estaba obligado a pagar el precio en una época o momento determinados".

En el desarrollo del cargo expresa el censor que el Tribunal erró en la interpretación de la cláusula segunda del contrato de compraventa celebrado entre Antonio Crisanto Cruz y Martín Vera, contenido en la escritura pública número 46, de 12 de febrero de 1962, de la Notaría Pública del Circuito de Guaduas. Asimismo sostiene que ignoró lo afirmado por el demandante en los hechos 9 y 16 del libelo de demanda, como también las preguntas decimaprimera y decimaquinta del pliego de posiciones rendidas por el demandado.

Luego de transcribir la cláusula segunda del contrato, el hecho 9º de la demanda y la pregunta 11 del cuestionario de posiciones, afirma que si "en sentir del fallador la voluntad inequívoca de los contratantes fue urdir una comedia en cuanto a la veracidad del pago de contado"; o sea, "de darle visos de realidad a una ficción", hay un contrasentido en el juzgador al considerar de simulado el pago del precio y "al mismo tiempo hacerle producir efectos lícitos", en el sentido de que las partes "hayan querido verdaderamente que se pagara tal precio en el acto de otorgamiento" de la escritura. "Nadie da por recibido el precio cuando no se le ha pagado, si aspira o ha convenido efectivamente que se le pague al tiempo de firmar el instrumento".

La censura concluye expresando que si en un contrato de compraventa no se estipula plazo para el pago del precio, "es menester el previo requerimiento judicial para constituir en mora al deudor... Como tal requerimiento no se produjo, el comprador no está en mora de pagar el precio y no puede decretarse la resolución del contrato de venta ni las otras medidas derivadas de élla que tomó el Tribunal".

Se considera.

1. En las relaciones contractuales puede ocurrir que las partes, en documento público, hagan manifestaciones de dar por cumplidas algunas obligaciones cuando la parte a quien corresponde el cumplimiento no lo ha hecho. Ante esta situación, la doctrina, con fundamento en la ley, ha sostenido que en un instrumento público se distingue su fuerza probatoria y su fuerza obligatoria o vinculante. En este orden de ideas, en cuanto al otorgamiento y fecha del instrumento, como hechos respaldados en la fe pública encomendada a los notarios, el instrumento hace plena prueba respecto de las partes y de terceros. Empero por lo que toca con la fuerza obligatoria o con la verdad de las declaraciones en él expresadas por las partes, el instrumento no hace fe sino contra los mismos contratantes o sus causahabientes.

2. Sin embargo, como entre los contratantes debe prevalecer la voluntad real sobre la voluntad declarada, para que así ocurra, la parte

que lo pretenda debe demostrar la primera. Por estas circunstancias, la Corte tiene declarado que el ordenamiento no impide a las partes o a sus sucesores "probar contra lo expresado por éllas en el instrumento, pues de ahí la acción resolutoria de un contrato bilateral por incumplimiento de una de las partes, a pesar de haberse dicho en la escritura o instrumento que las prestaciones de ella estaban satisfechas". (Cas. Civ. 16 de febrero de 1959, XC, 54). En posterior ocasión afirma que cuando en las voces del instrumento se dice "pagado el precio de la compra cuando en realidad no se ha satisfecho, es admitido al vendedor a demostrarle al comprador ese hecho verdadero...". (Cas. Civ. 26 de abril de 1954, CVIII, 147).

3. Si en un contrato de compraventa se expresa que el comprador ha pagado el precio al vendedor, mas luego en proceso entre los contratantes se desvirtúa con prueba de confesión del comprador de no haber cumplido éste con dicha obligación, se infiere que desde el momento en que al deudor declaró en instrumento haber hecho el pago y no lo hizo, incurrió en incumplimiento de esa prestación. En tal evento, como el día del otorgamiento de la escritura era el acordado para verificar el pago, quedó constituído el comprador en mora al no haberlo hecho, en ese día, sin necesidad de requerimiento.

4. En el caso *sub lite*, si bien se declaró en la escritura de venta que el comprador Martín Vera pagó el precio al vendedor Antonio Crisanto Cruz, se estableció luego con confesión del mismo comprador que no hizo pago alguno al vendedor. Ante estas circunstancias, el comprador incumplió una de las obligaciones a su cargo, lo cual facultaba de inmediato al vendedor para pedir la resolución del contrato.

5. Como estas mismas reflexiones fueron hechas por el juzgador de segundo grado en la sentencia atacada, se desprende que no cometió el yerro evidente de hecho que se le achaca. Tampoco existe el contrasentido enunciado por el recurrente, ya que el Tribunal partió de la realidad del contrato al declarar la resolución del mismo.

Por lo dicho, el cargo no prospera.

Cargo segundo.

Versa sobre quebranto directo, por falta de aplicación, de los artículos 758, 2534, 2538 y 2676 del Código Civil, 2º y 7º de la Ley 120 de 1926, 7º de la Ley 51 de 1943, y por aplicación indebida, de los artículos 1544 y 1932 del Código Civil.

En desarrollo del cargo expresa el recurrente que el demandado, una vez celebrado el contrato de compraventa sobre el predio "El Paraíso y Molano", promovió acción de pertenencia ante el Juzgado Civil del Circuito de Guaduas, y por sentencia de 5 de octubre de 1964 se declaró que lo había adquirido por el modo de la prescripción adquisitiva, mediante fallo con fuerza *erga omnes*, por lo que "los derechos que Antonio Crisanto Cruz creía tener sobre el inmueble quedaron sin posibilidad alguna de hacerse efectivos... por no haberlos hecho valer en el curso del juicio de pertenencias ya que contra él también iba la acción prescriptiva", pues en la demanda no se señaló a demandado cierto o determinado.

Más adelante dice el censor que en muchas ocasiones, a pesar de que tenga razón el vendedor, "el retorno a la situación anterior a la celebración del contrato no puede lograrse", bien porque la cosa ha pasado a terceros de buena fe, ora porque el comprador haya logrado posteriormente la declaratoria de adquisición por prescripción, en proceso adelantado "contra todo el mundo".

Después de repetir que el fallo pronunciado en un proceso de pertenencia dirigido contra demandado incierto produce efectos "erga omnes", agrega que para desconocerle en proceso subsiguiente la eficacia a dicho fallo debe ser citado también el Ministerio Público, pues se trata de un "invitado inevitable".

El censor remata el cargo en los siguientes términos:

"Así como la acción reivindicatoria y el derecho real de dominio mueren para todo presunto propietario ante la usucapión que consume un poseedor material, de la misma manera, el derecho a obtener la restitución de un bien y sus adehalas, que se haga depender de la acción resolutoria de una compraventa, fenece si después del contrato el adquirente saca avante una pertenencia contra demandado universal".

Se considera.

1. La prescripción es definida por el ordenamiento como "un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones o derechos ajenos, por haberse poseído las cosas y no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales". (Art. 2512 del C. C.).

Con fundamento en el concepto anterior, la doctrina afirma que la prescripción registra dos especies: adquisitiva y extintiva o liberatoria.

La primera opera en el campo de la adquisición de los derechos reales y la segunda tiene lugar en la extinción de las obligaciones y acciones en general. A pesar de que la prescripción adquisitiva conlleva un efecto extintivo correlativo, una y otra especie difieren: en la usucapión es presupuesto sine qua non *la posesión en el prescribiente y en la prescripción liberatoria la inactividad del acreedor o titular de la acción.*

2. La prescripción puede ser alegada como acción o como excepción. Invocada como acción, con fundamento en la Ley 120 de 1928, vigente cuando se profirió el fallo sobre pertenencia, el trámite era el de un proceso ordinario o especial según se adelantara contra personas determinadas o indeterminadas, y por lo mismo, los efectos del fallo eran relativos o absolutos. "En el régimen de la Ley 120 —dice la Corte—, los efectos del fallo corresponden al ámbito que a la acción señale el actor: Si comprende sólo personas determinadas, contra quienes se quiere hacer valer la prescripción, los efectos de la sentencia son relativos; si comprende a todo interesado en general, los efectos son absolutos". (Cas. Civ. 31 de octubre de 1956, LXXXI; 514; 26 de mayo de 1964, CVII, 218).

3. Con todo, si la acción de pertenencia se había promovido contra personas indeterminadas, no ignorando el demandante la existencia de otra persona o personas a quienes podía perjudicar el fallo y contra las cuales pretendía hacer valer luego la prescripción, los efectos del fallo, en tal evento, no podían ser absolutos sino de linaje relativo, como de manera reiterada y uniforme lo declaró la Corte.

En efecto, en sentencia de 8 de noviembre de 1961, expresó:

"Cuando los hechos demuestren que el pretendido prescribiente se encuentra colocado en situación incompatible con la ignorancia acerca de la certeza y denominación individual de las personas contra quienes la prescripción haya consumado su efecto extintivo, no le es permitido el empleo de la vía emplazatoria general, no predicable conforme a derecho sino 'en defecto de personas conocidas o presupuestos interesados contra los cuales se puede alegar la prescripción'. Ha de emplearse entonces necesariamente la vía ordinaria con citación de quienes como presupuestos interesados deben ser oídos y vencidos en juicio contradictorio; quienes por ministerio de la Constitución y la ley están vinculados al proceso declaratorio de pertenencia. De otra manera la actuación queda hecha al vacío, por ser preteridas las personas ciertas que por mandato expreso de la ley y por pasiva están llamadas a contradecir la acción. Si no se les cita, el juicio queda privado de eficacia, y el pronunciamiento sin su audiencia mal puede afectarlas". (XCII, 162).

Esta misma doctrina fue reiterada en sentencia de 26 de mayo de 1964, publicada en la *Gaceta Judicial* número 2272, 218. Posteriormente en sentencia de 22 de septiembre de 1966, afirma: "Cuando el artículo 6º de la Ley 120 de 1928 dispone que 'en defecto de personas conocidas o presupuestos interesados contra los cuales se pueda alegar la prescripción, el procedimiento será el que se detalla en los artículos siguientes' (7º a 11 que tratan del juicio por edictos)", "necesariamente predica que, habiendo terceros contra los cuales como 'presupuestos interesados' se pueda alegar la prescripción y cuya existencia e identidad le sea imposible al actor en pertenencia ignorar, no le basta a éste acogerse al procedimiento impersonal *erga omnes*, sino que le es preciso enderezar *nominatim* su demanda contra esos terceros, que de no ser traídos de este modo al pleito quedarían por fuera de la relación jurídico-procesal. Con lo cual quiere la ley evitar que quien intente obtener la declaración de pertenencia recurra al sistema de los emplazamientos innominados, con olvido del principio de la lealtad procesal, contra terceros ciertos para el actor como interesados en hacerle frente a su pretensión". (XCVII, 321).

4. Como se encuentra establecido que el demandado no desconocía la existencia de la persona a quien podía afectar las resultas del proceso de pertenencia, los efectos del fallo proferido con omisión de vincular como demandado a dicha persona no la pueden perjudicar, pues los alcances de esa decisión son relativos, mas no absolutos, como ya se observó:

5. Finalmente, la tesis del recurrente además se resiente de falta de lógica y de fundamento legal, porque vista desde otro ángulo se presentaría el cómodo sistema para el comprador de poder eludir el cumplimiento de sus obligaciones contractuales para con su vendedor, al iniciar de inmediato un proceso de pertenencia para alegar luego, al serle favorable el fallo, que también quedaron extinguidas las obligaciones personales derivadas del negocio jurídico, cuando el tiempo requerido para la prescripción extintiva aún no se había cumplido. Si bien la usucapión tiene correlativamente efectos extintivos, no puede confundirse ésta con la prescripción liberatoria, porque una y otra difieren, según quedó ya establecido. No es posible entonces que a través de la usucapión, que va

orientada a la adquisición de un derecho real, se logre igualmente mediante ella la extinción de las obligaciones derivadas de una relación contractual, pues éstas últimas desaparecen por la inactividad del acreedor, pero con fundamento en la prescripción liberatoria.

6. Como la acción de resolución instaurada por el demandante no había prescrito, pues el contrato se celebró con el demandado el 12 de febrero de 1962 y la acción se promovió el 14 de marzo de 1966, viene de lo dicho que el sentenciador de segundo grado no quebrantó la ley en el sentido indicado por el recurrente, por lo que el cargo es impróspero.

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 3 de junio de 1968, proferida por el extinguido Tribunal Superior del Distrito Judicial de Facatativá, en el proceso ordinario de Antonio Crisanto Cruz contra Martín Vera o Ariza.

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

Cópiese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase al Tribunal que corresponda.

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

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

Por el hecho de otro y la del dueño por el hecho de las cosas inanimadas.

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

(Proyecto elaborado por el doctor Ernesto Gamboa Alvarez).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia dictada el 31 de agosto de 1970 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso ordinario de Nicasio Díaz M., Braulio Fino Beltrán, José A. Amaya y Ana Belén Solano de Díaz contra "Aceites Vegetales Refinados Limitada" (Aceitales Ltda.).

I. *El proceso.*

1. Los demandantes, por intermedio de apoderado, solicitaron en 1967, ante el Juzgado 22 Civil Municipal de Bogotá, las siguientes condenaciones:

"*Primero.* Que la sociedad 'Aceites Vegetales Refinados Limitada', es civilmente responsable y está legalmente obligada a indemnizar todos los perjuicios extracontractuales recibidos por mis poderdantes como consecuencia del accidente de tránsito ocasionado por su subalterno o empleado señor Wenceslao Campos Romero el día 21 de agosto de 1965 en jurisdicción del Municipio de Villapinzón, hechos por los cuales fue condenado por el Juzgado Unico Promiscuo Municipal de aquella población, según sentencia de fecha 11 de febrero del año que cursa.

"*Segundo.* Que como consecuencia de la anterior declaración, se condene a la sociedad demandada a pagar a mis poderdantes, el valor de los perjuicios recibidos con ocasión del accidente anteriormente mencionado y a los cuales fue condenado el señor Wenceslao Campos Romero, empleado de la demandada, según la siguiente discriminación:

"a) Al señor Nicasio Díaz, la suma de doscientos sesenta y cinco mil seiscientos treinta y cinco pesos con cuarenta centavos moneda corriente ($ 265.635.40);

"b) Al señor Braulio Fino Beltrán, la suma de doce mil cuatrocientos pesos ($ 12.400) moneda corriente;

"c) A la señora Ana Belén Solano de Díaz, la suma de diez mil trescientos veintisiete pesos con veinticinco centavos ($ 10.327.25) moneda corriente; y

"d) Al señor José A. Amaya, la suma de dos mil pesos ($ 2.000) moneda corriente, sumas que representan la valoración pericial de perjuicios efectuada dentro del proceso penal que se adelantó con motivo del accidente aludido.

"*Tercero.* Que se condene a la sociedad demandada al pago de las costas del juicio".

2. Estas súplicas se apoyaron en los hechos que la Corte resume así:

a) El 21 de agosto de 1965, el camión marca Barreiro, modelo 1964, placas D-98-140, de propiedad de Aceites Vegetales Refinados Limitada y conducido por Wenceslao Campos Romero, empleado o dependiente de esta sociedad, se estrelló, en jurisdicción del Municipio de Villapinzón y en viaje por la carretera central del Norte, contra la camioneta marca Toyota, modelo 1962, placas JS-45-46, de propiedad de Nicasio Díaz y conducida por Braulio Fino Beltrán.

b) A causa de este accidente sufrieron lesiones todos los demandantes, en especial Nicasio Díaz "quien tuvo necesidad de ser hospitalizado de inmediato y soportar un largo tratamiento, del cual aun no se ha recuperado totalmente".

c) En el proceso penal que se siguió contra el conductor Wenceslao Campos Romero, se probó su responsabilidad como causante del accidente, y se le condenó a la pena de tres meses de arresto y a indemnizar todos los perjuicios

sufridos por los demandantes, inclusive los daños ocasionados a la camioneta en que éstos viajaban.

d) Como no se pudo llegar a acuerdo entre los demandantes y la sociedad demandada respecto del monto de la indemnización, ésta se liquidó pericialmente dentro del proceso penal en la forma como se indica en la súplica segunda de la demanda.

e) Dentro del proceso penal seguido contra Wenceslao Campos Romero, éste "confesó que era empleado" de Aceites Vegetales Refinados Limitada, sociedad que, por su parte y "en la fecha en que se produjo el accidente", "reconoció la dependencia o subordinación que tenía para con ella" dicho conductor.

3. La empresa demandada contestó este libelo negando varios de los hechos, exigiendo prueba de otros y manifestando que los restantes no son de su incumbencia.

4. El Juzgado del conocimiento dictó sentencia de primera instancia en la cual resolvió negar las peticiones de la demanda, por ilegitimidad de la parte demandada, con costas a cargo de los actores.

5. Apelado este fallo por los demandantes, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá desató la segunda instancia de esta manera:

"*Primero.* Revócase la sentencia objeto del recurso de apelación, de la procedencia y fecha indicadas en ésta.

"*Segundo.* En lugar de tal sentencia, se resuelve:

"a) Declárase que la sociedad comercial denominada 'Aceites Vegetales Refinados Limitada', domiciliada en esta ciudad y legalmente representada, es civilmente responsable y está legalmente obligada a indemnizar los perjuicios extracontractuales recibidos por los demandantes señores Nicasio Díaz Medina, Braulio Fino Beltrán, José A. Amaya y Ana Belén Solano de Díaz, conocidos de autos, como consecuencia del accidente de tránsito acaecido el día veintiuno (21) de agosto de mil novecientos sesenta y cinco (1965), según lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia;

"b) Condénase a la mencionada sociedad 'Aceites Vegetales Refinados Limitada' a pagar a los demandantes señores Nicasio Díaz Medina, Braulio Fino Beltrán, José A. Amaya y Ana Belén Solano de Díaz el valor de los perjuicios de que trata el numeral anterior, respectivamente; y para concretar el monto de tales perjuicios, sígase el procedimiento determinado por el artículo 553 del Código Judicial.

"*Tercero.* Condénase en costas de primera y segunda instancias, a la parte demandada. Tásense oportunamente".

II. *Motivaciones de la sentencia impugnada.*

Los dos primeros capítulos de su proveído los dedica el Tribunal a relatar los antecedentes del proceso y a recontar las pruebas aducidas por los demandantes. El tercero, a exponer extensamente las *"teorías objetiva y subjetiva frente a la responsabilidad extracontractual"*, en cuyo desarrollo se ocupa en primer término de *"la teoría del riesgo creado, aspecto subjetivo"*, y luego, de *"la carga de la prueba"*.

De todo ese discurrir concluye el sentenciador: a) Que la responsabilidad civil proveniente de daño causado en el ejercicio de actividades peligrosas, se funda en nuestro régimen civil en la *culpa;* b) Que, de acuerdo con el principio contenido en el artículo 2356 del Código Civil Colombiano, el hecho dañoso en que incurra quien ejerza actividades de esa índole, genera en contra suya una *presunción de culpa;* c) Que esta presunción puede destruirse, no sólo mediante la prueba de la *fuerza mayor o caso fortuito,* sino además demostrando "que su conducta fue prudente ajustándose a las previsiones que una actividad peligrosa exige para que no ocurriera el daño"; y d) Que la *carga de la prueba,* conducente a destruir la presunción de culpa, corresponde al agente del daño, esto es, a quien ejercía la actividad peligrosa que lo causó.

Concretándose ya al caso del proceso, hace el Tribunal el siguiente planteamiento: "Según los cargos de los demandantes, en cuanto respecta al derecho, estos han querido responsabilizar a la empresa 'Aceites Vegetales Refinados Limitada' en cuanto han querido ver *una relación de dependencia jurídico-laboral entre el autor del daño y la empresa;* pero puesto que la lesión fue producida *mediante una conducta sobre un bien, vehículo automotor en cuyo manejo y uso pueden engendrarse actos que de suyo pueden poner en peligro derechos de terceros,* es preciso examinar si por el primer extremo, relación de dependencia, es posible que opere la presunción según el artículo 2347 del Código Civil, o por el segundo, 2356, *que se desprende del hecho de ser la referida empresa propietaria de la cosa con la cual se ocasionó el daño* y por lo mismo siendo en principio la persona llamada a demostrar que no existe relación de causalidad

jurídica entre dicho daño y la actividad que ella debía desplegar para que con ese bien no se ocasionara perjuicio alguno" (se subraya).

Y agrega: "*mientras el titular del bien no haya cedido convencionalmente el uso de la cosa o de mala fe no se le haya arrebatado dicho uso constituyendo para el propietario este último evento fuerza mayor o caso fortuito,* por la naturaleza misma de la relación jurídica llamada propiedad, *el es titular del derecho quien controla, vigila y custodia la cosa.* De allí que dentro del juego de las presunciones que implica la responsabilidad civil extracontractual (Art. 2356 C. C.), *el propietario de un bien* con el cual se ha ocasionado un daño, demandado que fuere, *puede exonerarse de culpa en el uso de la cosa, hubiere sido la conducta ocasionada por éste mismo o por un tercero, bien alegando la fuerza mayor o el caso fortuito o probando la convención mediante la cual depositó la guarda del bien en otra persona*" (se subraya).

Se detiene luego el fallador en el examen de los hechos que aparecen probados en los autos y, para este efecto, divide su exposición en varios parágrafos, así:

"a) *La relación de dependencia.*

"No encontró el Juez de Primera Instancia relación de dependencia jurídico-laboral, como el Tribunal tampoco tiene prueba de ello. Ni directamente, ni por documento o confesión de las partes, ni indirectamente por indicios que tengan la gravedad suficiente, puede decirse que Wenceslao Campos Romero sea dependiente laboral de la empresa 'Aceites Vegetales Refinados Limitada'. Existían indicios sí, pero que en el caso no podían valer como prueba supletoria, de que existe relación entre 'Aceites Purísimo' con 'Aceites Vegetales Limitada', tal como deductivamente lo aseveran los peritos en el juicio civil y como lo consideró el Juez Penal en su sentencia. Pero siendo la unidad de empresa una relación de índole comercial sujeta a normas de control objetivo, no se podía indiciariamente concluir en ello sino mediante las pruebas solemnes que la ley exige al efecto, y por lo cual hubo de dictarse un auto para mejor proveer solicitando un certificado de la Cámara de Comercio de Bogotá, del cual se desprende que no existe vinculación alguna entre las dos empresas.

"Hasta aquí llegó el Juez de Primera Instancia. Puesto que no fue probada la relación jurídico-laboral y por ende la dependencia entre el autor del daño y el presunto patrono demandado, la conclusión fue la de una falta de legitimación pasiva dentro del proceso y por lo mismo una resolución absolutoria.

"b) *Prueba de la titularidad del bien.*

"Existen pruebas irrefutables del ánimo de señor y dueño de parte de 'Aceites Vegetales Refinados Limitada' sobre el vehículo automotor distinguido con las placas número D-98-140. El Subgerente de la empresa concede poder a un abogado para que haga su reclamo ante la autoridad penal que lo tenía retenido; en tanto que al propietario le fue devuelto su vehículo. Así lo reconoce la justicia penal. De consiguiente, fue 'Aceites Vegetales' quien compró el vehículo a la agencia vendedora y se encontraba matriculado a nombre de la referida empresa.

"c) *El traslado de la prueba.*

"Refiriéndose a la propiedad del vehículo con el cual se causó el accidente, dice el Tribunal que 'no se trata propiamente aquí del traslado de la prueba, sino de pruebas contundentes que obraron en otro proceso y que en éste, *con valor* indiciario, pero de modo plural, con gravedad, precisión y conexión con el hecho, *dan igualmente fe sobre el dominio que la empresa* (demandada) *tenía sobre el bien con el cual se causó el perjuicio' ".* (Se subraya).

Niega, en cambio, que el avalúo pericial de perjuicios practicado en el proceso penal pueda tenerse en el presente litigio "como plena prueba sobre el *valor* del daño", porque "el dictamen pericial no puede ser trasladado del proceso penal al civil sin que su entidad probatoria sufra detrimento, y menos cuando el proceso penal se ventiló contra persona distinta a quien ahora, en el proceso civil, ocupa el lugar de demandado". De lo cual concluye que "la condena en este juicio debe ser en abstracto para que, por los trámites del artículo 553 del Código Judicial se haga la respectiva regulación como conviene y obliga la lealtad procesal con respecto a la parte demandada".

Por último, en capítulo sobre "*consideraciones finales*", hace el juzgador de segundo grado varias afirmaciones, entre las cuales se destacan las siguientes:

1ª "Que no quedó establecido en razón de que Campos Romero transitaba por la carretera de Villapinzón el día del accidente" *en vehículo de propiedad de la sociedad demandada;*

2ª "Que esta empresa como *titular* del bien era *guardián natural de la cosa*";

3ª "Que se trata de cosa sobre la cual se pueden ejecutar conductas que crean riesgos para los demás, como es la conducción de un vehículo, actividad peligrosa de las enumeradas enunciativamente por el artículo 2356 del Código Civil";

4ª "Que demandada como fue (la sociedad) por presunta responsabilidad civil extracontractual, la exoneración del cargo se basó sólo en que no era su dependiente (el conductor del vehículo), y considerando que esta prueba niega sólo una de las afirmaciones del autor de la demanda, pero *no excluye su responsabilidad en tanto que guardían de la cosa*"; (se subraya); y

5ª "Que en ningún momento fue probado que 'Aceites Vegetales' hubiera depositado la guarda del bien en 'Aceites Purísimo' o en el mismo Campos Romero, de tal modo que la custodia que naturalmente se tiene de los bienes propios hubiera sido cedida convencionalmente o, perdida ésta por circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito, entre los que se hubiera podido contar la mala fe de Campos Romero; que recayendo la responsabilidad sobre el propietario del bien con el cual se irrogó el perjuicio, la carga de la prueba le correspondía al propietario probando su *total falta de culpa* y que esta presunción no fue desvirtuada dentro del proceso".

III. *La demanda de casación.*

Contra la sentencia de cuya motivación se trata en el capítulo anterior, la parte demandada interpuso el recurso extraordinario, que la Corte procede a estudiar y decidir.

Tres cargos propone la censura: los dos primeros por la causal primera de casación, y el tercero por la segunda, que en orden lógico se estudian y deciden a continuación:

Tercer cargo.

Se hace consistir en que la sentencia del Tribunal es incongruente con la demanda de instancia, una vez que la primera y principal súplica de ésta se endereza a que se declare a la sociedad demandada como civilmente responsable de los perjuicios extracontractualmente ocasionados a los demandantes "como consecuencia del accidente de tránsito ocasionado por *su subalterno* o empleado señor *Wenceslao Campos Romero* el día 21 de agosto de 1965" (subraya la censura), y en cambio el sentenciador pronunció la condena impetrada con base en la propiedad que la compañía demandada tenía sobre el vehículo conducido por Campos en el momento del accidente, previa consideración de que no se probó la dependencia del citado conductor con la empresa en cuestión.

Es decir, se acusa la sentencia por haber fallado *extra petita*, o sea por haber proveído sobre un punto no comprendido en la demanda y, por tanto, que no fue objeto del litigio, pues a voces de la censura "el demandante ejercitó y propuso meramente la acción aquiliana que autoriza el artículo 2347 del Código Civil".

En suma, el Tribunal, según el impugnante, no tuvo por ejercida únicamente la referida acción, sino también la que implica responsabilidad directa del dueño de una cosa inanimada que contempla el artículo 2356 del Código Civil, no habiendo sido esta acción objeto de planteamiento por los demandantes, pues "no se la mencionó, ni alternativa ni subsidiariamente, ni en forma alguna".

Considera la Corte.

Cuando como en el caso de autos se imputa al Tribunal equivocación en la interpretación de la demanda, respecto a la acción civil incoada, el cargo no procede por la causal segunda, como reiteradamente lo ha dicho la Corte así: "Tampoco significa que el fallador puede decidir indistintamente una acción por otra, sino que con la facultad de interpretación de la demanda, sí le es dado al mismo establecer cuál es la acción interpuesta, que es lo ocurrido en este juicio, en que el Tribunal, basado en los hechos relatados en el libelo, interpretó la demanda en el sentido de considerar que la acción principal instaurada es la de simulación y no la de nulidad absoluta del contrato de compraventa contenido en la escritura 638 de 2 de junio de 1951. Siendo esto así, la acusación de la sentencia no era procedente por el motivo de no estar ésta en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas, invocado por el recurrente, con fundamento en el ordinal 2º del artículo 520 del Código Judicial, sino por la causal 1ª, de la misma norma, en cuanto el Tribunal en la interpretación de la demanda incurrió en error de derecho o en error de hecho manifiesto en los autos". (G. J., t. XC, pág. 51).

Además, la Corte no observa incongruencia entre la decisión del Tribunal y las peticiones de la demanda de instancia, pues si ésta se analiza en conjunto, como un *ens per se*, fácilmente

se observa que el meollo de su primera súplica es el resarcimiento de perjuicios ocasionados "como consecuencia" del accidente de tránsito en cuestión, y que la causa para pedir la configuran expresamente los demandantes, entre otras varias circunstancias, en que el camión D-98-140 que ocasionó el accidente "era en aquella época de propiedad de la empresa demandada", con apoyo específico, en cuanto a fundamentos de derecho se refiere, en los artículos 2356 y otros del Código Civil.

Por último, y como consideración marginal que enerva el reclamo del impugnante sobre deslealtad o sorpresa procesal, basta observar que el tema que la censura dice no fue objeto del litigio, o sea la propiedad del citado vehículo en cabeza de la compañía demandada, ciertamente sí fue materia de negativa por parte de dicha sociedad al contestar la demanda, y de alegación y contienda probatoria de ambas partes en el curso de las dos instancias.

Es lo dicho suficiente para rechazar el cargo.

Primer cargo.

Se formula por vía directa y en un comienzo se hace consistir en aplicación indebida del artículo 2356 del Código Civil, para luego rematar en que hubo "interpretación errónea" del mismo precepto.

Dice sobre el particular: "Se observa, en conclusión, que el Tribunal Superior de Bogotá, mediante la sentencia acusada, considera aplicable el precepto del artículo 2356 del Código Civil, con cargo de indemnizar perjuicios, a quien meramente aparezca como dueño de un objeto con que se causó un daño y aunque la actividad peligrosa haya sido desarrollada por terceros, totalmente desvinculados de ese dueño. He ahí la interpretación errónea".

En síntesis, considera el censor que, cuando se trata de aplicar la presunción de culpa contenida en el artículo 2356 del Código Civil, "solamente puede accionarse contra la misma persona a quien se pueda atribuir la negligencia o malicia. *Y nunca contra los guardadores o empresarios o patrones,* porque ya entonces se coloca la pretensión en las lindes de los artículos 2343, 2346 y 2347 del Código Civil, donde ya la acción dolosa o culposa no es materia de presunción, sino que debe demostrarse en la forma ordinaria".

Agrega que la presunción en estudio "solamente tiene oportunidad cuando no aparece demostrada la malicia o la negligencia en cabeza de una persona determinada. Porque si la culpa o el dolo se encuentran probados en el juicio, surgen entonces la obligación de resarcir directamente para el autor de la acción o de la omisión culpable, como manda el artículo 2341 del Código; o surge la acción aquiliana, con base en los artículos 2343, 2346 y 2347 de la misma obra".

Y remata el cargo de aplicación indebida por tres aspectos:

"*Primero.* Para que pueda conminarse responsabilidad con base en el artículo 2356 es menester que al reo se le impute (aún por simple presunción), una acción o una omisión maliciosa o negligente. Y, en el caso *sub júdice,* el Tribunal todo lo que pudo poner en cabeza de la entidad demandada fue el aparecer como propietaria de un vehículo. Esta circunstancia apenas constituye un 'status' axiológicamente indiferente; es una situación formal de la que no puede sustraerse malicia o negligencia. Por ende, aunque se presentó (aceptemos graciosamente) un daño a los demandantes, faltó el otro extremo para construir la presunción: la acción maliciosa o la omisión negligente en la empresa demandada.

"*Segundo.* La aplicación del artículo 2356 fue indebida, porque ella sólo puede hacerse cuando el juzgador, por falta de prueba, tiene que acudir a la presunción legal. Pero habiendo prueba perentoria acerca de quién es el autor del daño, resulta ilegítimo y contrario a toda noción de justicia, recurrir a la presunción y, alegando una culpa no demostrada, desviar la responsabilidad hacia otra persona. Lo absurdo y lo injusto es evidente: Se libera de responsabilidad al autor culpable y demostrado del daño, para correrla, por simple hipótesis, hacia otra persona. Y en el caso presente, como reconoce la sentencia, el autor del daño fue el señor Wenceslao Campos, por impericia en el manejo del camión. Estando ello demostrado, es ilegítimo e injusto suponer, por vía de presunción meramente legal, que la responsable haya podido ser la empresa 'Aceites Vegetales Refinados Limitada'. Demostrada la culpabilidad de Campos, lo único aplicable era el artículo 2341 del Código Civil para deducir responsabilidad contra dicho mismo señor.

"*Tercero.* Y si se hubiera querido en alguna forma considerar a la empresa demandada responsable por los actos de Campos Romero, lo aplicable hubiera sido el artículo 2347 del Código Civil. Pero ya vimos cómo la misma sentencia se abstuvo de esta conclusión, al encontrar que el autor del daño no tuvo ni ha tenido jamás vinculación con la empresa comercial Aceites Vegetales Refinados Limitada.

"En ninguna forma, pues, era aplicable al caso *sub júdice* el artículo 2356 del Código Civil".

La Corte considera

1. Con sólo leer el cargo, adviértese de inmediato el defecto de técnica de que adolece, consistente en denunciar quebranto de una misma norma sustancial —el artículo 2356 del Código Civil— tanto por aplicación indebida como por interpretación errónea, siendo que esas dos especies de violación de la ley se excluyen entre sí, pues al paso que la primera entraña la acusación de que la norma aplicada por el sentenciador no regula el caso litigado, la segunda parte de la base de que la que éste hizo actuar sí es la pertinente, pero que al hacerlo le dio un alcance que no le es propio. Esta defectuosa formulación de la censura hace necesariamente frustánea la acusación.

2. No obstante, *considera conveniente la Corte rectificar algunos conceptos del recurrente contenidos en el cargo, y con tal propósito observa:*

a) Que la responsabilidad por el hecho de otro y la que se deriva del ejercicio de una actividad peligrosa no se excluyen, pues como lo ha dicho la Corte, "la presunción de culpabilidad en contra de quien ejercita una actividad peliprosa afecta no sólo al dependiente o empleado que obra en el acto *peligroso, sino también al empleador,* dueño *de la empresa* o de las cosas causantes del daño". *(LXI, 569). (Se subraya). En tal hipótesis la víctima tiene derecho a acogerse a las reglas que gobiernan la responsabilidad por el hecho ajeno o a las que disciplinan la proveniente del ejercicio de actividades peligrosas. De donde se sigue que al decidir el caso* sub lite *a la luz del artículo 2356 del Código Civil para deducirle responsabilidad a la sociedad demandada por el daño causado por una cosa de su propiedad en ejercicio de una actividad reconocida como peligrosa —el manejo de automotores—, no aplicó indebidamente el Tribunal ese precepto.*

b) Que constituyendo el fundamento de la responsabilidad estatuida por el artículo 2536 precitado el carácter peligroso de la actividad generadora del daño, no es de por sí el hecho de la cosa sino en últimas la conducta del hombre, por acción o por omisión, la base necesaria para dar aplicación a esa norma. Es preciso, por tanto, indagar en cada caso concreto quién es el responsable de la actividad peligrosa.

El responsable por el hecho de cosas inanimadas es su guardián, o sea quien tiene sobre ellas el poder de mando, dirección y control independientes.

Y no es cierto que el carácter de propietario implique necesaria e ineludiblemente el de guardián, pero sí lo hace presumir como simple atributo del dominio, mientras no se pruebe lo contrario.

De manera que si a determinada persona se le prueba ser dueña o empresaria del objeto con el cual se ocasionó el perjuicio en desarrollo de una actividad peligrosa, tal persona queda cobijada por la presunción de ser guardián de dicho objeto —que desde luego admite prueba en contrario— pues aun cuando la guarda no es inherente al dominio, sí hace presumirla en quien tiene el carácter de propietario.

O sea, la responsabilidad del dueño por el hecho de las cosas inanimadas proviene de la calidad que de guardián *de ellas presúmese tener.*

Y la presunción de ser guardián puede desvanecerla el propietario si demuestra que transfirió a otra persona la tenencia de la cosa en virtud de un título jurídico, como el de arrendamiento, el de comodato, etc., o que fue despojado inculpablemente de la misma, como en el caso de haberle sido robada o hurtada.

Sentado lo anterior, se concluye que no interpretó por tanto el sentenciador equivocadamente el precepto en cuestión al deducirle responsabilidad al dueño del vehículo con que se causó el daño, quien no desvirtuó la presunción de ser su guardián, "aunque la actividad peligrosa haya sido desarrollada por terceros totalmente desvinculados de ese dueño", como dice el censor. Si en el proceso obraba la prueba de que la tenencia de aquél se entregó a quien causó el daño en virtud de un título judicial, o de que fue despojado, la acusación ha debido formularse con base en el error de hecho en que había incurrido el Tribunal al no haber apreciado esa prueba, cosa que no se hizo. Hay que partir, entonces, de la base de que no existe tal demostración en el expediente, y que, por lo mismo, a falta de dicha prueba se presume que el propietario, o sea la sociedad demandada, es el guardián material del vehículo causante del daño.

Y siendo actividad reconocidamente peligrosa el uso de vehículos automotores, está por fuera de toda duda la debida aplicación que de la presunción de culpa consagrada en el artículo 2356 del Código Civil, hizo el sentenciador, presunción que, como se dijo, comprende "los daños

ocasionados por cosas o cuerpos inanimados'' cuando se trata de tal clase de actividades (LXXIII, 649).

Por tanto, el cargo se rechaza.

Segundo cargo.

Denúnciase violación del artículo 2356 del Código Civil, por aplicación indebida, proveniente de errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas que en él se señalan.

A. *Error de hecho.*

Expresa el recurrente que la única prueba traída a los autos en relación con el daño que dicen haber sufrido los demandantes, es el *dictamen pericial que fue rendido en el proceso penal,* sobre el cual dijo el Tribunal: ''Como para probar el quantum del perjuicio se requiere precisamente esa prueba, dictamen pericial, y como ella no sufre el mismo trámite dentro del proceso penal que en el civil, *no* puede tenerse como plena prueba sobre el valor del daño. *El dictamen pericial no puede ser trasladado del proceso penal al civil sin que su entidad probatoria sufra detrimento y menos cuando el proceso penal se ventiló contra persona distinta a quien ahora, en el proceso civil, ocupa el lugar de demandado''* (transcripción subrayada por la censura).

''Si respecto de los perjuicios —continúa diciendo el recurrente—, la *única prueba* (aducida) es el dictamen pericial de avalúo hecho entre partes distintas y en acción distinta; y si el propio Tribunal *ad quem* reconoce que tal dictamen carece de valor en este juicio civil, es obvio que de allí 'no podía seguirse la aceptación judicial de existencia de ningún perjuicio concreto'. *La apreciación errónea de la prueba* es evidente''.

''Asimismo, se ve palmariamente el *error de hecho,* como que se da por existente un daño o una serie de daños y perjuicios que no han existido. La sentencia cree en algo que procesalmente no existe''.

''Y así se llega a la aplicación indebida del artículo 2356 del Código Civil. En efecto: se ordena pagar perjuicios que procesalmente no existen, no tuvieron demostración; no fueron debatidos siquiera. *Pero el artículo 2356, para poder ser aplicado, exige como presupuesto sine qua non, la existencia y demostración del daño. La sentencia violó por aplicación indebida esta disposición legal,* como que decretó su rigor, faltando el presupuesto esencial para ello: el perjuicio. 'Sin daño fehacientemente probado no nace a la vida jurídica la obligación de indemnizarlo' '' (palabras textuales de la sentencia de la Corte citada atrás por el recurrente).

B. *Error de derecho.*

Se lo hace consistir en que la prueba de que el camión de propiedad de la empresa demandada fue el que ocasionó la colisión que perjudicó a los demandantes, es *únicamente* ''la copia de la sentencia dictada en materia penal, dentro del proceso criminal seguido contra Wenceslao Campos Romero'', sentencia que ''ha debido ser consultada, como perentoriamente lo ordena el artículo 189 del Código de Procedimiento Penal para todos aquellos casos en que se proceda por infracciones que tuvieron señalada pena privativa de la libertad mayor de un año'', y que al no haber sido consultada ''no produjo tránsito a cosa juzgada, y *sus declaraciones carecen,* por ende, de *valor probatorio* inclusive para entre las mismas partes que lo fueron en el juicio penal... Por este aspecto también hubo *error de derecho fundamental en la apreciación de la prueba, de donde se dio por demostrada una colisión que no se probó en ninguna otra forma''.* Y de este error ''se siguió la aplicación indebida del artículo 2356 del Código Civil, lo que lleva a la invalidación de la sentencia impugnada''. (Se subraya).

La Corte considera.

A. No es cierto, como lo pretende el recurrente, que para el sentenciador la ''única prueba'' del daño haya sido el peritaje producido en el proceso penal. El Tribunal hizo referencia a ese dictamen cuando procedió a analizar el posible ''quantum'', ''el valor del daño'', ''el valor del perjuicio'' o ''la cuantía del perjuicio'', tal como reza la sentencia, pero en modo alguno para establecer *la existencia* del perjuicio mismo.

Conviene, para mayor claridad, transcribir los apartes pertinentes de dicho fallo: ''Más compleja resulta la evaluación del dictamen pericial que obró en el proceso penal y que fue acompañado como prueba con la presente demanda. Como para probar el quantum del perjuicio se requiere precisamente esa prueba, dictamen pericial, y como ella no sufre el mismo trámite dentro del proceso penal que en el civil, no puede tenerse como plena prueba sobre el valor del daño. El dictamen pericial no puede ser trasladado del proceso penal al civil sin que su entidad probatoria sufra detrimento y menos cuando el proceso penal se ventiló contra per-

sona distinta a quien ahora, en el proceso civil, ocupa el lugar de demandado. Cosa distinta ocurre con los elementos probatorios que dan fe sobre la propiedad del automotor, porque esta relación jurídica, real, es oponible a todos. El valor del perjuicio, en cambio, constituye el meollo de un conflicto, esencialmente contencioso, que debe ser dirimido entre las partes. Podría tener un valor indiciario y constituir elementos de gran importancia para formar un juicio al respecto, pero no determina de manera necesaria y suficiente la convicción del fallador para *regular la cuantía* del perjuicio. Lo anterior, ausencia de plena prueba para *determinar el valor* del daño y la imposibilidad de llegar a esa *regulación* por meros indicios, determina que la condena en este juicio deba ser *en abstracto* para que, por los trámites del artículo 553 del Código Judicial se haga la respectiva regulación como conviene y obliga la lealtad procesal con respecto a la parte demandada". (Subraya la Corte).

Pero para tener por demostrado *el daño,* el sentenciador se apoyó *en la sentencia del Juez Penal, no en el citado dictamen pericial,* como nítidamente aparece del cuerpo del fallo cuando expresa: "Es evidente que *la sentencia del Juez Penal prueba* de manera irrefragable sobre *la ocurrencia del hecho, siniestro que aquí se invoca como factum de la responsabilidad civil extracontractual",* y "el Tribunal encuentra otros fundamentos que teórica y jurisprudencialmente ya han sido enunciados, pero que sintetiza ahora mediante las siguientes consideraciones: Teniendo en cuenta que el día veintiuno (21) de agosto de mil novecientos sesenta y cinco (1965) el señor Wenceslao Campos Romero arrolló con un vehículo ajeno otro vehículo en el cual venían *ciudadanos que fueron perjudicados en su salud con detrimento de sus posibilidades de trabajo, tal como quedó establecido dentro del proceso penal;* que la conducta del señor Campos Romero fue encontrada *culpable por la autoridad penal* y a consecuencia de ello recibió pena de arresto". (Subraya la Corte).

Y la sentencia penal que le demuestra al Tribunal la "ocurrencia del hecho, siniestro que aquí se invoca como factum de la responsabilidad civil extracontractual" y que le sirve para concluir que varios "ciudadanos... fueron perjudicados en su salud con detrimento de sus posibilidades de trabajo", reza así: "La materialidad de los hechos denunciados se evidenció en autos con los distintos reconocimientos médicos a que fueron sometidos los vulnerados, por parte de los peritos médicos legales de Bogotá, así: Braulio Fino Beltrán tuvo una incapacidad definitiva de nueve días (9), con desfiguración facial de carácter permanente; José Amaya quince (15) días sin consecuencias; Ana Belén Solano, sesenta días sin consecuencias; y Nicasio Díaz Medina, sesenta días y perturbación funcional de carácter permanente".

Síguese de lo dicho que la prueba de *la existencia* del perjuicio no fue el dictamen pericial impugnado por el censor, sino la sentencia proferida en el proceso penal a que se hizo referencia. Y como esta providencia, en cuanto a este aspecto, no fue materia de ataque en el recurso extraordinario la conclusión a que en ese punto llegó el Tribunal encuentra firme apoyo en dicha prueba. "Aunque el recurrente acusa la sentencia por violación de varias disposiciones civiles, la Corte no tiene necesidad de entrar en el estudio de los motivos alegados para sustentar esta violación, si la sentencia trae como base principal de ella una apreciación que no ha sido atacada en casación, ni por violación de la ley, ni por error de hecho o de derecho, y esa apreciación es más que suficiente para sustentar el fallo acusado". (G. J. T. LXXIII, pás. 11 y 45; T. LXXV, 52).

B. En cuanto al error de derecho que se le endilga al sentenciador en razón de haber tenido como probado que "el camión de propiedad de la empresa demandada fue el que ocasionó la colisión que perjudicó a los demandantes" con la *copia de la sentencia proferida en el proceso penal,* basta observar, para desecharlo, que el impugnante no indicó como era su deber hacerlo, el precepto de disciplina probatoria que habría sido infringido, sin cuya indicación no es posible establecer el yerro del Tribunal en la valoración de esa prueba. Esta deficiencia técnica en la formulación de la censura hace frustánea la acusación.

Y no sobra notar que, al quedar en pie el referido soporte de la decisión, el ataque por error de hecho contra una prueba distinta, como es el dictamen pericial practicado en el proceso penal, es intrascendente e inane para quebrar el fallo acusado, tal como reiteradamente lo ha dicho la Corte (Cas. del 2 de abril de 1971; proceso ordinario de Ana Clotilde Ríos contra María Cecilia Vesga de Sánchez, aún no publicada).

Es, por lo dicho, impróspero el cargo examinado.

Resolución:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia dictada el 31 de agosto de 1970 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso ordinario que Nicasio Díaz Medina, Braulio Fino Beltrán, José A. Amaya y Ana Belén Solano de Díaz entablaron contra la sociedad Aceites Vegetales Refinados Limitada.

Costas a cargos del recurrente.

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

José María Esguerra Samper, Ernesto Cediel Angel, Enrique López de la Pava —Conjuez—, *Aurelio Camacho Rueda, Germán Giraldo Zuluaga, Alfonso Peláez Ocampo.*

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

ACCION DE RECOBRO

Incongruencia: error in procedendo y no in judicando.—Accesión: natural e industrial; discreta y continua. Acción de recobro.—Demanda: sus requisitos; errores en su interpretación.

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

(Magistrado ponente: doctor Humberto Murcia Ballén).

Se deciden los recursos de casación interpuestos por los demandantes y los demandados contra la sentencia de 16 de diciembre de 1970, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en este proceso ordinario instaurado por Ezequiel Quintero y otros contra Martha Quintero viuda de Cruz y Washington Montes.

I. *El litigio.*

1. Mediante libelo de 8 de junio de 1966 Ezequiel Quintero López, Sául y Hernando Quintero Campo, Cecilia Quintero de Quintero, Soledad Quintero de Bejarano, María Alicia Quintero de Díaz, María Nury y Mario Rojas Quintero, María del Socorro, Jairo, Herney y Zoraida Quintero Velasco, el primero en su calidad de cónyuge sobreviviente y como herederos en la sucesión de Mercedes Campo de Quintero los demás, demandaron ante el entonces Juzgado Segundo Civil Municipal de Palmira a Martha Quintero viuda de Cruz y a Washington Montes Arbeláez, a efecto de que previos los trámites del proceso ordinario se hiciesen las siguientes declaraciones:

a) que los demandados están obligados a restituir a los demandantes, "herederos de la causante Mercedes Campo de Quintero, cuya sucesión o herencia representan", junto con todas sus mejoras, anexidades y dependencias, unos lotes de terreno que hacen parte de otro de mayor extensión, denominados "La Julia", "La Victoria", "El Llanito" y "San Joaquín", los que forman un solo inmueble ubicado en el corregimiento de "Tienda Nueva", de la jurisdicción municipal de Palmira, cuyos linderos generales y especiales se consignan en la demanda;

b) que dichos demandados deben pagarles además los frutos naturales y civiles de los predios, no solo los percibidos sino también los que sus dueños hubieran podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo los lotes en su poder, a partir de noviembre de 1961;

c) que el valor de las mejoras que deban pagar los demandantes se compense con el de los frutos debidos por los demandados, "en las proporciones y hasta las concurrencias respectivas", y

d) que se condene a los citados demandados, en caso de oposición, al pago de las costas procesales.

2. Las afirmaciones de hecho que los demandantes invocan en apoyo de sus pretensiones, pueden sintetizarse así:

a) ocurrido el óbito de Mercedes Campo de Quintero, el Juzgado Civil Municipal de Palmira abrió el proceso sucesorio correspondiente en el cual se han reconocido como interestadas a las siguientes personas: Ezequiel Quintero, en su calidad de cónyuge sobreviviente; Saúl y Hernando Quintero, Cecilia Quintero de Quintero, Soledad Quintero de Bejarano y María Alicia Quintero de Díaz, como herederos de la causante en su condición civil de hijos legítimos de ésta; María Nury y Mario Rojas Quintero, María del Socorro, Jairo, Herney y Zoraida Quintero Velasco, como herederos por derecho de representación de su madre María Enén Quintero Campo, los dos primeros, y de su padre José Ferney Quintero Campo, los cuatro últimos;

b) "en la actualidad figura como bien relicto, perteneciente al haber herencial y también al de la sociedad conyugal", la finca rural de 213 plazas y 6.205 varas cuadradas, integrada por

los lotes denominados "La Julia", "La Victoria", "El Llanito" y "San Joaquín", con casas de habitación, cultivos de caña y dos establecimientos de trapiche para la elaboración de panela, comprendida dentro de los siguientes linderos: "Norte, predios de Hernando Becerra Navia, camino público al medio, y Libardo Díaz; Sur, predios de 'Ingenio Manuelita S. A.' herederos de Rafael Quintero y José Silva; Oriente, predios de herederos de Pedro Prada, Libardo Díaz, Demetrio Rodríguez, camino público al medio; y Occidente, hacienda 'Santa Rosa' de Hernando Becerra Navia y 'La Cabaña' de Manuelita S. A.";

c) en noviembre de 1961 los esposos Ezequiel Quintero y Mercedes Campo de Quintero convinieron con su hija Martha Quintero viuda de Cruz, que ésta, de común acuerdo con sus padres, explotara una parte de dicha finca, pero obligándose a retribuirles el goce con participación en las utilidades, según la marcha y los resultados futuros de la empresa;

d) la citada Quintero viuda de Cruz inicialmente actuó en acuerdo con sus progenitores en la referida explotación, dando a éstos, durante un corto período, alguna participación en las utilidades provenientes de la elaboración de panela; pero con el correr del tiempo fue tomando el control absoluto del negocio hasta llegar a prescindir e impedir toda intervención de sus padres en él, a quienes no volvió a participar en forma alguna de las pingües ganancias que ha obtenido en la explotación;

e) Martha Quintero viuda de Cruz ocupa y explota actualmente, en asocio de Washington Montes con quien cohabita, las instalaciones del trapiche de "La Julia" y varios lotes de terreno de la finca descrita, en donde ha plantado 13 suertes de caña de azúcar, distribuidos así: 1º dos lotes en la sección de "El Llanito", con tres suertes de caña; 2º un lote con cuatro suertes de caña en la fracción de "San Joaquín"; y 3º tres lotes de los fundos "La Julia" y "La Victoria", en los cuales ha plantado seis suertes de caña;

f) las referidas trece suertes de caña, plantadas dentro de los predios que específicamente se alindan, son las mismas que se han secuestrado dentro del proceso de sucesión de Mercedes Campo de Quintero y sobre las cuales pretenden derechos los demandados, a pesar de que son mejoras que se han hecho con los mismos producidos de la explotación, "pues la señora Quintero viuda de Cruz inicialmente encontró los lotes debidamente sembrados con caña de azúcar y así empezó a beneficiarse de ellos, incluyendo las instalaciones del trapiche en perfecto estado de funcionamiento";

g) "en ningún caso —dicen los demandantes en el hecho 16 de su libelo— se le concedió inicialmente permiso a la señora Quintero viuda de Cruz por sus padres para que se beneficiase de los lotes en exclusivo provecho de ella, sino con la obligación de participar a aquéllos de las utilidades, de común acuerdo y según la marcha progresiva del negocio, con el resultado de que la demandada, abusando del parentesco, de la ancianidad y enfermedad de sus padres, prescindió de la intervención de éstos y tomó el control personal de la explotación"; y

h) en estas condiciones, para impedir "un indebido y reprobable enriquecimiento sin causa", los demandados deben ser condenados al pago de los frutos, "pues no sería posible que los demandantes no tengan siquiera el derecho al justo reclamo de los arrendamientos que han dejado de percibir".

3. Los demandados, en sus contestaciones a la demanda, reconocieron que los referidos predios "son de la sucesión" de Mercedes Campo de Quintero, en la cual, agregaron, se ha reconocido también como heredera a Martha Quintero viuda de Cruz; afirmaron que ocupan esos terrenos porque su dueño, Ezequiel Quintero, los entregó a ésta autorizándola para que los explotara y no por virtud de contrato de sociedad alguno; que las mejoras fueron plantadas con dineros de su exclusiva propiedad; y finalmente se opusieron a las pretensiones de sus demandantes.

4. Con aducción de pruebas de ambas partes se surtió la primera instancia del proceso, a la que el Juzgado del conocimiento, a la sazón el Segundo Civil del Circuito de Palmira, le puso fin con sentencia de 13 de diciembre de 1969, mediante la cual declaró:

a) que los demandados deben restituir a los demandantes los inmuebles objeto de la litis, "junto con su anexidades, usos y costumbres, casas de habitación y trapiche panelero";

b) que igualmente están obligados a pagarles los frutos naturales y civiles, no solo los percibidos sino los que se hubieran podido producir "a partir de la contestación de la demanda";

c) que el valor de las mejoras que los demandantes deben pagar a los demandados se compense con el de los frutos debidos por éstos a aquéllos; y

d) impuso a los demandados las costas de la instancia.

5. Como efecto de la apelación interpuesta por los demandados el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, el que, por sentencia del 16 de diciembre de 1970, dispuso:

"Primero. *Refórmanse* los literales 1º, 2º y 3º de la sentencia apelada. En su lugar se dispone:

a) Restituyan los demandados señor Washington Montes y señora Martha Quintero viuda de Cruz, de condiciones civiles conocidas, en favor de los demandantes Ezequiel, Saúl y Hernando Quintero, Cecilia Quintero de Díaz, María Nury y Mario Rojas Quintero, María del Socorro, Jairo, Herney y Soraya o Zoraida Quintero Velasco, éstos últimos representados por su madre Bertha Velasco viuda de Quintero, los lotes de terreno que hacen parte del inmueble singularizado en el hecho segundo de la demanda y que se determinan en los hechos 5º, 6º, 7º 8º y 11 del mismo nivel, una vez ejecutoriada la sentencia y previo el avalúo y pago de las plantaciones de caña de azúcar. Para el avalúo de estas plantaciones deberá seguirse el procedimiento señalado en el artículo 553 del Código Judicial;

"b) los demandados deberán restituir a los demandantes los lotes ocupados por las edificaciones a que se refieren los numerales 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º y 8º del peritazgo que obra a folios 40 a 46 del cuaderno segundo, así como las demás mejoras que acceden a tales edificaciones, previo el pago de la cantidad de cuarenta y tres mil sesenta pesos ($ 43.060). Comoquiera que esta condena se funda en el primer inciso del artículo 739 del Código Civil para efectos de las contraprestaciones a que haya lugar por razón de frutos naturales y civiles, se condena a los demandados como poseedores de buena fe. Para el avalúo de estos frutos se seguirá el trámite del artículo 553 del Código Judicial.

"Segundo. *Confírmase* el literal 4º de la sentencia apelada.

"Tercero: *Condénase* en las costas de esta instancia a la parte demandada".

II. *Motivación del fallo impugnado.*

1. Amparado en la facultad de interpretar la demanda, el Tribunal, luego de transcribir los hechos del libelo incoativo del proceso y de relatar el trámite de las instancias, pasa a determinar la pretensión principal deducida en este escrito, afirmando que en él se ejercita "la acción de recobro, a fin de que previo el pago de la cuota correspondiente al valor de las mejoras plantadas en el predio, se les condene (a los demandados) a restituir para la sucesión de la señora Campo de Quintero, los lotes de terreno", cuyo fundamente jurídico sitúa el sentenciador en lo preceptuado por el artículo 739 del Código Civil.

Y después de transcribir el texto de dicha disposición, repite el *ad quem*, teniendo por indudable su aserto, que según las afirmaciones de hecho contenidas en la demanda, sus peticiones y los fundamentos de derecho invocadas en ella, se trata en este caso "de la acción de recobro" y no de "la reivindicatoria a que se refiere el apoderado sustituto de la parte demandada en su alegato de bien probado en esta instancia".

2. Nota en seguida el fallador que estas dos pretensiones son "enteramente distintas, tipificadas por elementos que las diferencian relevantemente", porque, observa, "en la acción de recobro el objeto de la controversia es la existencia, valor, propiedad y posesión de las mejoras, que no la del suelo".

En apoyo de la determinación a que llega en la tarea de interpretar la demanda, se refiere el Tribunal a la posición asumida en el proceso por los demandados. Así, nota que éstos "no han invocado la calidad de poseedores de los fundos, sino únicamente de dueños exclusivos de las plantaciones de caña de azúcar en una extensión aproximada a las sententa plazas y de algunas construcciones. No reclaman, pues —concluye— permanecer como dueños y poseedores del fundo, en virtud de título de propiedad que les confiera ese derecho, sino que radican su aspiración al valor de las mejoras, pero liberándolas de toda participación para la sucesión de la señora Campo de Quintero, toda vez que sostienen que la explotación de los predios se hizo por autorización de los dueños".

3. Orientado por este razonamiento, el *ad quem* acomete en seguida el análisis del acervo probatorio practicado en el proceso.

En esta labor expresa que las aseveraciones de los testigos Guillermo Calero, Julio Díaz, José D. Vélez y Miguel A. Quintero, quienes afirman que la demandada Quintero viuda de Cruz entró a ocupar la finca con el consentimiento de sus padres, pero obligándose a retribuirlos con parte de las utilidades obtenidas en la explotación, se encuentran desvirtuadas con la prueba documental, con la confesión de la demandada y con la misma naturaleza de la pretensión ejercitada en la demanda.

A efecto de dar fundamentos a este juicio crítico, el fallador se refiere, en primer lugar,

al documento suscrito en Palmira el 17 de enero de 1964 por Ezequiel Quintero, el que tiene por legalmente reconocido, para deducir, después de transcribir sus principales cláusulas, que éste "dio expresa autorización a su hija Martha Quintero viuda de Cruz para que cultivara por su cuenta y riesgo una extensión de cien plazas en la propiedad denominada 'La Julia' y para que cultive más tierra con la misma plantación de caña"; en segundo lugar alude a las posiciones absueltas por la demandada, diligencia en la cual ésta negó estar obligada a dar participación a sus padres, afirmando que si en algunas ocasiones les participó de las utilidades de la explotación "lo hacía voluntariamente, sin que mediara estipulación que la obligase"; y, finalmente, considera la naturaleza de la acción ejercitada, en la cual, dice el Tribunal, "es condición esencial la inexistencia de pactos referentes a la explotación y distribuición de beneficios".

4. Y luego de citas doctrinarias y jurisprudenciales relacionadas con el alcance de la disposición del artículo 739 del Código Civil, dice el sentenciador que todas las mejoras referidas en la demanda, las plantaciones de caña de azúcar y el establecimiento del trapiche, "deben regirse para efectos de las indemnizaciones por el citado artículo, en sus dos incisos"; que como está probado en el proceso que las primeras, es decir las plantaciones, fueron expresamente consentidas por Ezequiel Quintero, pero que, en cambio, no la hay para las instalaciones del trapiche, las primeras deben gobernarse por el inciso segundo de dicha norma y las últimas por el primero.

Concluyendo esta razonamiento dice la sentencia: "En la plantación debe el dueño del terreno pagar el valor real de las plantaciones de manera que no se incurra en un enriquecimiento sin causa. Es decir que los herederos demandantes deben resarcir el valor de las plantaciones;... pero en cambio, con respecto a las edificaciones debe estarse a las indemnizaciones prescritas a favor de los poseedores de buena o mala fe en el Título de la Reivindicación, o de obligar al que edificó a pagarle el justo precio del terreno con los intereses legales por todo el tiempo que lo haya tenido en su poder".

III. *Las demandas de casación y consideraciones de la Corte.*

Contra la sentencia antes extractada ambas partes interpusieron el recurso de casación. Como los demandados impugnan la totalidad de las decisiones contenidas en dicho fallo y los demandantes solo lo hacen parcialmente, la Corte estudia en primer lugar la demanda de aquéllos y luego la de éstos, por ser éste el orden que indica la lógica.

A. *Recurso de los demandados:*

En su respectiva demanda, éstos le formulan a la sentencia del Tribunal seis cargos, el primero con fundamento en la causal segunda del artículo 52 del Decreto 528 de 1964, entonces vigente, y los cinco restantes dentro del ámbito de la causal primera.

Primer cargo.

1. Mediante él se acusa la sentencia del Tribunal de no guardar la necesaria congruencia con las pretensiones deducidas en la demanda que dio origen al proceso.

2. En desenvolvimiento del cargo el censor, después de afirmar que también existe *extra petita* cuando se otorga lo pedido, pero por una *causa petendi* distinta a la invocada en la demanda, "ya que siendo ésta uno de los elementos que estructuran la petición, si varía se habrá concedido algo diferente de lo pedido", asevera que en el presente caso la "acción de recobro" se fundamenta, según la demanda, en un hecho sustancial y básico: la existencia de una sociedad de facto.

En apoyo de su conclusión el recurrente transcribe los siguientes hechos de la demanda: el 3º, en el cual se afirma que en noviembre de 1961 los esposos Ezequiel Quintero y Mercedes Campo de Quintero convinieron, "de común acuerdo con su hija Martha Quintero viuda de Cruz", que ésta explotara el terreno, pero con la obligación de "retribuir en utilidades a los citados esposos, de acuerdo con éstos y según la marcha y resultados futuros de la explotación"; el 15, según el cual los demandados no han retribuido a los demandantes "de los beneficios que obtienen"; y el 16, en donde se afirma que Martha Quintero adquirió "la obligación de participar a aquéllos de las utilidades".

3. Rematando la formulación del cargo, dice el acusador que "está fuera de toda duda posible" que la *causa petendi* de la demanda fue la existencia de una sociedad de hecho entre los padres de la demandada y ésta; que el Tribunal no podía separarse de ella para decretar la restitución pedida; y que como aplicó el artículo 739 del Código Civil y otorgó el recobro basado en ausencia de contrato social, alteró la *causa*

petendi invocada y, de consiguiente, "la incongruencia resulta así manifiesta, indudable".

Se considera.

1. Tiene averiguado la doctrina que es deber del Juez, al proferir sentencia, hacerlo secundum jus, *vale decir, buscando la necesaria coincidencia entre la concreta voluntad que efectiva y realmente nace de la ley sustancial, cuyos destinatarios son los asociados quienes por tanto están obligados a observarla, y la voluntad que declara en su fallo.*

Y ha dicho también que tratándose del proceso mismo, que es la unión concatenada de actos mediante los cuales se busca la efectividad de los derechos subjetivos a través de la sentencia, el Juez debe guiarse, durante él, por las normas instrumentales que consagran las debidas garantías del juzgamiento.

2. Cuando al apreciar el mérito del derecho sustancial el Juez se equivoca, incurre en un vicio de juicio pues su yerro se concreta en no hacer actuar la verdadera voluntad de la ley (error in judicando); *cuando, ya sea durante al trámite del proceso o en la forma del juzgamiento mismo, comete una irregularidad procesal, cae en un vicio de actividad (error* in procedendo), *porque su yerro se traduce en la inobservancia de un precepto que le impone determinado comportamiento en el proceso.*

3. Uno de los medios de impugnación que la ley concede a las partes para logar que los errores de juicio o de actividad en que ha incurrido el juzgador de instancia se corrijan, es el recurso extraordinario de casación.

Mediante él, que persigue como fin primordial unificar la jurisprudencia, velando por la recta inteligencia y debida aplicación de la ley, y que además busca reparar los agravios inferidos a las partes por la sentencia así impugnada, se somete el fallo respectivo al juicio de la Corte Suprema, para que ésta, dentro de los precisos límites de los cargos formulados, decida si la sentencia es o no violatoria de la ley sustancial o de las normas procesales que consagran garantías de orden público.

4. Si, como lo ha expuesto la Corte en repetidas oportunidades, en esencia la casación se endereza a desquiciar la presunción de legalidad que protege el fallo susceptible de ser impugnado por esta vía, se trata entonces de un recurso extraordinario, estricto y en extremo exigente que como tal ha de moverse por precisas causales que la ley individualiza y enumera taxativamente, correlativas unas a los errores in judicando *y otras a los yerros* in procedendo.

Dentro de las cinco causales de casación que hoy consagra el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, la primera y la cuarta se refieren a errores in judicando, *al quebranto de las leyes sustanciales o de fondo; las demás, en cambio, aluden a errores* in procedendo, *a la infracción de algunos preceptos de forma. Como cada una de dichas causales goza de autonomía y tiene individualidad propia, entonces, como lo ha dicho esta Corporación, "no está, en consecuencia, a voluntad del recurrente alcanzar que el cargo indemostrable por la causal que en derecho le sería propia, venga a ser próspero con solo cambiar la nomenclatura del motivo invocado". (XCIII, 168).*

5. El artículo 305 del Código de Procedimiento Civil hoy vigente, como también lo hacía el 471 del estatuto procedimental anterior, consagra el principio de la congruencia de la sentencia, al estatuir que ésta "deberá estar en consonancia con las pretensiones aducidas en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas, y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley". Pero como dichas normas procesales se limitan a establecer un determinado comportamiento del Juez al momento de fallar, su inobservancia por éste implica de su parte un error in procedendo *y no uno* in judicando.

6. Para reparar a través del recurso de casación el agravio que tal vicio de actividad infiera a las partes, el legislador tiene establecido, en guarda de esa forma especial del enjuiciamiento que prescribe que las sentencias tengan consonancia con las demandas y demás pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, el motivo de incongruencia entre lo pedido y lo fallado.

Más como se trata de una causal que goza de autonomía y a la que la ley ha investido de individualidad propia, ha de interpretarse en forma tal que no traspase su específica finalidad ni altere su naturaleza. Solo lo que está dentro del concepto puramente formal de desarmonía entre lo demandado y lo fallado es lo que puede estructurarla; consiguientemente, como en forma constante lo ha expresado la Corte, esta causal "no autoriza ni puede autorizar a entrar en el examen de las consideraciones que han servido al juzgador como motivos determinantes de su fallo". (LXXVIII, 882; XCII, 965).

7. Por cuanto son las peticiones de los litigantes las que configuran la materia del debate judicial, la incongruencia como causal de casación ha de buscarse necesariamente confrontando la parte resolutiva de la sentencia, que es la que contiene la decisión del conflicto sometido a la jurisdicción, con las pretensiones deducidas en la demanda, o las excepciones propuestas por el demandado, a fin de ver si en realidad existe entre estos dos extremos la falta de conformidad por cualquiera de estos tres aspectos: porque el fallo otorgue más de lo pedido por el actor (ultra petita) ; *porque resuelva sobre lo que no fue impetrado por éste* (extra petita) ; *o porque al decidir omita, en todo o en parte, acerca de las peticiones de la demanda o de las excepciones del reo* (minima petita).

Y si en el caso que se estudia el sentenciador, ejercitando la facultad legal que al respecto le asiste, interpretó la demanda y llegó a la conclusión de que la pretensión que en ella se ejercitó es la de rocobro que consagra el artículo 739 del Código Civil, y consiguientemente decretó la restitución suplicada, su decisión al respecto no puede ser acusada con apoyo en la causal segunda, porque en ella, lejos de existir incongruencia alguna, se encuentra una consonancia perfecta entre lo demandado y lo fallado. Si las razones que tuvo el ad quem *para llegar a ese resultado no guardan correspondencia con la objetividad que ostenta el libelo incoativo del proceso, tal cual lo asevera el recurrente, dicho aspecto es materia exclusiva de la causal primera de casación y no de la segunda.*

8. Acerca de la improcedencia de la causal 2ª para acusar la sentencia por error en la interpretación de la demanda, ha dicho la Corte: "Tampoco significa que el fallador pueda decidir indistintamente una acción por otra, sino que con la facultad de interpretación de la demanda, sí le es dado al mismo establecer cuál es la acción interpuesta que es lo ocurrido en este juicio, en que el Tribunal basado en los hechos relatados en el libelo, interpretó la demanda en el sentido de considerar que la acción principal instaurada es la de simulación y no la de nulidad absoluta... Siendo esto así, la acusación de la sentencia no era procedente por el motivo de no estar en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas, invocado por el recurrente, con fundamento en el ordinal 2º del artículo 520 del Código Judicial sino por la causal 1ª de la misma norma, en cuanto el Tribunal en la interpretación de la demanda incurrió 'en error de derecho o en error de hecho manifiesto en los autos' ". (XC, 51).

Por lo dicho, se desestima el cargo.

Segundo cargo.

1. Se formula por violación directa del artículo 739 del Código Civil, por indebida aplicación.

2. Para fundamentarlo expresa el acusador que el precitado artículo "contempla el caso de que se ocupe un predio ajeno, para plantar o edificar en él, sin el conocimiento del dueño de aquél (inciso 1º), o 'a ciencia y paciencia del dueño' (inciso 2º) ; pero en el segundo caso se regula la simple tolerancia del dueño, mas no el caso de haberse otorgado autorización expresa y mucho menos un título de tenencia de cualquier clase (arrendamiento, aparcería, sociedad de hecho, tenencia de otra clase)"; y que, de consiguiente, cuando el dueño del terreno ha otorgado título verbal o escrito, de simple tenencia, y el demandado ha estado en ella en razón de dicho título, "ya el artículo 739 del Código Civil nada tiene que ver con el caso".

Añade el censor que habiendo dado por demostrado el *ad quem* que la demandada Martha Quintero había sido expresamente autorizada por su padre, para plantar las mejoras, no podía aplicar a la especie aquí litigada el artículo 739 citado porque esta norma regula una situación de facto diferente.

3. Concluyendo la formulación de esta censura expresa el impugnador: "Nada importa que los demandados hubieran negado la existencia de la sociedad de hecho y el arrendamiento, que como título de la tenencia expresa la demanda, porque es la demanda en sus hechos fundamentales lo que debía considerar el Tribunal y la prueba documental y testimonial que efectivamente tuvo en cuenta. Pero como el mismo Tribunal aceptó que la prueba de la sociedad de hecho no era suficiente, ni la de tener obligación de participar en utilidades, entonces lo conducente era absolver a la demandada, por falta de prueba de la única causa petendi alegada en la demanda".

Se considera.

1. La accesión, que es "un modo de adquirir por el cual el dueño de una cosa pasa a serlo de lo que ella produce o de lo que se junta a ella" (Art. 713 C. C.), tradicionalmente se ha dividido en dos clases, llamadas natural *e* industrial, *según que sea obra de la naturaleza o que se deba a un hecho humano: al paso que ésta resulta de la voluntad del hombre, aquélla se produce sin esa intervención.*

El Código Civil Colombiano, después de consagrar en el Capítulo 1º del Título 5º de su Libro 2º la denominada accesión discreta, *o por producción de frutos, en los tres últimos capítulos de ese mismo título reglamenta, bajo los epígrafes "accesiones del suelo", "accesión de una cosa mueble a otra" y "accesión de las cosas muebles a inmuebles", la que la doctrina ha llamado* continua, *o sea la que resulta de la agregación de dos o más cosas de diferentes dueños que, luego de unidas, constituyen un todo indivisible.*

2. La accesión de mueble a inmueble se realiza por edificación, plantación o siembra *ejecutadas en suelo propio o ajeno, cuando los materiales, plantas o semillas pertenecen a persona distinta del dueño del terreno en que se incorporan. Producida la agregación, se consuma en favor de éste el fenómeno adquisitivo como efecto del principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, y ya que siempre se ha considerado principal el inmueble, porque de dos cosas que componen un todo se da tal categoría a aquélla que puede subsistir en su ser separadamente, y como accesoria la que sin ella no podría seguir existiendo en la misma forma.*

Mas, como es principio universalmente aceptado el de que nadie puede enriquecerse sin justa causa, se han establecido por el derecho positivo reglas que tienden a asegurarle al propietario de los materiales, plantas o semillas una equitativa indemnización.

Así, para determinar la reparación debida en estos casos, el Código Civil Colombiano, atendiendo a la persona que haya hecho la edificación, plantación o siembra, contempla dos situaciones diferentes, a saber: a) cuando el dueño del terreno incorpora en él materiales, plantas o semillas ajenas (Art. 738); y b) cuando el dueño de éstos edifica, planta o siembra en suelo ajeno (Art. 739). De estas dos regulaciones sólo importa considerar, para decidir la controversia sub júdice, *la segunda y por tanto a ella contrae la Sala su estudio.*

3. En punto de edificación, plantación o siembra en suelo ajeno, el artículo 739 del Código Civil prevé dos situaciones diferentes, según que el dueño del terreno no haya tenido conocimiento de dicha ejecución en su predio por otra persona; o que, contrariamente, ésta haya edificado, plantado o sembrado "a ciencia y paciencia" de aquél. Y de estos dos supuestos de hecho deduce consecuencias jurídicas también distintas, a saber:

a) para la primera hipótesis consagra a favor del propietario del inmueble un derecho alternativo: si no quiere adquirir el edificio, plantación o sementera, sea porque no es de su agrado, sea porque no quiere o no puede hacer la erogación que ésta representa, está facultado para obligar al que edificó o plantó a "pagarle el justo precio del terreno con los intereses legales por todo el tiempo que lo haya tenido en su poder", o al que sembró a pagarle "la renta y a indemnizarle los perjuicios"; y si, en cambio, opta por "hacer suyo el edificio, plantación o sementera", debe cubrir "las indemnizaciones prescritas a favor de los poseedores de buena o mala fe en el título de la reivindicación"; *y*

b) para el segundo evento, es decir cuando "a ciencia y paciencia" del dueño del terreno otra persona incorpora en él sus materiales, plantas o semillas, la norma referida consagra a favor de aquél derecho a recobar el predio, pero pagando anteladamente "el valor del edificio, plantación o sementera".

4. Tratándose del primero de estos dos supuestos, la persona que edifica, planta o siembra en suelo ajeno, aunque puede ser simple tenedor, ordinariamente lo hace como poseedor, porque para que el caso ocurra generalmente es necesario que detente el terreno y ejecute la obra sin el conocimiento de su dueño. Aceptable es, entonces, que para fijar las obligaciones recíprocas en materia de frutos y mejoras se acude a las disposiciones que reglamentan las prestaciones mutuas en la acción de dominio, preceptos éstos que para tal efecto toman en cuenta la buena o mala fe del poseedor vencido.

No acontece lo propio en la segunda de las situaciones indicadas, en la cual quien ha edificado, plantado o sembrado detenta al terreno ajeno con conocimiento de su dueño, vale decir, sin animo domini. *De consiguiente, al contrario de lo que sucede en la primera, en esta segunda hipótesis no hay necesidad de averiguar cómo ha sido la fe del autor de los trabajos, si buena o mala, porque el solo hecho de realizarse la obra con conocimiento y sin protesta del dueño del terreno basta para considerar que ha aceptado su ejecución, expresa o tácitamente, y que por lo mismo deba pagar la única indemnización indicada por la ley para el caso, cual es el valor del edificio, plantación o sementera.*

Acogiendo el concepto que en el punto exponen los comentaristas franceses, ha dicho la Corte que "cuando se verifican las construcciones con el conocimiento y sobre todo con autorización del dueño del terreno, no le es dado a éste

reivindicarlas ni forzar al constructor a demolerlas". (XLI Bis, 170).

5. El detentador puede haber entrado en la tenencia del terreno ajeno en que incorpora sus materiales, plantas o semillas, ora en virtud de una convención jurídica ajustada con el dueño de éste, o ya en ausencia de título contractual. Ante esta dicotomía que en el punto se presenta, conviene determinar si la acción de recobro que consagra el inciso 2º del artículo 739 del Código Civil, con sus consecuencias propias, es o no procedente en ambas ocurrencias.

En la primera el dueño del terreno, para lograr la restitución, tiene a su favor la acción que emane del contrato, desde luego que pretende hacer valer un derecho de crédito y no un derecho real; en tal supuesto se aplican las cláusulas que según el pacto acordado entre el propietario y el tenedor se hayan convenido en torno a la suerte de las construcciones y plantaciones, y en defecto de ellas se acatarán las normas legales que rijan al respecto.

Es pues la segunda de las dos ocurrencias notadas la que, por subsumirse en tal voluntad abstracta de la ley, cae bajo el imperio del artículo 739, numeral 2º, y por tanto, en principio, solamente a ella se aplican las disposiciones referentes a esta especie de accesión de mueble a inmueble. Mas, para no abrir la esclusa de los enriquecimientos torticeros, nada impide, más bien los términos generales de la norma lo autorizan, aplicar la preceptiva legal en ella contenida cuando, aún existiendo vínculo contractual entre el propietario del terreno y el tenedor, en él nada se ha previsto respecto de la suerte que hayan de correr las construcciones y plantaciones, si, por otra parte, las disposiciones legales que rigen el contrato respectivo guardan silencio en esta materia.

6. Analizando el haz probatorio practicado en el juicio, dedujo el sentenciador, y su conclusión la acepta el recurrente desde luego que el cargo lo formula por violación directa, que Martha Quintero viuda de Cruz adquirió la tenencia de los predios objeto de litigio en virtud de que su padre, a la sazón dueño de ellos, se los entregó con autorización expresa para que los explotara con la industria de la caña, pero en ausencia de todo vínculo contractual que la obligara a distribuir utilidades, pagar arrendamiento o restituir las mejoras plantadas.

Sobre estos supuestos fácticos deducidos en la sentencia, no atacados por el recurrente en el cargo que se estudia, la aplicación del artículo 739 del Código Civil era forzosa, por ser la norma legal que regula la especie litigada. Consiguientemente, al aplicarla, el Tribunal no la infringió por el concepto que señala la censura.

Se rechaza, pues, el cargo.

Tercer cargo.

1. Mediante éste se denuncia el quebranto indirecto, por aplicación indebida, del artículo 739 del Código Civil, en sus dos incisos, como consecuencia del evidente error de hecho en que incurrió el Tribunal al interpretar la demanda.

2. A intento de fundarlo asevera el recurrente que basta leer los hechos 3º, 4º, 15, 16 y 17 de la demanda, mediante los cuales se reclama la existencia de un título expreso de tenencia, para advertir que la conclusión a que llegó el Tribunal en la tarea de interpretar la demanda adolece de error de hecho manifiesto. "Es elemental —añade— que la invocación de un título cualquiera de tenencia, excluye la hipótesis contemplada en el artículo 739 del Código Civil. El error del Tribunal, al no ver prácticamente lo dicho" en los referidos hechos de la demanda, lo condujo a aplicar indebidamente, "violándolo en sus dos incisos, el artículo 739 del Código Civil".

Se considera.

1. El Código de Procedimiento Civil hoy vigente, como tampoco lo hacía el estatuto procedimental anterior, no impone al demandante la obligación de calificar, ni en el libelo inicial del proceso ni en escrito posterior alguno, la naturaleza jurídica de la acción incoada. Según el artículo 75 de aquella codificación, a éste le basta al respecto indicar en su demanda lo que pretenda, "expresado con precisión y claridad"; los hechos en que apoya sus pedimentos, "debidamente determinados, clasificados y numerados"; los fundamentos de derecho; la cuantía, cuando su indicación sea indispensable para determinar la competencia o el trámite; y la clase de proceso que corresponda a su demanda.

Estos elementos, que en unión de 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 que adolece de imprecisión y claridad, 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 intención del demandante, tarea en la cual debe tener en cuenta todo el conjunto del libelo, y además, si ello fuere menester para precisar su verdadero sentido, las actuaciones desarrolladas por el actor en el curso del proceso. Significa lo dicho que esta labor ponderativa del Juez, para que esté de acuerdo con su fin y su naturaleza propios, no puede operar ni mecánica ni absolutamente: no lo primero, porque sólo 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 el derecho a impedir que se cambie la pretensión deducida en la demanda o los hechos sobre los cuales ésta se apoya.

"En cuanto a la determinación y declaración de las normas a aplicar —dice José Chiovenda— la actividad del Juez no tiene límites (jura novit curia); *y como ya lo hemos observado, no precisa ninguna petición especial de parte, ni el acuerdo de las partes puede, en modo alguno, impedirla. Pero en cuanto a la determinación y declaración de los hechos, la posición del Juez es muy distinta, siempre que se trate verdaderamente de una cuestión de hecho, esto es, de la existencia de un hecho en el caso concreto, y no de la simple apreciación de la 'calidad jurídica' de un hecho, ni del fundamento de las 'máximas de experiencia'; puntos que pertenecen a la cuestión de derecho". (Principios de Derecho Procesal Civil, Tomo II, pág. 180).*

3. Es posible que al interpretar la demanda el juzgador se equivoque, sea por contraevidencia respecto a su causa petendi *o a su* petitum, *o porque se confunda en relación con la naturaleza jurídica de la acción propuesta. Tanto en éste camo en aquel evento incurre en yerro fáctico que lo puede conducir 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 controvertido, o por falta de aplicación de las disposiciones pertinentes.*

Cuando uno de los hechos afirmados en la demanda incoativa del proceso, ya sea que se lo considere aisladamente o ya en conjunto con otro u otros para su definición jurídica, ofrece dos o más interpretaciones lógicas, ninguna de las cuales desborda los límites del objeto de dicho libelo, puede el sentenciador elegir una u otra sin que su conducta implique error de hecho manifiesto, porque tal proceder no entraña arbitrariedad, ni contradice la evidencia que ese escrito ostenta. "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". (LXVII, 434).

4. En el caso de este juicio consideró el Tribunal que "los hechos de la demanda, el *petitum* y las disposiciones de derecho señaladas no dejan margen de duda acerca de que se trata de la acción de recobro tutelada por el artículo 739 del Código Civil"; y agregó que según estos factores y según también la posición asumida por los demandados en el proceso y las pruebas en él practicadas, Martha Quintero viuda de Cruz adquirió la tenencia de los predios en ausencia de convención jurídica alguna que le hubiera impuesto obligación "de atender al pago de parte de las utilidades, obtenidas con la explotación del suelo".

La acusación se presenta por razón de que el sentenciador habría incurrido en su fallo en manifiesto error de facto por no haber advertido que según los hechos 3º, 4º 15 y 16 de la demanda se invocó, como *causa petendi* de la acción de recobro instaurada, la existencia de una sociedad de hecho entre los esposos Quintero-Campo y su hija Martha, por virtud de la cual ésta detenta los fundos materia de la litis.

Ocurre, empero, que si en los referidos hechos de la demanda los actores aseveran la existencia desde 1961 de un convenio entre los esposos y su hija Martha para que ésta, "de común acuerdo con sus padres, explotara una porción de terreno, pero con obligación de retribuir en utilidades" (hecho 3º); que Martha "poco a poco fue tomando el control absoluto del negocio hasta llegar a prescindir e impedir toda intervención de sus padres" (hecho 4º); que los demandados "no han retribuido ni retribuyen en forma alguna a los demandantes de los beneficios que obtienen" (hecho 15); y que no se le concedió permiso a esta demandada "para que se beneficiase de los lotes en exclusivo provecho de ella, sino con la obligación de participar a aquéllos de los utilidades" (hecho 16), el contenido de tales aserciones no conduce inexorablemente a aceptar que se invocó como único hecho básico de la demanda un contrato de sociedad, porque ellas no expresan, ni mucho menos determinan precisamente, todos los ele-

mentos que le son esenciales a dicha especie de convención jurídica.

5. Además, muchas otras de las afirmaciones que trae la demanda, ya sea que para su definición jurídica se tomen aisladamente o ya en conjunto con las atrás referidas, corroboran la conclusión anterior. En efecto: dicen los demandantes en ese libelo que los lotes de terreno cuya restitución persiguen "pertenecen al haber herencial de Mercedes Campo de Quintero" (hecho 2º); que las plantaciones de caña de azúcar sembradas en dichos predios, "respecto de las cuales los demandados pretenden derechos por concepto de mejoras, en todo caso no han sido autorizadas ni por los cónyuges Quintero-Campo ni posteriormente por los herederos" (hechos 9º, 10º, 12º y 13º); que el "establecimiento de trapiche panelero y sus dependencias, pertenecen a la sucesión" (hecho 11); y que promueven "la presente acción de recobro, a efecto de que se avalúen y paguen las mejoras que legalmente se deban a los demandados" (hecho 14º).

De otra parte, en la demanda se invocaron como "fundamentos de derecho" principalísimamente los artículos 714 a 739 del Código Civil; sin que en ella se cite disposición alguna referente al contrato de sociedad, o a otra especie de convención jurídica. Por lo demás, precisamente sobre el supuesto de hecho inferido por el Juez los demandados asumieron su defensa desde la contestación de la demanda, al afirmar que ocupan los terrenos sobre los cuales reconocen dominio ajeno, no en virtud de contrato alguno de sociedad sino porque su dueño se los entregó con autorización expresa para explotarlos y en tal virtud pretenden que se les paguen las mejoras plantadas; y como adujeron las pruebas para justificar el derecho reclamado, la sentencia del *ad quem* se lo reconoció.

6. La Corte, examinada la demanda en su conjunto, encuentra que la conclusión a que llegó el Tribunal al interpretarla se ciñe a la realidad; que vio esta prueba tal y como ella aparece, sin atribuirle nada distinto de lo que expone en la narración de los hechos; y que, de consiguiente, no existe el error de facto que se invoca en la censura.

Se desestima, pues, la censura.

Cuarto cargo.

1. Mediante éste se acusa la sentencia de infringir indirectamente, por indebida aplicación del inciso primero y falta de aplicación de su inciso segundo, el artículo 739, como consecuencia de errores de hecho que aparecen de modo manifiesto en los autos, provenientes de la falta de apreciación de algunas pruebas y de la apreciación errónea de otras.

2. Entre las pruebas que al decir del censor no fueron apreciadas por el Tribunal, aquél indica la escritura número 262 de 19 de febrero de 1965, contentiva del testamento abierto otorgado por Ezequiel Quintero, dueño del terreno; y la confesión de los demandantes contenida en la demanda.

Refiriéndose al primero de estos medios, luego de transcribir algunas de sus cláusulas, expresa el impugnador que "basta esta prueba documental auténtica, para demostrar en forma plena y palmaria que el dueño del terreno sí toleró, conoció y consintió la construcción de todas las mejoras puestas por la demandada y concretamente al trapiche"; y aludiendo al segundo dice que si la demandada recibió el terreno para explotarlo, especialmente en lo relacionado con la industria de la caña, como se afirma en la demanda, "es obvio que un trapiche y las edificaciones complementarias, son mejoras íntimamente relacionadas y hasta necesarias para toda explotación de caña".

Y como prueba apreciada erróneamente, cita el censor el documento de 17 de enero de 1964 por el cual Ezequiel Quintero, dueño a la sazón del terreno, autorizó a su hija Martha para cultivar caña en el mismo, agregando en su última cláusula que "esta autorización tiene validez para cualquier acto o contrato civil".

3. Expresa el recurrente que si se examinan estos tres medios de prueba, resulta plenamente demostrado en el proceso que el trapiche y las edificaciones anexas fueron autorizados, consentidos o por lo menos puestos a ciencia y paciencia del dueño del terreno, y que consiguientemente es contrario a la evidencia que los hechos indican, afirma, como lo hizo el Tribunal, que la demandada no quedó autorizada por su padre y dueño de terreno, para construir el trapiche y las edificaciones complementarias.

4. Pasa luego el acusador a puntualizar las violaciones de la ley sustancial que denuncia en el planteamiento del cargo. Al efecto expresa que "estos errores de hecho condujeron al Tribunal a violar indirectamente, por indebida aplicación, el inciso primero del artículo 739 del Código Civil, pues éste regula el caso de haberse construido o plantado o sembrado sin el conocimiento del dueño, ni siquiera se requiere el consentimiento o la autorización, para excluir ese inciso, y ser necesario aplicar el segundo 'a ciencia y paciencia del dueño' (que equi-

vale a que haya habido conocimiento de las mejoras). Se violó así, también indirectamente, pero por falta de aplicación, en cuanto a esta clase de mejoras, el inciso 2º del mismo artículo, al condenar a la demandada a pagar frutos respecto a esta parte del inmueble, ocupada por esa clase de mejoras''.

Se considera.

1. Al analizar el contenido del documento suscrito por Ezequiel Quintero en Palmira el 17 de enero de 1964, mediante el cual éste reconoció que su hija Martha ''ha sembrado por su cuenta y riesgo, con mi autorización, cien plazas de caña dulce, en mi propiedad denominada 'La Julia'...'', dedujo el Tribunal, y sobre tales consideraciones edificó su sentencia, que dicho instrumento acredita que las plantaciones de caña de azúcar fueron expresamente consentidas por el dueño del terreno, debiéndose por tanto aplicar a ellas el inciso 2º del artículo 739 del Código Civil; pero que no demuestra la misma circunstancia respecto ''del trapiche y las edificaciones complementarias'', por lo cual a éstas aplicó lo dispuesto por el inciso 1º de dicha norma.

Al razonar así, el sentenciador incurrió en evidente error de hecho porque cercenó el exacto contenido de esa prueba, al no ver, y por ende no considerar en su fallo, la segunda cláusula de dicho documento, por la cual el dueño del terreno expresó que ''igualmente autorizo a mi nombrada hija, para que no solamente renove (sic) por su cuenta la mencionada plantación de caña, sino también, para que dentro de la misma propiedad 'La Julia', cultive más tierra en la misma plantación de caña. Esta autorización tiene validez para cualquier acto o contrato''.

2. De otra parte, el *ad quem* no vio, o por lo menos no hace referencia alguna de ella en su fallo, la copia de la escritura pública número 262 de 19 de febrero de 1965 de la Notaría Segunda de Palmira, aducida al proceso por los demandados al contestar la demanda, contentiva del testamento abierto de Ezequiel Quintero en el que el otorgante confiesa que ''con mi autorización, mi hija Martha, desde hace algún tiempo está explotando el trapiche y las cañas de una porción de terreno conocido con el nombre de 'La Julia'...''; y en la cláusula 6ª, en términos generales habla de ''mejoras puestas en los predios'' por Martha ''a sus expensas o por el señor Washington Montes'', para expresar que en el evento de que aquélla las pretenda cobrar debe quedar excluída, al liquidarse su mortuoria, de las cuartas de libre disposición y de mejoras.

Este documento auténtico contribuye a demostrar plenamente que todas las mejoras hechas en el predio 'La Julia', incluyendo la edificación del trapiche, fueron puestas por Martha Quintero en conocimiento y consentimiento del dueño del fundo.

3. Por lo demás, si la demandada Quintero viuda de Cruz recibió de sus padres el predio ''La Julia'' para explotarlo en la industria de la caña de azúcar y su producción de panela, tal cual se afirma en la demanda, la construcción del trapiche y las edificaciones complementarias de éste son mejoras íntimamente relacionadas con el específico objetivo de la explotación y absolutamente necesarias para ella. Consiguientemente no puede decirse, como lo hace el Tribunal, que la plantación de esta clase de mejoras no fue consentida, o por lo menos tolerada por el dueño del terreno.

Y si, como lo ha dicho la Corte, el error de hecho consiste en la falsa noción del juzgador sobre la objetividad del medio probatorio, bien porque omite ver el que obra en el proceso, bien porque supone como existente en él uno que realmente no aparece en los autos, eventos éstos que comprenden el caso de que el fallador le haga decir a una prueba lo que ciertamente no expresa o le cercene su exacto contenido, se impone aceptar que en esta especie de yerro incurrió el sentenciador por haber desconocido la existencia en el proceso, y por ende no haberlas apreciado, las pruebas que demuestran que la construcción del trapiche y sus edificaciones complementarias fueron autorizadas por el dueño del terreno en que se plantaron estas mejoras.

Este error condujo al sentenciador a quebrantar indirectamente, por falta de aplicación al caso, el inciso 2º del artículo 739 del Código Civil, y por indebida aplicación al mismo, el inciso 1º de dicho precepto.

4. Como la prosperidad de este cargo sólo es eficaz para infirmar parte de las resoluciones de la sentencia del Tribunal, le corresponde entonces a la Corte, en cumplimiento de lo preceptuado por el inciso 2º del artículo 375 del Código de Procedimiento Civil, estudiar sucesivamente las demás impugnaciones respecto de las otras decisiones contenidas en dicho fallo.

Quinto cargo.

1. En su planteamiento se denuncia violación directa del artículo 739 del Código Civil, por

indebida aplicación, y del precepto 1781 *ejusdem*, por falta de aplicación.

2. Al desenvolver este cargo el censor, después de observar que según la demanda y según también el poder por ellos conferido, los demandantes obraron "en representación de la sucesión o sea en calidad de herederos de Mercedes Campo de Quintero, y pidieron la restitución de los inmuebles a la sucesión referida", expresa que sin embargo el Tribunal condenó a los demandados a restituir a aquéllos "como personas físicas y no como representantes de la sucesión o herencia, ni en calidad de herederos". Agrega que, de otra parte, como el inmueble objeto de la restitución fue adquirido dentro de la sociedad conyugal, tal cual lo demuestran las pruebas que al efecto indica, no es un bien herencial o de la sucesión sino de dicha sociedad conyugal.

3. Guiado por este razonamiento, dice el impugnador que al aplicar el Tribunal el artículo 739 del Código Civil a favor de los demandantes, personalmente, tal cual lo hizo en la parte resolutiva de su sentencia, incurrió en doble violación directa, por indebida aplicación, de dicho texto: 1ª) porque el precepto solo se puede aplicar a favor del dueño del terreno y no en el de personas que no tienen ese carácter, "por cuanto apenas son, el uno cónyuge y socio de la sociedad conyugal ilíquida, y los otros herederos del otro socio de la sociedad conyugal, pero solamente ésta es la dueña del inmueble"; y 2ª) porque decretó la restitución pedida a favor de los demandantes, en sus propios nombres, y no en calidad de herederos de dicha sucesión.

Se considera.

1. Exhaustivamente ha sostenido la doctrina que la causal primera de casación, que surge siempre del quebranto de la ley sustancial, se configura a través de dos modalidades diferentes: por vía directa o por vía indirecta. Se infringe directamente la norma cuando, sin consideración a los errores de hecho o de derecho cometidos por el sentenciador en la apreciación del material probatorio, se la deja de aplicar al caso litigado, debiendo haberlo sido, o se la aplica indebidamente, o se la interpreta de manera equivocada; cuando la violación de la ley sustancial es debida a que se valora mal determinada prueba, o no se tiene en cuenta a pesar de existir, o se considera existente sin que el proceso la contenga, la infracción es indirecta.

La violación directa de la ley implica, pues, que por el sentenciador no se haya incurrido en yerro alguno de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas; y consiguientemente que no exista reparo o tacha qué oponer contra los resultados que en el ámbito de la cuestión fáctica hubiera encontrado el fallador. De ahí que, como lo ha dicho la Corte, en la demostración de un cargo por quebranto directo de la ley sustancial el recurrente no pueda separarse de las conclusiones a que en la tarea del examen de los hechos haya llegado el fallador: en este evento su actividad dialéctica tiene que realizarse necesaria y exclusivamente en torno a los textos legales que considere no aplicados, o aplicados indebidamente, o erróneamente interpretados, y en todo caso con absoluta prescindencia de cualquier consideración que implique discrepancia con el juicio que el sentenciador haya hecho en relación con las pruebas.

2. De la sola lectura del cargo en estudio se advierte que, a pesar de haberse formulado claramente por violación directa, su sustentación arranca de que el censor estima que el Tribunal, por una parte, decretó la restitución en favor de los demandantes "como personas físicas y no como representantes de la sucesión o herencia, ni en calidad de herederos", que fue la que ellos invocaron en la demanda; y por la otra, que aplicó el artículo 739 del Código Civil, sin percatar que el inmueble, como lo demuestran las escrituras números 109 y 120 de mayo de 1931, ambas de la Notaría Primera de Palmira, no es un bien de los demandantes en particular, ni de la sucesión ilíquida en que éstos son herederos, sino de la sociedad conyugal formada por el matrimonio Quintero-Campo, por haberse adquirido dentro de ella según lo indica la correspondiente acta de ese estado civil.

Es decir, que el cargo viene montado sobre presuntos errores que habría cometido el sentenciador en la apreciación de la demanda y de las pruebas aportadas por los demandantes para acreditar el derecho de propiedad cuya tutela buscan. De consiguiente, por no corresponder la sustentación del cargo a la nautraleza del ataque formulado, la acusación resulta necesariamente impróspera.

El defecto de técnica indicado, torna ineficaz la censura y por consiguiente se rechaza.

Sexto cargo.

1. Mediante éste se acusa la sentencia de quebrantar indirectamente el artículo 739 del Código Civil, por aplicación indebida, y el pre-

cepto 1781 *ibídem,* por falta de aplicación, como consecuencia del error de hecho que aparece de modo manifiesto en los autos, proveniente de la falta de apreciación de algunas pruebas.

2. Después de expresar que este cargo lo formula "en subsidio del anterior, para el caso de no ser aceptado aquél", afirma el impugnante que "el honorable Tribunal no tuvo en cuenta para nada las pruebas de la propiedad del inmueble, el matrimonio y el reconocimiento judicial del cónyuge, como titular de gananciales, y por ello no declaró en la sentencia que el inmueble era de la sociedad conyugal ilíquida, no de la sucesión y mucho menos de los demandantes individualmente considerados".

Se considera.

1. Por lo que respecta a los cargos formulados de manera subsidiaria, es pertinente reiterar la doctrina de la Corte consistente en que esta manera de acusación es improcedente en casación, ya que su examen no depende de ninguna condición como sucede con las peticiones eventuales acumuladas en la demanda. En este recurso extraordinario es deber de la Corte estudiar todos los cargos propuestos cuando no prospera ninguno de ellos, o cuando su éxito solo determina la infirmación parcial del fallo recurrido, con la única limitación de que debe proceder en orden lógico, como lo establece el artículo 375 del Código de Procedimiento Civil. Y solo está relevada de estudiar los restantes, según lo indica esta misma disposición, en el supuesto de que prospere alguno que tenga virtualidad suficiente para la casación total de las resoluciones impugnadas.

2. Con fundamento en la preceptiva legal contenida en el artículo 63 del Decreto 528 de 1964, concerniente a la técnica de la demanda de casación, tenía dicho la Corte que "cuando en el ámbito de la causal primera se plantea el quebranto de la ley sustancial, a causa de error de hecho en la apreciación de una prueba, es preciso que el impugnante demuestre este yerro en su objetividad misma, señalando singularmente la prueba que se dice mal estimada, e indicando, según las hipótesis, qué medio supuso el sentenciador no existente en el juicio, o qué vio que no revelase su texto en el que existía, o cuál dejó de ver o de contemplar tal como éste se manifestaba con expresión inequívocamente decisiva para el resultado de la operación probatoria". (CXVII, 313).

Al amparo de la nueva legislación procesal esta doctrina jurisprudencial no ha dejado de tener vigencia; contriamente, a la luz del artículo 374 del Código de Procedimiento Civil se torna más exacta aún, desde luego que dicho precepto, al determinar los requisitos de la demanda de casación, establece que "cuando se alegue que la infracción se cometió como consecuencia de error de hecho o de derecho en la apreciación de pruebas, *deberá determinarse cuáles son éstas,* la clase de error que se hubiere cometido y su influencia en la violación de norma sustancial" (subraya la Corte).

Como en este caso el censor, tanto en el planteamiento como en el desarrollo del cargo que se estudia, imputa error de hecho al Tribunal "en la apreciación de las pruebas de la propiedad del inmueble", sin especificar, individualizándolas, la escritura o escrituras de las muchas aducidas al proceso que se hubieren dejado de apreciar en la sentencia, esta censura resulta improcedente. El carácter eminentemente dispositivo del recurso extraordinario no le permite a la Corte buscar en los autos cuál sea en concreto el instrumento público que el sentenciador apreciara erróneamente.

3. Y si la Corte debiera entrar al estudio del cargo en el fondo, tendría que observar que como ni la sucesión ni la sociedad conyugal disuelta e ilíquida son sujetos de derecho, no son personas naturales ni jurídicas, sino comunidades universales de bienes, de naturaleza especial, en las que tienen interés los herederos y el cónyuge *supérstite* o sus sucesores, cuando se demanda para la sucesión y para la sociedad conyugal equivale, en realidad, a demandar para los interesados en ellas.

"Careciendo de capacidad de derecho la sucesión —ha dicho la Corte— no actúa como persona, ni activa ni pasivamente: actúan los titulares de derechos en ella, los sucesores a título universal, porque la calidad de sujetos de derecho no la tienen sino los herederos, que pueden ser personas naturales o jurídicas; no la universalidad, no el patrimonio herencial que al fin y a la postre no es más que un conjunto de elementos positivos y negativos que existe, como existía antes de fallecer el causante, pero que por haber desaparecido su dueño, están al frente de él sus herederos. La personalidad del causante no es sustituida por la personalidad de un patrimonio, que carece de ella, sino por la personalidad de quienes sí la tienen como sujetos de derecho que son". (LXXVIII, 329).

4. Por lo demás, si la sentencia del *ad quem* se limita a reformar la del *a quo* únicamente en lo relacionado con la condenación que por frutos y mejoras ésta hace, para decidir que la restitu-

ción del fundo la harán los demandados previo el pago que a ellos se haga de las mejoras plantadas, hay que entender que el recobro del inmueble decretado lo fue, no para los demandantes individualmente considerados, como lo cree el recurrente, sino en favor "de la sucesión de Mercedes Campo de Quintero, representada por sus herederos y por el cónyuge supérstite", que son los precisos términos en que fue concebida la sentencia de primera instancia, en la parte no reformada.

Por lo dicho, se desestima el cargo.

B. *Recurso de los demandantes.*

1. En la demanda respectiva y con fundamento en la primera de las causales que consagraba el artículo 52 del Decreto 528 de 1964, equivalente a la prevista por el numeral 1 del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil hoy vigente, los demandantes en el proceso formulan un solo cargo contra la sentencia de segundo grado.

En su planteamiento se denuncia el quebranto directo, por interpretación errónea, del inciso segundo del artículo 739 del Código Civil.

2. En desarrollo del cargo el censor, luego de transcribir los pasos pertinentes de la sentencia impugnada, asevera que la tesis del *ad quem*, la que consiste esencialmente en afirmar que cuando se siembra, planta o edifica a ciencia y paciencia del dueño del terreno, éste tiene derecho a recobrarlo, pagando el valor de las mejoras, pero no a los frutos producidos, constituye una errada interpretación del inciso 2º del artículo 739 del Código Civil; y que esta equivocada inteligencia de la norma condujo al sentenciador a no hacer condenación "por frutos en los lotes sembrados de caña de azúcar o sea en los mencionados en la letra a) del punto primero de la parte resolutiva de la sentencia".

Bajo el epígrafe "en toda situación de ocupantes de terrenos existe o la buena o la mala fe", dice el impugnador que como el Código Civil Colombiano desconoce relaciones posesorias con las cosas que sean neutras, siempre que un poseedor o tenedor sea condenado a restituir un bien a otra persona, debe tenerse en cuenta su buena o mala fe para lo relativo al pago de frutos; que el inciso 2º del artículo 739 no contiene una excepción a la regla general que en el punto consagran los preceptos 964 y 971; y que la distinción que hace el citado artículo 739 se refiere, no a la eliminación de la buena o la mala fe, sino a su prueba. "En el primer inciso —dice el recurrente— se examina si el plantador, constructor o sembrador ha obrado de buena o mala fe; en el segundo inciso, en razón de ser mejoras hechas a ciencia y paciencia del dueño del terreno, se tiene al plantador o constructor como tenedor de buena fe. En esta última hipótesis no se admite la prueba de que se encuentra de mala fe".

3. Y después de dilatada disertación acerca del origen del artículo 739 del Código Civil, rastreando legislaciones y doctrinas foráneas, el censor afirma que en su segundo inciso esta norma tiene por establecida la buena fe. "De no ser así, —añade—, se encontrarían frente al derecho en mejor situación el poseedor o tenedor cuya fe o conciencia es dudosa o neutra, que el poseedor o tenedor calificado de buena fe; pues éste queda obligado a pagar frutos desde la contestación de la demanda, no así el que de acuerdo con la tesis del Tribunal de Cali habría que calificar de poseedor o tenedor neutro".

Determinando el alcance de su censura, el impugnante solicita que se case parcialmente la sentencia recurrida, "en el sentido de que los demandados en la acción de recobro sean condenados a pagar los frutos no solo de las edificaciones, sino también de las plantaciones de caña de azúcar, desde la contestación de la demanda".

Se considera.

1. Al despachar el segundo cargo del recurso de los demandados, la Sala consignó las razones que la condujeron a afirmar que, según lo estatuido por el inciso 2º del artículo 739 del Código Civil, para recobrar el terreno en que otra persona ha edificado, plantado o sembrado, el dueño tiene el deber de pagar al autor de los trabajos el valor del edificio, plantación o sementera, sin que para ello haya necesidad de averiguar si éste actuó de buena o mala fe.

Esos razonamientos, que se dan aquí por reproducidos, bastan para advertir la improcedencia de la acusación que a la sentencia del *ad quem* formulan los demandantes. Porque si las mejoras y plantaciones se hicieron a sabiendas del dueño del terreno y con su autorización, hay que entender que para recobrar el predio debe pagar el valor de dichas mejoras y plantaciones, sin que tenga de su parte derecho a reclamar los frutos producidos. Con este alcance el Tribunal aplicó la norma referida, por lo cual debe aceptarse que no existe la interpretación errónea que denuncia la censura, pues que es ese y no otro el sentido que corresponde a la disposición en comento.

2. Bastaría agregar aquí, como razón corroborativa de esta interpretación, que si en dicho

supuesto procediera condenar al edificador, plantador o sembrador por el pago de los frutos, teniéndolo como poseedor de buena fe, tal cual lo pregona el recurrente, la preceptiva del ordinal 2º del artículo 739 sería inútil, porque la situación quedaría dentro del campo demarcado por el inciso 1º, el cual, por tanto, entraría a resolver las prestaciones debidas. Pero si el legislador previó las dos situaciones y consagró para cada una de ellas consecuencias jurídicas diferentes, las que determinó precisa y claramente, no pueden involucrarse en una sola.

El cargo es pues ineficaz y por ende se rechaza.

IV. *Sentencia sustitutiva.*

Viene de todo lo dicho la conclusión de que por la prosperidad del cargo cuarto del recurso de los demandados el fallo aquí impugnado debe casarse; pero que como su quiebra es solo por el eficaz ataque que se ha hecho a parte de las resoluciones en él contenidas, la sentencia de reemplazo ha de reproducir las decisiones cuyas censuras resultaron imprósperas.

V. *Decisión.*

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *casa* la sentencia de fecha diez y seis (16) de diciembre de mil novecientos setenta (1970), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en este proceso ordinario, y actuando como Tribunal de instancia *reforma* la proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Palmira, la cual por tanto queda así:

Primero. *Condénase* a los demandados Martha Quintero viuda de Cruz y Washington Montes a restituir a los demandantes Ezequiel, Saúl y Hernando Quintero, Soledad Quintero de Bejarano, Cecilia Quintero de Quintero, María Alicia Quintero de Díaz, María Nury y Mario Rojas Quintero, María del Socorro, Jairo, Herney y Zoraida Quintero Velasco, el primero en su calidad de cónyuge sobreviviente y como herederos de Mercedes Campo de Quintero los demás, los lotes de terreno denominados "La Julia", "La Victoria", "El Llanito" y "San Joaquín", los que forman un solo inmueble ubicado en "Tienda Nueva", de la jurisdicción municipal de Palmira, comprendidos dentro de las alindaciones que para cada uno de ellos describe la demanda, previo el avalúo y pago por parte de los demandantes de las plantaciones de caña de azúcar existentes en ellos.

Parágrafo. Para el avalúo de las plantaciones de caña de azúcar a que se contrae el numeral anterior, debe seguirse el procedimiento previsto por el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

Segundo. *Condénase* a los demandados a restituir a los demandantes, en sus calidades dichas, los lotes ocupados por las edificaciones a que se refieren los numerales 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º y 8º del peritazgo visible a folios 40 a 46 del cuaderno segundo, así como las mejoras complementarias de tales edificaciones, previo el pago que les harán los demandantes de la suma de cuarenta y tres mil pesos ($ 43.000), valor asignado pericialmente a estas edificaciones y mejoras.

Tercero. *Condénase* a los demandados al pago de las costas de la primera instancia del proceso.

Cuarto. *Sin costas* en la segunda instancia, ni en el recurso de casación interpuesto por los demandados.

Quinto. *Condénase* a los demandantes al pago de las costas causadas en el recurso extraordinario por ellos interpuesto.

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

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

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

FILIACION NATURAL

Legitimación en causa. La acción de filiación natural no se puede controvertir con el cesionario de derechos hereditarios.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, D. E., 18 de mayo de 1972.

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

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la demandada María del Carmen Toledo de Camacho contra la sentencia de 9 de noviembre de 1970, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el proceso ordinario de Víctor Martínez contra Carlos Emilio Rojas Brito y otra.

Antecedentes.

A. Víctor Martínez presentó demanda ordinaria contra Carlos Emilio Rojas Brito y María del Carmen Toledo de Camacho, a fin de que se hiciesen las declaraciones siguientes:

a) Que Víctor Martínez es hijo natural de Campo Elías Rojas Ibarra y que como tal tiene derecho "a usar el apellido de su padre natural";

b) Que se disponga el registro del estado civil y se hagan las anotaciones del caso;

c) Que se condene a los demandados a restituirle la totalidad de los bienes a que tiene derecho como legitimario, "tanto corporales como incorporales", junto con los frutos civiles y naturales, más las costas del proceso.

B. Como hechos de la *causa petendi* refiere los siguientes:

a) Antes del año de 1926 Angélica Martínez y Campo Elías Rojas Ibarra iniciaron relaciones sexuales "estables y continuas por un período mayor de diez años, con comunidad de habitación", de las cuales nació el 6 de octubre de 1927 Víctor Martínez;

b) Campo Elías Rojas Ibarra, desde el nacimiento de Víctor Martínez, trató a éste como a su hijo natural por un lapso superior a veinte años, pues le procuró educación y lo presentó ante parientes y amigos en la condición de hijo;

c) Campo Elías Rojas, "como demostración pública de que reconocía a su hijo natural, pidió a su hermano Carlos Emilio Rojas y a la esposa de éste Carmen Brito, que les sirvieran de padrinos de bautismo y les confirmó que era su hijo";

d) Durante el lapso de las relaciones sexuales, Angélica Martínez observó una conducta de fidelidad hacia su compañero Campo Elías Rojas Ibarra.

C. La primera instancia culminó con sentencia de 20 de mayo de 1970, proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Facatativá; parcialmente favorable a la parte demandante, pues con relación al demandado Carlos Emilio Rojas Brito declaró la filiación pretendida y la calidad de herederos universal de Víctor Martínez en la sucesión de Campo Elías Rojas Ibarra, pero con relación a la demandada María del Carmen Toledo de Camacho se abstuvo de resolver de fondo. Apelada esta decisión por la mencionada Toledo de Camacho, el Tribunal la confirmó por sentencia de 9 de noviembre de 1970.

D. Incorforme la demandada Toledo de Camacho con la resolución del Tribunal, interpuso el recurso de casación.

La sentencia del Tribunal.

A vuelta de refirir el sentenciador de segundo grado los antecedentes del litigio, emprende a continuación el axamen de los presupuestos procesales y de los elementos y condiciones de la pretensión de filiación, para afirmar luego que si la parte demandada se encuentra conformada por el heredero Carlos Emilio Rojas Brito y por

Carmen Toledo de Camacho como cesionaria de Abrahán Rojas Contreras, frente a la última llega a la conclusión de que no está "acreditada la calidad jurídica de cesionaria", porque se hace indispensable demostrar que "quien cedió los derechos hereditarios tenía la calidad de titular de la acción, haya o no sido reconocido en el juicio de sucesión. La prueba de la calidad de cesionaria es incompleta, y no demuestra la calidad ya que no obra en autos la prueba de que el cedente Abrahán Rojas Contreras tuviera la calidad de heredero del causante... Esto significa, que está cumplido el presupuesto procesal capacidad para ser parte en cuanto al demandado Carlos Emilio Rojas Brito, pero la falta de la prueba completa de la calidad de cesionaria de maría del Carmen Toledo de Camacho no implica la ausencia del presupuesto capacidad para ser parte, sino que implica la ausencia de legitimación en causa".

Más adelante, con fundamento en doctrina de la Corte, afirma que los cesionarios de derechos hereditarios no pueden sustituir al heredero en acciones de investigación de la paternidad natural, "ya que en ésta son partes el hijo y los herederos del presunto padre, que tienen la legitimación en la causa por activa y por pasiva".

Posteriormente expresa el Tribunal que no estando acreditada la legitimación en la causa con relación a la demandada Carmen Toledo de Camacho, "ya que no se demostró su calidad de cesionaria en forma completa y aunque se hubiere demostrado no estar legitimada para intervenir en procesos investigativos de la paternidad como anteriormente se expresó, debe ser confirmada la decisión del Juez *a quo* en cuanto se abstuvo de resolver de mérito en cuanto a esta demandada".

El recurso de casación.

Con fundamento en la causal primera del artículo 52 del Decreto 528 de 1964, a la sazón vigente, formúlase a la sentencia del Tribunal un solo cargo, en el cual se denuncia violación, por falta de aplicación, de los artículos 481 del Código Judicial, 740 y 1967 del Código Civil, 87 de la Ley 153 de 1887 y la Ley 60 de 1935.

A intento de demostrar el cargo, el acusador afirma que el Tribunal, al proferir un fallo de forma o inhibitorio con relación a la demandada María del Carmen Toledo de Camacho, quebrantó las disposiciones citadas ya que la falta de legitimación en la causa de ésta le imponía proferir un fallo de fondo y de carácter absolutorio, como lo tiene dicho la doctrina de la Corte.

Se considera.

1. "Para terminar —se ha dicho— estima conveniente la Corte rectificar la doctrina sentada en el fallo recurrido acerca de que la falta de la prueba de la calidad de heredero con que se demanda o se es demandado en el proceso incide en la legitimación en la causa, de demandante o demandado, pues a partir de la sentencia de 21 de julio de 1959 ha venido sosteniendo esta Corporación que esta circunstancia sólo afecta el presupuesto procesal de la capacidad para ser parte.

"En la sentencia antes mencionada dijo, en efecto, la Corte:

'...los herederos asumen el carácter de parte, por activa o por pasiva, no personalmente, ni como representante de una entidad que carece de personería jurídica, sino por la calidad de herederos de que están investidos, y que desde luego debe aparecer comprobada en el proceso, en cuanto a la vocación y a la aceptación se refiere, lo que indica, como lo anota el autor citado, que existe una tercera categoría dentro del presupuesto procesal capacidad para ser parte, que es precisamente el caso de quien no comparece en nombre propio, 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 relativo a 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 ausencia de cosa juzgada formal, y no sentencia de mérito, con consecuencia de cosa juzgada material'. (G. J. Nº 2214, pág. 43).

"Si se tratara de una falta de *legitimatio ad causam,* como dice el sentenciador, el fallo habría tenido que ser absolutorio y no inhibitorio, puesto que aquélla constituye un requisito para pronunciamiento de sentencia de fondo favorable al demandante y no un presupuesto procesal". (Sen. de 23 de agosto de 1971, aún no publicada, pronunciada en el proceso de Heriberto Cifuentes contra Genivera Rivera v. de Cifuentes y otros).

2. La legitimación en la causa, pues, según doctrina reiterada de la Corte, toca con la titularidad activa o pasiva del derecho. Se dice que está legitimado en causa como demandante la persona que tiene el derecho que reclama, y como

demandado, quien es llamado a responder por ser sujeto pasivo del mismo.

Comoquiera que la legitimación en la causa se identifica entonces con la titularidad del derecho de acción o de contradicción, la ausencia de ella impone al juzgador proferir un fallo de fondo, desestimario de la acción, con alcances de cosa juzgada material. Sobre el particular tiene declarado la Corte que "dada su naturaleza, la legitimación en la causa, ya sea por su aspecto activo o pasivo, o por ambos a la vez, no puede conducir a un fallo inhibitorio sino a una sentencia de fondo, desestimatoria de las pretensiones del demandante, con efectos de cosa juzgada material". (Cas. Civ. 22 de febrero de 1971, aún no publicada).

3. En las acciones de investigación de la paternidad natural, por estar de por medio el derecho de familia, esto es, los vínculos de sangre y el orden público, la legitimación en causa, ya por el aspecto activo ora por el aspecto pasivo, se encuentra circunscrita en vida del hijo y del padre, a aquél contra éste, y fallecido el hijo o el padre, a los herederos del uno contra el otro o contra sus herederos.

4. La Corte, refiriéndose a la cesión de derechos hereditarios, ha dicho que "no es la calidad de heredero la que el vendedor trasmite por este contrato; esta calidad es personal e instrasmisible; porque no puede depender del que es heredero, dar a otro su lugar en la familia y su grado de parentesco... El heredero que ha vendido la herencia, sigue, pues, siendo heredero; el título de heredero permanece indeleble sobre su cabeza...". (Cas. Civ. 11 de julio de 1932, XL, 196; 27 de marzo de 1947, LXII, 112). Dedúcese, por tanto, que la acción de investigación de la paternidad natural no se puede controvertir con el cesionario de derechos hereditarios, ya que mediante la cesión éste no adquiere la calidad de heredero ni suplanta o reemplaza al cedente en dicha calidad.

5. Con estas reflexiones se tiene que si el cesionario de derechos hereditarios no está legitimado por activa o por pasiva con relación a la acción de investigación de la paternidad natural, la que se promueve contra él en esa condición está llamada a fracasar, por falta de legitimación en la causa, y en tal caso obliga pronunciar un fallo desestimatorio de la acción. Por consiguiente, el juzgador de segundo grado, al proferir un fallo inhibitorio, quebrantó las normas indicadas por el censor, lo que llevaría a casar la sentencia impugnada, a efecto de sustituirla por el correspondiente pronunciamiento de fondo.

6. Lo anterior lo expresa la Corte como corrección doctrinaria y de acuerdo con uno de los fines primordiales del recurso de casación que, según el artículo 365 del Código de Procedimiento Civil, es el de "unificar la jurisprudencia nacional". Sin embargo, esta rectificación no influye en la decisión final, por las siguientes consideraciones:

a) Cuando se acusa una sentencia por la causal primera, como es el caso, debe ser por violación "de una norma de derecho sustancial", como lo preceptúa el artículo 368 del Código arriba citado;

b) Norma de esta clase, según doctrina reiterada, es la que, en frente de la situación fáctica concreta que ella misma comtempla, crea, declara, modifica o extingue relaciones jurídicas.

c) Como ninguna de las normas que el recurrente citó como violadas por el Tribunal en la sentencia comentada es de linaje sustancial, el cargo no puede prosperar y ello equivale a que el recurso no hubiera sido interpuesto.

. . . . . .

En armonía con lo anterior, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia de segunda instancia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 9 de noviembre de 1970.

Sin costas, en virtud de la rectificación doctrinaria.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente.

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

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario,

PERTENENCIA

Técnica de casación.—Causal primera.

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

(Magistrado ponente: doctor Ernesto Cediel Angel).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 7 de octubre de 1971, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva en el proceso ordinario de Inés Murcia de Rodríguez y otros contra Inés Rojas de Carrera y otra.

El litigio.

Inés Rojas de Carrera y Lucrecia Rojas viuda de Solano, solicitaron del Juzgado Civil Municipal de Palermo que por los trámites del proceso especial señalado en la Ley 120 de 1928, se hiciese a su favor la declaración judicial de pertenencia respecto de "una casa de una sola planta, construida con muros de adobe, techada con teja de barro", debidamente determinada por su ubicación y linderos.

Como fundamento de su pretensión afirman las demandantes que han poseído por más de veinte años, en forma quieta, pacífica e ininterrumpida la casa antes mencionada, "ejercitando allí actos de señoras y dueñas, sin reconocer posesión ni dominio a terceras personas, con excepción de su señor hermano, ya fallecido, don Roberto Rojas Salazar, quien en común y proindiviso con ellas venía ejercitando... igual posesión, hasta su fallecimiento"; que los tres hermanos, con dineros propios, hicieron mejoras en el inmueble; y que la posesión que sus padres ejercieron sobre la casa mencionada, hasta su muerte, ha de acumularse a la de las demandantes.

Admitida la demanda, Inés Murcia de Rodríguez y Humberto Rodríguez Murcia, dentro del término del emplazamiento que prescribía el artículo 7º de la Ley 120 de 1928, se opusieron a que por el Juzgado se hiciera la declaración de pertenencia impetrada en la demanda, con fundamento en que el inmueble materia de la misma les pertenece exclusivamente, por haberlo adquirido así: la edificación por compra a Roberto Rojas Salazar, único dueño de ella, y el lote de terreno en que está construida por remate hecho por Inés Murcia de Rodríguez ante la Junta Municipal de Hacienda de Palermo; y en que las demandantes "no tuvieron nunca en la referida casa que construyó su hermano Roberto la posesión material que exigen la Ley 120 de 1928 y el Código Civil para adquirirla por prescripción adquisitiva de dominio".

El Juzgado admitió la oposición y ordenó seguir con los opositores un proceso ordinario, en el cual tendrían éstos la calidad de demandantes. Agotado el trámite de la primera instancia, el Juzgado del conocimiento, para ese entonces el 4º Civil del Circuito de Neiva, le puso fin con la sentencia de 27 de enero de 1971, por medio de la cual hizo en favor de Inés Rojas Carrera y de Lucrecia Rojas viuda de Solano la declaración de pertenencia que habían solicitado, ordenó inscribir el fallo en la Oficina de Registro respectiva, y condenó en costas a los opositores, los cuales apelaron de esa resolución. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, mediante la sentencia que constituye la sujeta materia del recurso de casación a que se hizo referencia, revocó la del *a quo* y en su lugar se abstuvo de hacer la declaración de pertenencia impetrada por aquéllas, con costas a cargo de "la parte demandante".

Motivación de la sentencia impugnada.

Luego de hacer un recuento de la actuación surtida y de transcribir la parte resolutiva del fallo de primer grado, expresa el Tribunal como fundamento de su decisión:

"Es importante en este proceso dedicar especial atención a los hechos en los cuales se fundamenta la pretensión, porque, como posteriormente se va a estudiar, las personas que se presentan como titulares de la misma, demandan declaración de pertenencia a título personal y por la totalidad del inmueble determinado en la demanda, cuando se está reconociendo acto de posesión precisamente por quien fuera tradente a uno de los ahora opositores, de la cosa sobre la cual se pide la declaración de dominio por usucapión.

"Sí: el señor apoderado de Inés Rojas Salazar de Carrera y Lucrecia Rojas Salazar viuda de Solano después de afirmar que sus poderdantes han tenido posesión material, continua, ininterrumpida, quieta y pacífica de la casa determinada en la demanda, actos que se han cumplido sin reconocer posesión ni dominio a terceras personas, anota: '...con excepción de su señor hermano, ya fallecido, don Roberto Rojas Salazar, quien en común y proindiviso con ellas, venía ejercitando en asocio de mis poderdantes igual posesión, hasta su fallecimiento...'.

"Esta misma posición se sostuvo en el alegato de conclusión que obra a los folios 72 y ss. del cuaderno principal.

"Así las cosas:

"Si la usucapión se caracteriza precisamente por el comportamiento asumido por el titular o titulares de la pretensión como verdadero poseedor, es decir como sujeto que tiene la voluntad y el deseo de portarse como señor y dueño del bien pretendido y ha ejercido sobre el mismo actos inequívocos de dominio, todo lo cual en forma ininterrumpida y por el lapso determinado por la ley para adquirir el dominio del bien, es obvio que si quien en la demanda acepta coposesión con persona no integrante de la pretensión, o por los elementos de convicción aportados al proceso se establece que falta unos de los presupuestos de la posesión, ésta tiene que resolverse desfavorablemente.

"Ha tenido oportunidad la Sala de indicar anteriormente que aunque se pretende pertenencia sobre toda la casa ubicada en el Municipio de Palermo, y determinada en los términos dados en la demanda, Inés Rojas Salazar de Carrera y Lucrecia Rojas Salazar viuda de Solano reconocieron actos de posesión y señorío ejercidos sobre la misma cosa por Roberto Salazar, persona ésta que enajenó el bien a la parte opositora como se estableció plenamente por el instrumento público número 600 del 18 de junio de 1967 que debidamente registrado se ha acompañado como prueba.

"Es indudable que los comuneros pueden llegar a ser titulares del dominio cuando por el modo de la usucapión adquieren la propiedad de la cosa comunera sobre la cual han venido ejerciendo actos de posesión individualmente; pero si se reconoce por ellos la coposesión, el derecho sustancial no les protege sino en los términos de la misma coposesión y no personal e individualmente".

La demanda de casación.

Cuatro cargos formúlanse en ella contra la sentencia del Tribunal, todos en el ámbito de la causal primera, que la Corte examina y despacha así:

Cargo primero.

"La sentencia acusada —dice el censor— es violatoria de las siguientes normas de derecho sustancial: el artículo 762 del Código Civil; y de paso, el 778, el 779, el 780 *ibídem;* los artículos 2º y 5º de la Ley 120 de 1928, en relación con la 50 de 1936".

En su intento de fundar la acusación, transcribe el artículo 762 del Código Civil para expresar en seguida que "si esta acción es sustancial en los derechos del dominio, el sentenciador la viola directamente, comoquiera que si está plenamente demostrado en los autos que mis representadas y el señor Roberto Rojas Salazar, por sí y por sus antecesores, poseyeron quieta y pacíficamente el inmueble por un lapso mayor de setenta (70) años, mal puede el juzgador deducir que fue uno de ellos y no los tres, conjuntamente, quienes ejercitaron esos actos de dominio". Agrega que "adelante volveremos, para reforzar nuestra apreciación sobre el análisis de los testimonios recibidos en el proceso de los cuales aparece plenamente demostrado el hecho de la posesión ejercitada por los tres hermanos; y, además, en refuerzo de la tesis, lo observado en la propia diligencia de inspección judicial, con la cual quedaron demostrados los extremos del término posesional, desde los padres de las demandadas, hasta el mismo día en que se practicó tal diligencia".

Explica luego el recurrente por qué, a su juicio, infringió el sentenciador, "de paso", los artículos 764, 769, 778 y 779 del Código Civil, para concluir que la sentencia acusada "por desconocimiento absoluto de las normas que rigen la posesión, debe casarse, dejando en firme el fallo de primera instancia puesto que, en último término, lo que pudiera haber adquirido la parte demandante sería la cuota, o tercera parte que

le correspondía a su cedente, don Roberto Rojas Salazar".

Cargo segundo.

Acúsase en él la sentencia de segundo grado "por violación sustancial de los artículos 2º y 5º de la Ley 120 de 1928".

Transcribe el impugnante los preceptos presuntamente infringidos, y concreta su acusación así: "De consiguiente, si está demostrado en autos que la posesión sobre el inmueble materia de este proceso se ejercitó directamente por mis representadas, junto con el señor Roberto Salazar; y a ella aunaron la de sus antecesores, lo que cubre un período mayor de setenta (70) años, mal podría el honorable Tribunal desconocer esos derechos si, además, por expresa disposición del artículo 5º transcrito, a cada uno de los poseedores conjuntos le corresponde una cuota determinada de dominio sobre el bien poseído".

Cargo tercero.

Con fundamento en el inciso 2º del numeral 1 del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, manifiesta el censor que acusa la sentencia de segunda instancia por errónea interpretación de la demanda.

"El sentenciador —dice— incurre en agravio al afirmar como fundamento a su desacertada decisión, que mis mandantes las señoras Inés Rojas Salazar de Carrera y Lucrecia Rojas Salazar viuda de Solano, al reconocer actos de posesión y señorío ejercidos sobre la misma cosa por Roberto Rojas Salazar, persona ésta que enajenó el bien a la parte opositora como se estableció plenamente en el instrumento público número 300 del 16 de junio de 1967 y debidamente registrado se acompaña como prueba... Esa manifestación equivale a establecer una renuncia de sus derechos posesionales, cuando en realidad de verdad, y en sana lógica, lo que se sostiene en la demanda, sin lugar a duda, es que los tres, conjuntamente, por sí y por sus antecesores, dominaron y dominan el inmueble; y de consiguiente que la cuota que le correspondía a don Roberto Rojas Salazar era una tercera parte sobre el bien usucapido y no el total del bien, como indebidamente se pretende en la sentencia acusada, por interpretación errónea de la demanda".

Cargo cuarto.

Hállase formulado así:

"De nuevo acuso la sentencia proferida por el honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, en el negocio de la referencia, por apreciación errónea, o falta de apreciación de la prueba testimonial aducida al proceso por la parte que represento, consistente en no haber apreciado correctamente las declaraciones de los testigos señores Lucio Rojas, Ascencio Lasso, Pedro Dussán, Benito Cumbe y Pedro Pablo Alarcón".

Nota el censor que los declarantes mencionados deponen contestemente acerca de la posesión que sobre el inmueble materia de la demanda ejercieron, desde tiempo inmemorial, los cónyuges Cesáreo Rojas y María de la Paz Salazar de Rojas, en forma quieta, pacífica e ininterrumpida; y de que las demandantes y Roberto Rojas Salazar, como hijos legítimos de Cesáreo y de María, continuaron, desde el fallecimiento de éstos, ejerciendo ininterrumpidamente la misma posesión. "Si esto es así —agrega—, y no puede remitirse a duda, el honorable Tribunal ha debido llegar a la conclusión de que por esa posesión, ejercida conjuntamente entre los tres hermanos, sí se había configurado el fenómeno de la prescripción".

Expresa luego que el Tribunal "distorsionando la prueba testimonial y la ocular de inspección, llega a una conclusión extrema y absurda: que, por cuanto uno de los poseedores, o sea don Roberto Rojas Salazar, cedió su cuota de posesión a favor de los demandantes, ello quiere decir que podía arrastrar con los derechos de sus hermanas; conclusión absurda, por decir lo menos, porque si lo cedido por don Roberto era, se repite, una cuota de posesión, mal podía haber transmitido la ajena, que correspondía a sus hermanas".

Observa, finalmente, "que si se reconoce que don Roberto Rojas Salazar tenía una cuota de posesión, a ésta debe sujetarse su derecho, sobre una tercera parte, respetando el dominio adquirido por sus hermanas sobre el mismo inmueble y por la usucapión que equivale a las dos terceras partes restantes del mismo".

Se considera.

1. La Ley de Procedimiento Civil brinda a las partes la posibilidad de impugnar, en casación, una sentencia proferdia en segunda instancia por un Tribunal Superior, a través de causales precisas y autónomas, y la Corte sólo puede enjuiciar esa sentencia dentro de los estrictos límites que le señale el impugnante y en el campo exacto en que se reclame su intervención. De ahí que ese estatuto, luego de señalar en su artículo 368 las causales de casación, exija en el

374 que la demanda respectiva contenga "la formulación por separado de los cargos contra la sentencia recurrida, expresando la causal que se alegue, los fundamentos de cada acusación en forma precisa y clara, las normas que se estimen violadas y el concepto de la violación, sí se trata de la causal primera". *(Se subraya).*

2. Constituyendo el fundamento de dicha causal primera el quebranto "de una norma de derecho sustancial, por falta de aplicación, por aplicación indebida o por interpretación errónea", la precisión y claridad en la formulación del cargo exigen terminantemente que el censor señale la norma o las normas de esa índole que habría infringido el sentenciador, indicando concretamente el concepto de la violación. "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 *(se subraya), o cuando expresando alguno no acierta con el que en realidad correspondía y debía invocar". (LXL 398).*

3. Son normas sustanciales las que frente a un supuesto de hecho previsto en las mismas, declaran, crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas. Siendo entendido, desde luego, que cuando una determinada relación jurídica se halla gobernada no por un precepto único sino por varios que se complementan entre sí, para que la acusación sea cabal ha de comprender inexcusablemente todos y cada uno de ellos, pues sólo así quedaría estructurada la proposición jurídica completa. "Si el recurrente —ha dicho la Corte— no plantea tal proposición, señalando como vulnerados todos los textos que su estructura exige, sino que se limita a hacer una indicación parcial de ellos, el ataque es vano. Conclusión natural y potísima del precepto (Decreto 528 de 1964, Art. 52, Ord. 1º, hoy C. de P. C., Art. 368, Num. 1º) que al hablar de violación de la ley sustantiva o sustancial como motivo de casación, no ha podido entender nada distinto del quebrantamiento de la normación suficiente a sustentar un derecho de aquella especie, normación que si en unas hipótesis puede estribar en un solo texto, en otras se forma indispensablemente de varios. Y es precisamente tratándose de este último evento, como se precisa la necesidad de que en el recurso extraordinario la impugnación se haga sobre la base de la llamada proposición jurídica completa...". *(Sentencia de 16 de noviembre de 1967, ordinario de Humberto Jaramillo Botero y otro contra José Manuel Toro Echeverri, aún no publicada).*

4. Si el fundamento de todo cargo que en casación se formule por la causal primera es la violación de una norma de derecho sustancial, no basta, cuando el ataque se hace por vía indirecta, imputar al sentenciador errónea apreciación de la demanda o errores de hecho o de derecho en la estimación de las pruebas, sino que es necesario señalar, además, las normas sustanciales que a causa de tales yerros habría infringido el Tribunal, bien por falta de aplicación o aplicación indebida. Vano resulta, por tanto, el cargo que se limite a atribuir al sentenciador errores en el campo de las pruebas o en la interpretación de la demanda, sin proyecciones sobre preceptos de derecho sustancial, pues que aún existiendo tales errores la sentencia no podría ser casada por no haberse demostrado lesión de normas de ese rango.

5. Los cargos que se dejaron extractados no se ajustan a la preceptiva que se dejó expuesta, pues su formulación adolece de defectos que los hace por fuerza ineficaces, y, en consecuencia, se impone su rechazo.

Adviértese, en efecto, en relación con los dos primeros, que, de una parte, no se expresa en ellos el sentido en que habrían sido violados los preceptos que allí se mencionan, y de otra, que no estructuran la indispensable proposición jurídica completa, puesto que persiguiendo la pretensión de los demanantes la declaración judicial de pertenencia sobre el inmueble determinado en la demanda por haberlo adquirido por el modo de la prescripción extraordinaria, al no haber sido acogida aquélla por el Tribunal, tenía necesariamente el impugnante que señalar como infringidas, por falta de aplicación, las normas que en nuestro Código Civil regulan ese modo de adquirir el dominio. Los artículos 2º y 5º de la Ley 120 de 1928, citados por el recurrente, se limitan, el uno, a facultar a "todo aquél que tenga en su favor una prescripción adquisitiva de dominio", para pedir la declaración judicial de pertenencia, y a establecer, el otro, que ésta "solo recaerá sobre el inmueble o la parte de éste que haya poseído realmente el demandante"; pero como ni en éstos, ni en los demás señalados por el recurrente se consagra concretamente el derecho del poseedor a ganar por prescripción el dominio de bienes muebles o inmuebles, a más de tales preceptos ha debido indicar como violados, por inaplicación, todos los que regulan la manera de adquirir el dominio por prescripción extraordinaria, lo que

no hizo. Esta defectuosa formulación de los dos primeros cargos hacen impróspera la acusación en ellos contenida.

6. Y respecto de los dos últimos basta anotar, para desecharlos, que el recurrente se limitó a imputarle al Tribunal errónea interpretación de la demanda y errónea apreciación de unos testimonios, sin señalar norma alguna de derecho sustancial que hubiera sido conculcada a causa de tales yerros. La acusación resulta así incompleta, y como a la Corte le está vedado, en razón de la índole estricta del recurso extraordinario, suplir la deficiencia anotada con la búsqueda oficiosa de los textos legales eventualmente quebrantados y del concepto de su violación, los cargos en cuestión deben ser rechazados por inanes.

Resolución.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley *no casa* la sentencia de siete (7) de octubre de mil novecientos setenta y uno (1971), proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva.

Las costas del recurso son de cargo de las recurrentes.

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

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

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

COMISION

Interpretación de los contratos.

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

(Magistrado ponente: doctor Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la demandante contra la sentencia de 23 de agosto de 1971, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el proceso ordinario instaurado por la entidad "Escobar Alvarez & Cía. Limitada", frente a Yolanda Vélez de Londoño.

I. *El litigio.*

1. Mediante escrito de 2 de noviembre de 1968 la citada sociedad, representada por su gerente Alfonso Vieira Mejía, demandó ante el entonces Juzgado Primero Civil Municipal de Medellín a Yolanda Vélez de Londoño para que se declarase que ésta le adeuda la suma de $ 103.732.88 y sus intereses al tipo más alto del mercado, desde el 15 de marzo de 1967 hasta cuando el pago se verifique, la que debe satisfacerle en el término fijado en la sentencia.

2. Como hechos constitutivos de la *causa petendi* la actora invocó, en síntesis, los siguientes:

a) en octubre de 1964 eran dueños del edificio "Gonzalo Mejía" de la ciudad de Medellín, Blanca Ospina de Vélez y Yolanda Vélez de Londoño, en una mitad entre las dos; y Gabriela Restrepo de Olarte, Isabel Restrepo de Echavarría, Lía Restrepo de Vélez, María Restrepo de Angel, los herederos de Zoraida Restrepo de Moreno, es decir, María Rosa, Pilar y Luis Moreno, Rosa Restrepo de Gómez, Imelda Restrepo de Angel, Nora Restrepo de Botero, Angela Restrepo de Echavarría, Ana Restrepo de Botero y Luis Fernando Restrepo, en la otra mitad, todos los cuales deseaban dividir la comunidad, pues los frutos civiles percibidos no correspondían al valor de la propiedad, pero la diversidad de pareceres de los numerosos propietarios hacía difícil su acuerdo acerca del precio y condiciones de pago;

b) para la administración de dicho inmueble los comuneros tenían constituida la llamada "Comunidad del Junín";

c) por escritura número 7200 de 5 de diciembre de 1964, otorgada en la Notaría 4ª de esa ciudad, Rodrigo Uribe Echavarría, William Londoño Escobar, José Bernardo Londoño y Mario Posada Ochoa constituyeron con capital de $ 30.000 la sociedad "Inversiones Junín Limitada", la cual, en enero siguiente, adquirió por compra que hizo a Ana Restrepo de Botero el derecho que a ésta correspondía en el edificio "Gonzalo Mejía", equivalente a una veintidosava parte;

d) el 24 de febrero de 1966 "Escobar Alvarez & Cía. Ltda.", dirigió una carta a los integrantes de la "Comunidad del Junín", entre ellos a Yolanda Vélez de Londoño, misiva que fue firmada por sus destinatarios en señal de asentimiento, en la cual les proponía un programa de partición y división del bien común, expresando que "por el negocio que proponemos cobraríamos una comisión del 2% sobre el valor de todos los recaudos, suma que también se hará efectiva en caso de que los propietarios actuales se quedaran con lotes de la propiedad o vendieran sus derechos a terceros, *aún sin nuestra intervención*";

e) con la carta y su aceptación, expresa la demanda en el hecho 8º, "quedó formalizado un contrato de comisión de venta entre los destinatarios de ella y 'Escobar Alvarez & Cía. Ltda.', en virtud del cual los primeros se obligaron a pagar a los segundos una comisión del dos por ciento sobre el precio de venta del edificio Junín, aún en el caso de que los propietarios vendieran sus derechos a terceros sin la intervención de los comisionistas", porque la comisión se confirió con carácter exclusivo;

f) en desarrollo de la convención así ajustada, "Escobar Alvarez & Cía. Ltda." comenzó a hacer la labor de coordinación entre los diferentes propietarios, tendiente a unificar la opinión de éstos en torno a la demolición del edificio o a la venta a terceros de la totalidad de éste; y, además, encargó a la firma de arquitectos "Darco Limitada" la realización de un proyecto de zonificación, trabajo que fue ejecutado y por el cual pagó la cantidad de $ 6.000;

g) mediante escrituras números 4661 de 27 de diciembre de 1966 y 70 de 16 de enero de 1967, otorgadas ambas en la Notaría 2ª de Medellín, Yolanda Vélez de Londoño ingresó como socia de "Inversiones Junín Limitada", entregando como aporte 2.500 derechos que sobre una totalidad de 6.000 le correspondían en el edificio "Gonzalo Mejía", por un valor total de $ 5.186.644;

h) posteriormente, cuando ya "Inversiones Junín Ltda." se había convertido en sociedad anónima, celebró con la familia Restrepo un contrato de promesa de compraventa de los derechos que a todos los miembros de ésta les correspondían en el bien común, al precio equivalente a $ 475.000 cada derecho de veintidosava parte, negociación sobre la cual éstos pagaron a la demandante la comisión estipulada en la carta de 24 de febrero de 1966;

i) Yolanda Vélez de Londoño vendió luego las 518.644 acciones que tenía en "Inversiones Junín S. A.", a diferentes entidades, por la suma total de $ 5.186.644 que ella recibió como precio de parte de los diferentes compradores, y

j) "de conformidad con lo estipulado en carta de 24 de febrero de 1966 —dice finalmente la demandante en el hecho 24 de su libelo— la señora Yolanda Vélez de Londoño debe a Escobar Alvarez y Compañía Limitada una comisión de dos por ciento sobre el precio en que vendió sus derechos en el edificio Gonzalo Mejía, comisión que vale la cantidad de $ 103.732.88".

3. Oportunamente la demandada contestó la demanda aceptando algunos de los hechos en ella invocados, negando los más y oponiéndose a las pretensiones de su demandante.

Afirmó que había aceptado la oferta contenida en la carta de 24 de febrero de 1966, pero agregó que "debe entenderse que con esa comunicación contraía obligaciones la firma remitente que en su gran parte, si fue que realizó alguna labor en el predio, no fueron evacuadas". Finalmente propuso las excepciones que denominó "falta de demanda en forma; petición de modo indebido; carencia de causa; improcedencia de acción instaurada; y la genérica".

4. Trabada así la relación procesal el Juzgado del conocimiento, a la sazón lo era el Primero Civil del Circuito de Medellín, le puso término a la primera instancia con sentencia de 29 de mayo de 1970, mediante la cual declaró que la demandada adeudaba a la sociedad demandante la suma de $ 103.732.88 y sus intereses desde la fecha indicada en la demanda, a la rata del 1% mensual hasta que el pago se verifique; negó las excepciones aducidas e impuso a la demandada las costas procesales.

5. Como efecto de la apelación interpuesta por esta parte el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el que, por sentencia del 23 de agosto de 1971, revocó el fallo apelado y en su lugar negó las súplicas impetradas en la demanda e impuso las costas de ambas instancias a la demandante.

II. *Motivación del fallo impugnado.*

1. Luego de concretar la pretensión deducida en la demanda y de extractar el contenido de la carta de 24 de febrero de 1966, la que en su concepto "fija las relaciones de las partes", asevera el Tribunal que de ella "se desprende claramente que en caso de desarrollarse el programa en su integridad, tenía 'Escobar Alvarez & Cía. Ltda.' derecho a cobrar a los aceptantes... el 2% como comisión sobre el valor total de las sumas recaudadas por la venta de todos los pequeños lotes que una vez demolido el edificio, quedaran para la venta a terceros o para adjudicar a los comuneros o algunos de ellos, o también para el caso de que los propietarios actuales vendieran directamente a terceros los derechos que les correspondieran en los lotes obtenidos como desarrollo del premencionado programa".

Prosiguiendo en la tarea de interpretar la voluntad de los contratantes expresada en ese escrito, dice el sentenciador que ella consistió "en que como contraprestación al logro de la terminación de una comunidad por medio de la consecuencial partición del inmueble en lotes pequeños, tendría la firma ejecutora el derecho a que los comuneros le pagaran una suma de dinero equivalente al 2% de la cantidad que produjera la venta total y que en caso de que la venta fuera parcial, los adjudicatarios de lotes le pagarían el 2% correspondiente, lo mismo que si vendían sus derechos a terceros aunque no interviniera en esa venta la firma que había llevado a cabo el susodicho plan".

Y teniendo por "clara la intención de los contratantes", deduce el *ad quem* que es inaceptable que la demandante reclame el pago del valor de la comisión estipulada en la carta de 24 de febrero de 1966, "sin que se hubiera realizado totalmente el proyecto o programa que propuso y que aceptó la demandada".

2. Observa en seguida que si bien "Escobar Alvarez & Cía. Ltda." empezó a ejecutar el programa propuesto y aceptado, desde luego que pagó a una firma de arquitectos la elaboración del proyecto de zonificación, no efectuó sin embargo las demás partes del plan, "ya que no demolió el edificio, ni hizo el loteo, ni la venta de los lotes, ni la adjudicación de ellos a algunos comuneros, ni tampoco la demandada vendió a algún tercero el lote que le correspondiera o los derechos respectivos después de la ejecución del programa"; y que si la comisión estipulada tenía como causa la ejecución de todo el programa, "no es lógico aceptar" entonces que ésta se deba.

Repite luego el sentenciador que como el acuerdo de voluntades ajustado entre demandante y demandada "es suficientemente claro, y es el que se expresó anteriormente", debe estarse a la intención de las partes expresada en él, por imperativo del artículo 1518 del Código Civil.

3. En apoyo de la conclusión a que llega en la interpretación del pacto, el Tribunal analiza las declaraciones rendidas en el proceso por Mario Posada y Sergio Echavarría. Transcribe pasos pertinentes de la del primero, quien por haber intervenido como aceptante de la propuesta expresa que "Escobar Alvarez habría tenido derecho a cobrar la mencionada comisión si hubiese realizado el negocio que proponían y que está estipulado en las cláusulas de la misma carta, negocio que no realizaron, ni siquiera iniciaron, por lo cual no tiene derecho a cobrar ninguna comisión".

Haciendo énfasis en el testimonio rendido por Echavarría, quien como gerente de la sociedad proponente del programa de división del bien común firmó la carta del 24 de febrero, después de transcribir algunos apartes de sus afirmaciones, dice el *ad quem* que según él "la comisión se cobraría como consecuencia de la realización de lo que se proponía, hubiera o no venta de los pequeños lotes o habiendo venta por medio de la parte demandante o aún habiéndola directamente por medio de los comuneros beneficiados con la preanotada y total ejecución del programa".

III. *La demanda de casación y consideraciones de la Corte.*

Contra la sentencia de segundo grado interpuso casación la demandante. En la demanda respectiva le formula dos cargos, ambos con fundamento en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, y que la Corte procede a examinar en el orden en que aparecen propuestos.

Primer cargo.

1. Mediante éste se denuncia el quebranto indirecto, por falta de aplicación, de los artículos 1602, 1603, 1618, 1621 inciso primero, 2143, 2184 del Código Civil, 331 y 333 del Código de Comercio, como consecuencia del error de hecho que aparece de modo manifiesto en los autos, proveniente de la errónea apreciación de la carta de 24 de febrero de 1966 dirigida por la demandante a la demandada y a otras personas, suscrita por ellas en señal de asentimiento.

2. En desarrollo del cargo el recurrente, después de copiar todo el contenido de la referida carta haciendo énfasis en algunas de sus expresiones y de transcribir los pasos trascendentes de la sentencia impugnada, relacionados con la interpretación que el Tribunal le dio a dicho documento, asevera que ésta "peca de error de hecho evidente, pues desconoce, pasa por alto, aquellos apartes de la carta que me he permitido subrayar, en los cuales aparece, con la sola lectura, que el negocio materia de la comisión, además del plan de demolición del edificio y loteo del terreno que a su vez comprendía dos posibilidades, o sea la enajenación de los lotes respectivos y que los comuneros mantuvieran todos o algunos de ellos, abarcaba también la enajenación total del inmueble y la de los derechos de cada comunero, siendo común denominador de todos ellos el pago del 2% de la comisión a 'Escobar Alvarez y Cía. Ltda.', aun cuando la venta no se hiciera a través de dicha firma".

3. Estima el censor que del contexto de la carta de 24 de febrero de 1966, claramente se deduce que el programa de partición del inmueble común propuesto en ella por la demandante y aceptado por la demandada, contenía alternativamente estas tres formas: subdividir la propiedad en pequeños lotes; o la venta total del bien; o la venta parcial de éste.

En apoyo de su aserción transcribe los siguientes párrafos de dicho escrito: el primero, que dice "nuevamente nos dirigimos a ustedes

para tratar sobre la posible partición de esa comunidad, mediante la subdivisión de la propiedad *vendiendo total* o *parcialmente,* de acuerdo con los deseos de los propietarios"; el tercero, conforme al cual "el programa que proponemos a ustedes, de demolición del edificio, partición de la propiedad en pequeños lotes, *y venta de todo o parte* tiene las siguientes ventajas"; y finalmente el último en donde se expresa que "Escobar Alvarez y Cía. Ltda." tendría derecho a cobrar "una comisión del 2% sobre el valor de todos los recaudos, suma que también se hará efectiva en caso de que los propietarios actuales se quedaran con lotes de la propiedad o *vendieran sus derechos a terceros,* aún sin nuestra intervención".

Amparado en este razonamiento, el impugnador censura la conclusión a que llegó el sentenciador en la tarea de concretar la intención de las partes contenida en el contrato, afirmando que sólo por ignorar los aludidos apartes de la carta pudo "el Tribunal decir que lo único pactado en ella fue la división material en pequeños lotes y la venta total o parcial de éstos, por lo cual dicha operación era la que determinaba que la comisión se produjera"; y que como ello no fue así, ya que una de las posibilidades acordadas fue la venta de los derechos de los comuneros, "el error de hecho aparece de manifiesto y la interpretación de la sentencia cae por su base".

Recuerda en seguida el acusador que encontrándose aún vigente el contrato de mandato, la demandada Vélez de Londoño "enajenó sus derechos en la comunidad a Inversiones Junín S. A.", entendiendo ella misma, como se desprende de las posiciones que absolvió, que "al hacer el aporte referido estaba vendiendo tales derechos".

4. Pasa luego el impugnante a puntualizar las violaciones de la ley sustancial que denuncia en el planteamiento del cargo. Al respecto dice que ya sea que se entienda el contrato como mandato simple o como mandato comisión, "pues las unas y las otras dejaron de aplicarse, fuera de que los artículos 1602 y 1603 del Código Civil, en cuanto éste dispone que los contratos obligan en lo que en ellos se expresa, cualquiera que fuere la ubicación del celebrado entre demandante y demandado, así como los artículos 1618 y 1621 *ibídem,* el primero de los cuales dice que conocida claramente la intención de los contratantes, como sucede en este caso, debe estarse a la interpretación que mejor cuadre a la naturaleza del mismo, el cual como es claro presupone el pago de la comisión en caso de que los comuneros vendieran sus derechos a terceros aún sin la intervención del comitente".

Se considera.

1. En nuestro derecho positivo impera el principio según el cual las leyes que regulan los contratos son normas supletorias de la voluntad de los contratantes, cuando éstos, al celebrarlos, acatan las prescripciones legales y respetan el orden público y las buenas costumbres.

El postulado de la normatividad de los actos jurídicos *se traduce, en esencia, en que legalmente ajustado un contrato se convierte en ley para las partes, quienes por consiguiente quedan obligadas a cumplir las prestaciones acordadas en él. Pero, como es apenas obvio, para que la fuerza obligatoria de la convención cumpla su objetivo propio, se impone, primeramente, determinar el contenido de la voluntad de los contratantes, puesto que el artículo 1618 del Código Civil estatuye que conocida claramente la intención de éstos "debe estarse a ella más que a lo literal de las plabras".*

2. Cuando por disentimiento de las partes en el punto se discute judicialmente el alcance de las relaciones surgidas de un contrato, corresponde al juzgador desentrañar el sentido o la significación de las declaraciones de voluntad, con el fin de determinar las obligaciones que por emanar de la convención han de asegurarse en su cumplimiento. En esta tarea, como lo ha expuesto insistentemente la doctrina, el criterio normativo que debe guiar al fallador ha de encaminarse siempre a darle efectividad a la voluntad convencional, indagando, dentro de los principios generales de la hermenéutica contractual, cuáles fueron realmente los objetivos y las finalidades que se propusieron los contratantes al ajustar el pacto.

Dentro de las reglas de hermenéutica que el juez debe observar al interpretar un contrato, figura la que dice que ha de considerar en conjunto las diversas estipulaciones que complementándose entre sí conducen a estructurar la convención. "Las cláusulas de un contrato —dice el artículo 1622 del Código Civil— se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad".

Por cuanto ordinariamente el contrato se presenta como una unidad, para conocer la verdadera voluntad de las partes deben apreciarse todas sus estipulaciones en forma coordinada y armónica; si con desprecio de este procedimiento se aislan unas de otras como entes autónomos,

cuando por si solas carecen de vida propia e independiente, se corre el riesgo de romper la unidad y de hacerle producir al negocio jurídico efectos contrarios a los que de su conjunto realmente se deducen.

3. Es posible, entonces, que al interpretar el contrato el juzgador se equivoque, ya porque supone estipulaciones que no contiene, ora porque ignore las que ciertamente expresa, o ya porque sacrifique el verdadero sentido de sus cláusulas con deducciones que contradicen la evidencia que ellas demuestran. En todos estos eventos, el yerro del fallador lo conduce a la violación de normas de derecho sustancial por aplicación indebida, pues dirime el conflicto con base en preceptos que no regulan la especie litigada, o por falta de aplicación a ella de las disposiciones pertinentes.

Pero siendo la interpretación de los contratos, como lo ha dicho la Corte, cuestión que corresponde a la discreta autonomía de los juzgadores de instancia, la que el Tribunal haga no es susceptible de modificarse en casación, sino al través de la demostración de un evidente error de hecho que ponga de manifiesto, palmaria u ostensiblemente, que ella es de tal alcance que contradice la evidencia. Por lo mismo, cuando el sentenciador al interpretar un contrato le asigna un sentido que no pugna con la objetividad que muestra el contexto de sus cláusulas, no puede decirse que incurre en manifiesto error fáctico.

4. En el caso de este juicio el Tribunal analizó en conjunto las estipulaciones contenidas en la carta de 24 de febrero de 1966, y dedujo que mediante ella "Escobar Alvarez y Cía. Ltda." propuso a la demandada y a otras personas "un programa de división o partición de una comunidad, que tenía como objetivo la demolición de un edificio, la partición del terreno en pequeños lotes y venta de todos ellos o de parte", ganando por esto una comisión del 2% "sobre el valor de todos los recaudos, suma que también se tendría que pagar en el evento de que hecha la partición en lotes los comuneros se quedaran con ellos o vendieran sus derechos correspondientes a terceros, aún sin la intervención de la sociedad proponente". Y como agregó que el plan propuesto no lo ejecutó ésta, ni directa ni indirectamente, "ya que no demolió el edificio, ni hizo el loteo, ni la venta de los lotes, ni la adjudicación de ellos a algunos comuneros, ni tampoco la demandada vendió a algún tercero el lote que le correspondiera o los derechos respectivos después de la ejecución del programa", concluyó que el valor de la comisión acordada no se debía.

La acusación se presenta por razón de que el sentenciador habría ignorado algunos de los párrafos de dicha carta, los cuales, al decir del recurrente, demuestran que el programa propuesto contenía como formas para terminar la comunidad, no solamente la división material y la venta total o parcial de los lotes pequeños, como lo deduce el *ad quem*, sino también la venta total o parcial del bien común sin previa división material.

5. La Corte, al examinar el contexto de la carta a que se ha hecho mérito y cotejarlo con las deducciones que al respecto sacó el sentenciador, no encuentra que éste le haya hecho decir al contrato lo que él no expresa, o que haya ignorado lo que el mismo afirma, ni mucho menos que sea arbitraria la conclusión a que llegó en torno a la determinación de las obligaciones que de él surgieron para las partes. En efecto:

Son párrafos de dicho documento los siguientes: "nos dirigimos a ustedes para tratar sobre la posible partición de esa comunidad, mediante la subdivisión de la propiedad"; "la divergencia de intereses entre los comunitarios y de apreciación en cuanto al valor de la propiedad, hace difícil ponerse de acuerdo con el valor de venta a terceros o entre ustedes mismos"; "el programa que proponemos a ustedes, de demolición del edificio, partición de la propiedad en pequeños lotes, y venta de todo o parte" presenta ventajas tales como que "no importa qué precio se ponga a cada uno de los lotes pues se podrá aceptar un promedio" y "mediante ajustes, a favor o en contra de los comuneros, algunos individualmente y otros en compañía, pueden quedarse con lotes en la propiedad"; "la gestión de fraccionamiento por venta o repartición de propiedades, puede iniciarse tan pronto se hayan conseguido los permisos municipales necesarios y esté pronta a iniciarse la demolición"; "colaboraríamos en todo lo posible para conseguir la pronta desocupación de los edificios"; y "si dos comunitarios o más desean el mismo lote, éste debe ser vendido al mejor postor, en bien de todos los propietarios".

Todas estas frases de la carta, ya sea que para su definición jurídica se les considere aisladamente o ya en conjunto, conducen a demostrar que la venta total o parcial a que en ella se alude no se refiere a los derechos que correspondían a los comuneros en la propiedad indivisa, sino a los lotes que resultarían después de la demolición del edificio y la partición ma-

terial del predio; e indican que fue intención inequívoca de las partes la de que la comisión pactada se causaría por la venta total o parcial de los lotes, resultantes de la división material o sobre la conservación de ellos, pero no sobre la venta de los derechos de los condóminos en el bien común antes de fraccionarlo.

Al analizar todo el texto de la carta de 24 de febrero de 1966 se llega a la conclusión, tal cual lo dedujo el Tribunal, que la voluntad de los contratantes determinó sus obligaciones recíprocas: la del demandante era la demolición del edificio, partición de la propiedad en pequeños lotes y venta de éstos en todo o en parte; y la de la demandada, pagar la comisión estipulada, con la salvedad de que no era necesario que la venta de los lotes se hiciera con intervención del comisionista.

6. Para que el Tribunal, en la interpretación que dio a la referida carta de 24 de febrero, hubiera incurrido en el error de hecho evidente que le imputa la censura, habría sido indispensable que en dicho documento apareciera consignada expresamente la estipulación de que la comisión pactada se causaría también en el caso de que los condóminos vendieran total o parcialmente sus derechos en el bien común, aún antes de ejecutarse el programa de "partición de la propiedad en pequeños lotes". Y como tal estipulación expresa no aparece en el texto de la misiva, debe seguirse que la conclusión a que llegó el sentenciador en torno a la determinación de las obligaciones de las partes no es arbitraria.

Se rechaza, pues, el cargo.

Segundo cargo.

1. Denúnciase en él violación indirecta, por falta de aplicación de los artículos 1602, 1603, 1618, 1621 inciso primero, 2143, 2184 del Código Civil, 331, 333 y 348 del Código de Comercio, como consecuencia del error de hecho en que habría incurrido el Tribunal en la apreciación de las respuestas cuarta y novena de las posiciones absueltas en el proceso por la demandada.

2. En desenvolvimiento de la censura el recurrente, después de transcribir la pregunta cuarta que en posiciones se formuló a la demandada, y las respuestas que ésta dio a dicha interrogación y a la novena, afirma que ella confesó, "con un agregado que constituye la interpretación que le asigna a la cláusula respectiva", la obligación de pagar a "Ecobar Alvarez y Cía. Ltda." una comisión del 2% sobre el precio en que vendiera sus derechos en el edificio Gonzalo Mejía; y que al ignorar el Tribunal esta confesión incurrió en error evidente de hecho, "sin que sea dado argumentar que se trataría de una confesión indivisible, puesto que el agregado es meramente interpretativo y no un hecho que desvirtúe en el campo fáctico aquel que se confesó, o sea la existencia de la obligación".

Se considera.

1. Si, como lo tiene dicho la doctrina de la Corte, el error de hecho por la inapreciación de una prueba, con virtualidad para quebrar en casación el fallo impugnado, solamente se presenta cuando el sentenciador no ha visto en el expediente una prueba que demuestre de modo evidente la existencia de un hecho que trascienda en la resolución del pleito, se impone afirmar que el manifiesto yerro fáctico que la censura le imputa al Tribunal no existe, porque aún en el evento de que hubiera considerado en su sentencia la confesión de la demandada rendida en las posiciones que absolvió, habría llegado a la misma conclusión, puesto que las manifestaciones que la absolvente hizo son todas corroborativas de la interpretación que el *ad quem* dio a la carta de 24 de febrero de 1966.

En efecto, al interrogar a la demandada mediante la pregunta cuarta de las posiciones que se le pidieron en el proceso, que si "es verdad que usted se obligó a pagar a Escobar Alvarez y Cía. Ltda. en la carta de 24 de febrero de 1966 una comisión del dos por ciento sobre el precio en que usted vendiera sus derechos en el edificio Gonzalo Mejía", respondió: "Es cierto que me obligué siempre y cuando que ellos hicieran desocupar, demoler, lotear y vender todo el lote junto, trabajo que no hicieron, por lo tanto no debo comisión"; y al absolver la posición novena, en la cual se le preguntó que si "es verdad que por consiguiente usted está obligada a pagar a Escobar Alvarez & Cía. Ltda. una comisión del dos por ciento del precio en que usted vendió sus derechos en la propiedad denominada edificio Mejía", ella contestó: "Es cierto pero con la condición que ya dije en una de las primeras preguntas de este interrogatorio". (Cua. 3º, Fols. 26 y 26 v.).

2. En estas manifestaciones la demandada reconoce que se obligó a pagar a su demandante la comisión del dos por ciento sobre el precio de la venta de sus derechos en la comunidad, pero explicó que según el contrato plasmado en la referida carta de 24 de febrero su obligación estaba condicionada a que "Escobar Alvarez y Cía. Ltda." ejecutara determinados he-

chos. Este último aserto está corroborado con la prueba principal allegada al proceso, por lo cual debe aceptarse en su integridad, puesto que, como lo ha dicho la Corte, "la parte que como prueba del hecho que alega *sólo puede aducir la declaración de la contraparte,* debe aceptarla o rechazarla pero no puede dividirla o modificarla. Así, cuando el confesante reconoce el hecho afirmado por la contraparte, pero agregándole modificaciones que alteran la naturaleza jurídica del mismo, no puede la parte que ha pedido la declaración admitir simplemente el reconocimiento del hecho, rechazando las modificaciones; solo puede dividirse la confesión cuando el confesante agrega un hecho nuevo que modifique, restrinja o extinga las consecuencias jurídicas del hecho confesado y que no tengan estrecha relación con éste: en tal caso, la prueba de ese hecho le corresponde al confesante". (G. J. LXXX, 753).

Por lo dicho, se desestima el cargo.

Resolución.

Habida cuenta de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia de fecha veintitrés (23) de agosto de mil novecientos setenta y uno (1971), proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

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

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

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

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

FILIACION NATURAL

Indicio de relaciones sexuales.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, D. E., diez y seis de junio de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Ernesto Cediel Angel).

Mediante sentencia fechada el 8 de marzo postrero, la Corte casó la de 16 de junio de 1971, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja en este proceso, y haciendo uso de la facultad que le confiere el artículo 375, inciso tercero, del Código de Procedimiento Civil, dispuso que antes de dictar el fallo de instancia se recibiera declaración a Teodolindo Bohórquez, María Santos Gamboa de Buitrago, Vitalia Monroy de Gámez, María del Tránsito Rojas de Díaz, Alejandro Rojas Buitrago y Marco Antonio Rojas, en relación con los hechos de la demanda.

Habiéndose recibido, por medio de comisionado, el testimonio de las personas dichas, procede la Corte a dictar el fallo que corresponda.

Pretensión y pruebas.

Frente a José Domingo Rojas, "heredero reconocido en el sucesorio de Juan Mora Huertas", pretenden los demandantes Pedro José Gamboa, María Angustias Gamboa de Morales y Ana Celmira Gamboa de Díaz, se les declare hijos naturales del citado Juan Mora Huertas, con derecho a recoger su herencia, a cuyo efecto invocan la existencia de relaciones sexuales entre éste y Ana Celia Gamboa "por los años de mil novecientos treinta y uno en adelante", y la posesión notoria del estado civil de hijos naturales de los demandantes respecto del presunto padre natural.

Como para la fecha en que se trabó la relación procesal en este negocio, 17 de julio de 1969, se hallaba ya vigente la Ley 75 de 1968 que reformó algunos de los preceptos de la 45 de 1936, entre ellos el que señalaba las presunciones que daban lugar a la declaración judicial de paternidad natural, es a la luz de la nueva regulación que ha de decidirse el caso *sub júdice*. Sobre esta base procede la Corte a examinar, por separado, las dos causales invocadas.

A. *Relaciones sexuales.*

Tocante con esta causal, el primitivo texto de la Ley 45 de 1936 estatuía:

"Hay lugar a declarar judicialmente la paternidad natural: ...4º En el caso de que entre el presunto padre y la madre hayan existido, de manera notoria, relaciones sexuales estables, aunque no hayan tenido comunidad de habitación y siempre que el hijo hubiere nacido después de ciento ochenta días, contados desde que empezaron tales relaciones, o dentro de los trescientos días siguientes a aquel en que cesaron.

"...En el caso del ordinal 4º de este artículo, no se hará la declaración de paternidad, si el demandado demuestra que durante todo el tiempo en el cual se presume la concepción, según el artículo 92 del Código Civil, estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer, o prueba que dentro de dicho tiempo ésta tuvo relaciones carnales con otro hombre".

Este precepto fue modificado por el artículo 6º de la Ley 75 de 1968, en los siguientes términos:

"El artículo 4 de la Ley 45 de 1936 quedará así:

"Se presume la paternidad natural y hay lugar a declararla judicialmente: ...4º En el caso de que entre el presunto padre y la madre hayan existido relaciones sexuales en la época en que según el artículo 92 del Código Civil pudo tener lugar la concepción.

"Dichas relaciones podrán inferirse del trato personal y social entre la madre y el presunto padre, apreciado dentro de las circunstancias en que tuvo lugar y según sus antecedentes, y

teniendo en cuenta su naturaleza, intimidad y continuidad.

"En el caso de este ordinal no se hará la declaración si el demandado demuestra la imposibilidad física en que estuvo para engendrar durante el tiempo en que pudo tener lugar la concepción, o si prueba, en los términos indicados en el inciso anterior, que en la misma época la madre tuvo relaciones de la misma índole con otro u otros hombres, a menos de acreditarse que aquél por actos positivos acogió al hijo como suyo".

Basta la sola lectura de los dos textos transcritos, para notar al rompe la disparidad de criterios entre el legislador de 1936 y el de 1968 por lo que a la índole de las relaciones sexuales, como fundamento de la presunción de paternidad, atañe, pues al paso que el primero exigía que hubieran sido estables y notorias, *y que la época de la concepción del hijo coincidiera con la existencia de tales relaciones, el segundo prescinde de aquellas dos características para establecer, como supuesto de hecho de tal presunción, la sola existencia de relaciones sexuales entre el presunto padre y la madre en la época en que según el artículo 92 del Código Civil pudo tener lugar la concepción.*

De acuerdo con el precepto original, no era suficiente para tener por cierto el hecho presumido, el de la paternidad, la demostración de que entre el presunto padre y la madre existieron relaciones sexuales en la época en que legalmente se presume la concepción, sino que era menester acreditar, además, la estabilidad y notoriedad de las mismas, de acuerdo con el sentido y el alcance que a tales exigencias le dio la doctrina jurisprudencial de la Corte en reiteradas decisiones. Hoy día, de conformidad con el nuevo texto, basta que por cualquiera de los medios probatorios admitidos por la ley se produzca certeza en el juez acerca de la existencia de las relaciones sexuales, sin calificativos, en la época en que se presume la concepción, para que aquél dé por cierto el hecho presumido y deba, en consecuencia, hacer la declaración de paternidad natural.

Por el carácter íntimo que tiene el trato sexual, no puede exigirse, para dar por demostrados con prueba testifical relaciones de esa índole, que los testigos que deponen acerca de ellas hayan presenciado los actos constitutivos de las mismas, siendo suficiente, para ese efecto, que sus declaraciones versen sobre hechos indicadores de tales relaciones, como reiteradamente lo ha dicho la Corte. Lo cual significa que, salvo el caso de que el presunto padre natural confiese la existencia de las relaciones, es generalmente con prueba indiciaria como se demuestra ésta.

Ningún precepto legal ni de lógica jurídica se opone, desde luego, a que el supuesto de hecho de la presunción de paternidad natural, consistente en las relaciones sexuales, pueda establecerse mediante prueba indiciaria, si satisface las exigencias del artículo 250 del Código de Procedimiento Civil, y de ahí que el segundo inciso del precitado numeral faculte al juez para tener como hecho indicador de aquéllas "el trato personal y social entre la madre y el presunto padre, apreciado dentro de las circunstancias en que tuvo lugar y según sus antecedentes, y teniendo en cuenta su naturaleza, intimidad y continuidad".

Sea del caso notar, a este propósito, la manifiesta similitud existente entre el precepto transcrito y el del ordinal 5º del mismo artículo 4º, que a la letra dice: "Se presume la paternidad natural y hay lugar a declararla judicialmente: ...5º Si el trato personal y social dado por el presunto padre a la madre durante el embarazo y parto, demostrado con hechos fidedignos, fuere, por sus características, ciertamente indicativo de la parternidad, siendo aplicables en lo pertinente las excepciones previstas en el inciso final del artículo anterior".

Como fácilmente puede apreciarse, esas dos disposiciones sólo difieren en algunos detalles de redacción, pero en esencia son iguales. La una, en efecto, permite tener como indicio de relaciones sexuales el "trato personal y social entre la madre y el presunto padre, *apreciado dentro de las circunstancias en que tuvo lugar, y según sus antecedentes, y teniendo en cuenta su naturaleza, intimidad y continuidad"; la otra funda la presunción de paternidad en el "trato personal y social* dado por el presunto padre a la madre durante el embarazo y parto, *demostrado con hechos fidedignos", si "fuere, por sus características, ciertamente indicativo de la paternidad". (Ha subrayado la Corte).*

Como puede observarse, la diferencia que a primera vista se ofrece entre esas dos disposiciones radica en que la presunción de paternidad, *consagrada en el numeral 5, descansa en el trato personal y social* dado *por el presunto padre a la madre durante el embarazo y parto, en tanto que el* indicio *de relaciones sexuales, a que alude el inciso 2º del numeral 4, se hace consistir en el trato personal y social* entre *la madre y el presunto padre, en la época en que se presume la concepción. Tal diferencia, empero, es más de forma que de fondo, pues, en*

primer término, el trato personal y social entre *la madre y el presunto padre comprende obviamente el que éste le haya* dado *a aquélla, que es el que realmente interesa para inferir de él, en un caso, la existencia de las relaciones sexuales, o para tener por cierta la paternidad natural, en el otro, por presumirla la ley con base en él; y en segundo lugar, los términos en que se halla concebido el inciso segundo precitado permitiría al juez tener como indicio de relaciones sexuales el supuesto de hecho de la presunción de paternidad del numeral 5, o sea el trato personal y social dado por el presunto padre a la madre durante el embarazo y parto.*

Podría, asimismo, encontrarse otra diferencia entre tales preceptos en el hecho de que el legislador, al referirse al indicio de relaciones sexuales, exprese que el trato "ha de ser apreciado dentro de las circunstancias en que tuvo lugar, y según sus antecedentes, y teniendo en cuenta su naturaleza, intimidad y continuidad", y que al establecer la presunción de paternidad natural exija que ese trato esté "demostrado con hechos fidedignos", y que sea, "por sus características, ciertamente indicativo de la paternidad".

Tal diferencia, al igual que la anteriormente notada, es meramente formal, puesto que tanto en un caso como en el otro el referido trato personal y social debe estar demostrado con hechos fidedignos, y porque las circunstancias en que tuvo lugar, sus antecedentes, su naturaleza, su intimidad y continuidad, a que alude la primera norma, constituyen hechos fidedignos que, por sus características, son ciertamente indicativos de paternidad.

La circunstancia de que el juez pueda tener como indicios de relaciones sexuales, según el inciso segundo del numeral 4 memorado, hechos que al tenor del numeral 5 hacen presumir la paternidad natural; y de que pueda aplicar esta presunción con apoyo en hechos que serían indicios de relaciones sexuales (el trato personal y social dado por el presunto padre a la madre durante el embarazo y parto), ponen de presente la falta de técnica legislativa en que incurrió el legislador de 1968 al permitir que un mismo supuesto de hecho —trato personal y social del presunto padre y la madre— sirva a la vez como indicio de relaciones sexuales y como presunción de paternidad natural.

Hechas las anteriores observaciones, procede la Corte a examinar la prueba testimonial allegada al proceso a intento de probar las relaciones sexuales invocadas en la demanda como fundamento de la declaración de paternidad natural en ella impetrada.

De los seis testimonios que la Corte ordenó recibir, según se dijo, hay que descartar los que aparecen rendidos por Teodolindo Bohórquez (f. 18), Vitalia Monroy de Gámez (f. 22), María del Tránsito Rojas de Díaz (f. 23 v.) y Alejandro Rojas Buitrago (f. 25), pues todos ellos manifestaron al comisionado no haber llevado la cédula ni saber su número. No se cumplió en relación con tales testigos la formalidad de su identificación exigida por el artículo 227 del Código de Procedimiento Civil, y, por lo mismo, debe desestimarse su declaración.

En cuanto a los dos restantes, María Santos Gamboa de Buitrago y Marco Antonio Rojas, cabe observar que si bien es cierto que deponen sobre algunos hechos que serían reveladores de relaciones sexuales entre la madre de los demandantes y el presunto padre, se advierte, sin embargo, en sus testimonios notoria imprecisión en cuanto al tiempo en que aquéllas habrían ocurrido, lo que obviamente las hace desestimables por no poder establecerse si la época de la concepción de los demandantes coincide o no con tales relaciones. Si, como aparece de las respectivas partidas de nacimiento, Ana Celmira nació el 28 de noviembre de 1931, María Angustias el 1º de abril de 1935 y Pedro José el 15 de septiembre de 1941, incumbía a éstos probar plenamente la existencia de aquellas relaciones en la época en que según el artículo 92 del Código Civil se presume la concepción, o sea en el tiempo comprendido entre el 28 de enero y el 28 de mayo de 1931, entre el 1º de junio y el 1º de octubre de 1934, y entre el 15 de noviembre de 1940 y el 15 de marzo de 1941, y de los dos testimonios en cuestión no aparece probado ese hecho.

En efecto:

María Santos Gamboa de Buitrago declara en lo pertinente: "A mí me parece de que el señor Juan Mora fue mi compadre porque yo le mandé bautizar el hijo que hubo donde mi comadre Ana Celia Gamboa y él me respetaba como propia comadre, él donde quiera que me encontrara, me saludaba como comadre, porque él no negó de que el niño era de él, de cuenta de él, y también había oído decir de que él tenía su parranda con la comadre Ana Celia, eso de bautizado el jovencito me parece que hace desde el año de mil novecientos cuarenta o cuarenta y uno, cuando mandé bautizar el niño entonces el Padre Ferro él le preguntó a la comadre Ana Celia que de quién era el niño y élla le dijo de quién era, entonces luego el Padre me dijo a mí

que tenía que ser responsable de ahí en adelante para que no se juntaran más el compadre Juan y la comadre Ana Celia y después entonces los veía de una vez que otra tomando guarapo, y la comadre Ana Celia me dijo que toda la familia que tenía era del compadre Juan y el compadre Juan él le había dicho a mi esposo que le adjudicaban a él tres familias, pero siempre como yo había oído decir que las tres familias eran cuenta del compadre Juan, al mismo tiempo no se puede saber porque eso son cosas se saben, ahí además el ahijado mío siempre le había dado mi compadre Juan por ahí donde trabajar y entonces lo reconocía algo así como hijo tal vez por lo pronto no es más... Que ellos para mejor quedar se veían que venían por aquí *al* pueblo y se trataban, por ahí se veían en una tienda tomando, o también así por la noche, me consta que como unas dos veces élla lo esperaba para irse para la casa, ellos propiamente no vivieron en junta, élla a veces le prestaba el favor de ordeñarle la vaquita, o que le asistía para obrero, que contaban porque yo fui a presenciar o no presencié que estaba por allá, sólo porque contaban que élla le asistía para obreros y le ordeñaba la vaquita, no me consta que hayan vivido en una misma casa, eso si como se dice los amores eran llevaderos por ahí, poco más o menos como del año de mil novecientos treinta y uno para acá fue que oí eso, por aquí en el pueblo sabía de que ellos tendrían por ahí sus relaciones, yo no vivía en la misma vereda de éllos, yo he vivido siempre en la vereda del Centro".

Como se ve, la testigo se limita a decir que su ahijado fue bautizado en 1940 o en 1941, y que poco más o menos de 1931 para acá fue que oyó decir que Juan y Ana Celia tenían amores, pero su testimonio no permite establecer cuándo comenzaron y cuándo terminaron las relaciones sexuales a que alude en su declaración, ni mucho menos, si éstas existían en la época en que legalmente se presume la concepción de los demandantes.

Marco Antonio Rojas depone: "A mí me consta únicamente que conocí a ese hombre y a esa mujer viviendo al rededor de treinta y cinco años, y la tenía viviendo en predios de él y élla le asistía en alimentación, para obreros y en ropa, ahí del uno al otro iban a la casa porque habitaban a una distancia como de tres cuadras, eso si no los conocí que vivieran como casados legítimamente, pero sí iban de la casa del uno a la del otro, y una vez él nos contó en chaques de chanza que Ana Celmira y María Angustias y José Juan eran hijos de él, Ana Celmira y María Angustias las tuvo ahí en la casa donde estaba viviendo Ana Celia, y José Juan lo hubo ya en la casa donde se pasó Ana Celia, ya en lo propio de élla, no recuerdo qué más haya dicho yo en la primera declaración que yo rendí aquí, no me consta más... Yo vi que se trataban y eso es lo que me consta, no recuerdo en qué año hayan cogido la amistad, porque él tenía una finca en Pie de Peña y él se vino para Llano Grande después y quedamos vecinos".

Tampoco se establece con este testimonio la temporalidad de las relaciones sexuales que habrían existido, al decir del testigo, entre Juan y Ana Celia, pues, de una parte, se limita a afirmar que los conocí "viviendo al rededor de treinta y cinco años", sin dar razón alguna de su dicho, y de otra manifiesta que no recuerda "en qué año hayan cogido la amistad". Además se contradice en relación con el testimonio rendido en primera instancia, pues en esa oportunidad expresó que Mora Huertas "hizo vida marital con Ana Celia Gamboa y seguro eso hace más de diez años", y que "no me consta desde cuándo estaban haciendo vida marital, pero sí hace unos veinte años que los vi haciendo vida marital". No sabe el testigo cuándo comenzaron las relaciones sexuales entre Juan y Ana Celia, ni cuánto duraron, pues inicialmente dijo que diez años, luego que veinte, y, finalmente, que treinta y cinco, y tampoco declara sobre la época en que terminaron.

No se cumplen, por lo dicho, las exigencias del artículo 4º, numeral 4, de la Ley 45 de 1936 para que sea procedente la presunción de paternidad natural, ya que no se probó "que entre el presunto padre y la madre hayan existido relaciones sexuales *en la época en que según el artículo 92 del Código Civil pueda tener lugar la concepción*", y, en consecuencia no puede hacerse con fundamento en ese precepto la declaración judicial de paternidad natural suplicada por los demandantes.

B. *Posesión notoria.*

Presúmese también la paternidad natural y hay lugar a declararla judicialmente, según el nuevo texto del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, "cuando se acredite la posesión notoria del estado de hijo" (numeral 6). Dicha posesión, que según el artículo 399 del Código Civil ha de probarse por un conjunto de testimonios fidedignos que la establezcan de un modo irrefragable, "consiste en que el respectivo padre o madre haya tratado al hijo como tal, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento,

y en que sus deudos y amigos o el vecindario del domicilio en general, lo hayan reputado como hijo de dicho padre o madre, a virtud de aquel tratamiento''. (L. 45 de 1936, art. 6º). Y según el 398 del Código Civil, con la modificación que le introdujo el 9º de la Ley 75 de 1968, ''para que la posesión notoria del estado civil se reciba como prueba de dicho estado, deberá haber durado cinco años continuos por lo menos''.

De esta suerte, el conjunto de testimonios fidedignos ha de producir certeza en el juzgador acerca de los elementos constitutivos de la posesión notoria del estado de hijo natural a que aluden aquellos preceptos —tratamiento, fama y tiempo—, para que pueda dar por cierto el hecho de la paternidad que con fundamento en tal posesión presume la ley, y acoger, consiguientemente, la pretensión deducida en la demanda.

Acontece, empero, que los dos únicos testigos cuyas declaraciones pueden ser estimadas por haberse recibido en legal forma, según se expresó al examinar la causal referente a las relaciones sexuales, María Santos Gamboa de Buitrago y Marco Antonio Rojas, no aprueban la posesión notoria del estado civil de hijos naturales de los demandantes respecto del presunto padre natural, mucho menos de un modo irrefragable, pues, de una parte, no les consta que éste hubiera atendido a la subsistencia, educación y establecimiento de aquéllos, y de otra, sus testimonios son muy vagos en cuanto a la fama y al tiempo de duración del trato.

Es así como María Santos Gamboa de Buitrago declara en el punto que ''quién sabe si les daría de comer o demás porque como no asistía en la misma vereda no puedo saber, lo único que sabía *porque me contaba mi ahijado* era que le daba donde trabajar''. Y al ser interrogada para que dijera si le constaba en forma personal y directa que Juan Mora les hubiera proporcionado a los demandantes alimentos, vestido, dinero y educación, contestó: ''No eso sí no he sabido, únicamente lo que el ahijado había dicho de que le daba dónde trabajar, yo no sé de que él les hubiera dado en plata o en ganado o lo que fuera, eso sí no sé porque no fui hallada a eso''. Y en relación con la fama se limitó a decir: ''Para mí tengo que como había oído decir que eran hijos del compadre Juan, quién sabe para los otros vecinos cómo sería, yo no me ponía a preguntar''.

Y Como Marco Antonio Rojas depone al respecto: ''Sí trataba como a hijos a los muchachos, los reconocía por hijos, a José Juan más bien le daba dónde trabajar pero en alimentos sí no me consta que les daba mucha cosa, los reprendía como a hijos, los regañaba, les decía que aprendieran a ahorrar plata, que aprendieran a trabajar conforme él lo había hecho, por ahí aproximadamente duraría mientras los muchachos tuvieron uso de razón... No me consta que les haya dado plata, alimentación ni vestido, estudio tampoco, no me consta que me los haya presentado como hijos de él ni a los demás ni a mí... Sí como no, eso no le contó a todos los vecinos, pero sí sabían algunos que eran hijos de él, yo supe porque él mismo me contó a mí en chaques de chanza, me dijo que eran hijos de él, muchos amigos lo sabían y los vecinos sabían que eran hijos de él, porque un hermano del finado Juan entonces le hacía la tiradera al finado Juan y entonces se regaba el cuento''.

Como puede apreciarse, estos testimonios están lejos de constituir prueba apodíctica de los elementos constitutivos de la posesión notoria del estado civil de hijos naturales pretendido por los demandantes, dadas su imprecisión y falta de responsabilidad, y, por lo mismo, al no haberse demostrado el fundamento de la presunción de paternidad natural consagrada en el numeral 6 de la Ley 45 de 1936, las súplicas de la demanda no pueden recibir despacho favorable.

Resolución:

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *revoca* la sentencia de catorce (14) de octubre de mil novecientos setenta (1970), proferida en este proceso por el Juzgado Civil del Circuito de Garagoa, y en su lugar resuelve:

Primero. Niéganse las peticiones de la demanda, y, en consecuencia, absuélvase al demandado de los cargos que se le formularon en ella.

Segundo. Condénase a los demandantes en las costas de ambas instancias.

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

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

Heriberto Caycedo M., Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
SALA DE CASACION CIVIL

FILIACION NATURAL

Impugnación de la sentencia del Juez de Menores.—Excepciones a la presunción de paternidad por relaciones sexuales.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, D. E., diez y seis de junio de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor José María Esguerra Samper).

La Corte procede a decidir el recurso de casación interpuesto por el demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el 2 de abril de 1971, en este proceso ordinario que promovió Oscar Gómez Vargas contra la menor Alejandra Patricia Gómez o Giraldo, representada por su madre Martha Cecilia (María Cecilia) Giraldo Ríos.

I. *La litis.*

1. El Juzgado Primero Civil de Menores de Medellín, en sentencia fechada el 5 de diciembre de 1967, puso fin al proceso de alimentos y de investigación de la paternidad natural promovido por Martha Cecilia o María Cecilia Giraldo Ríos contra José Oscar Gómez Vargas, declarando que la menor Alejandra Patricia es hija natural de éste y condenándolo "al pago de setenta y cinco pesos ($ 75.00) semanales y anticipados como cuota para la congrua subsistencia de la menor".

2. Gómez Vargas, en la demanda que dio origen a este proceso, con apoyo en los artículos 94 a 96 de la Ley 83 de 1946, solicitó que se hiciesen los pronunciamientos que a continuación se sintetizan:

A) Que la mencionada sentencia proferida por el Juez de Menores de Medellín "es revisable";

B) Que como consecuencia se declarase que el demandante "no es el padre de la menor Alejandra Patricia hija de Martha Cecilia Giraldo Ríos"; y

C) Que en tal virtud, "no tiene que pagar los alimentos ordenados en la sentencia".

3. El demandante afirmó no ser el padre de la citada menor y fundó las súplicas mencionadas en los hechos que en seguida se resumen:

a) Martha Cecilia "abandonó el hogar desde los trece (13) años (en la actualidad tiene más de 33) y ha dedicado su vida a la prostitución" y por tanto ha tenido "relaciones sexuales con infinidad de personas, un sinnúmero de abortos y a pesar de tan inminentes actos y hechos (sic) en forma sorprendente sin tener en cuenta la clase de vida analizada se decretó una paternidad, desconociendo todas las normas legales, de justicia, de equidad, desconociendo el sistema probatorio y las más elementales normas y jurisprudencia, tan reiteradas en estos casos";

b) Existe en el mencionado juicio "certificación sobre el ejercicio de la prostitución de Martha Cecilia... igualmente record (sic) de parte de los abortos atendidos en el Hospital de San Vicente de Paúl";

c) Las declaraciones presentadas por la demandante en el proceso de paternidad provienen de "tres... compañeras de prostitución, cómo plenamente se probó en el juicio"; las que adujo Gómez Vargas demuestran "la conducta amoral y la vida de prostitución de dicha mujer";

d) "En ningún momento se podría decretar la paternidad de Oscar Gómez Vargas por los innumerables hechos probados ya que las casas lenosinias (sic) son simplemente casas de negocios, donde se explota el vicio y la ilicitud";

e) "La sentencia... es revisable ya que no existen postulados del caso para declarar una paternidad. Es más, la sentencia anotada deja perplejos a quienes conocen sobre el caso..., porque solo existe (sic) en el expediente pruebas sobre un caso de prostitución y no de paternidad como se ha querido tener... porque jurí-

dicamente no existen bases ni fundamentos legales para decretar una paternidad".

4. Con oposición de la parte demandada tramitóse la primera instancia que culminó con la sentencia proferida por el Juzgado 1º Civil del Circuito de Medellín, el 14 de noviembre de 1969, en la cual se accedió a todas las súplicas impetradas por el actor y se condenó en costas a la demandada. Esta apeló de dicho fallo y obtuvo que fuese revocado en todas sus partes y que se negase la revisión solicitada. Gómez Vargas inconforme con esa decisión del Tribunal, interpuso el recurso extraordinario que ahora se decide.

II. *La sentencia acusada.*

El Tribunal comienza por reseñar la actuación en este proceso, resume la que se surtió ante el Juzgado de Menores, de cuya sentencia transcribe los aspectos más importantes del análisis probatorio que allí se hace y exponen, para refutarlas, las razones que llevaron al *a quo* a acceder a las súplicas de la demanda.

En seguida, en un capítulo que denomina "consideraciones para resolver la apelación" luego de transcribir y prohijar los fundamentos que tuvo el Juez de Menores para declarar la paternidad natural de la niña, con apoyo en los artículos 4º numeral 4º y 5º (sic) de la Ley 45 de 1936 vigentes a la sazón, dice: "no cree el Tribunal que las preindicadas razones del *a quo* como tampoco las puntualizadas por el apoderado del actor en sus alegatos de primera y segunda instancias, sean valederas para desvirtuar la prueba que sirvió de base al Juez de Menores para dictar la sentencia cuya revisión se pretende, ni la prueba que el curador de la menor demandada aportó en la primera instancia de este proceso...". "En su demanda presentada ante el Juez de Menores —agrega—, el Asistente Legal de la División de Menores afirmó que a consecuencia de las relaciones sexuales que por espacio de tres años sostuvieron José Oscar Gómez Vargas y la madre de la menor Alejandra Patricia, nació ésta el 14 de septiembre de 1965, según se desprende del acta bautismal correspondiente, en que a la menor se la hizo figurar como hija legítima de aquéllos, con designación de los abuelos paternos..., afirmó además que de esas relaciones nació otra criatura la cual murió y que Gómez Vargas suministró todo lo necesario, como clínica, médico, drogas y alimentación de la madre y de su nombrada segunda hija hasta cuando ésta contó con dos meses y medio de edad, circunstancias todas estas acerca de las cuales y de muchas otras se adujo abundante prueba testimonial, con la que quedaron acreditados plenamente hechos que son claramente implicativos de las relaciones sexuales habidas entre Martha Cecilia Giraldo y Oscar Gómez Vargas durante la época, comprendida entre el 14 de noviembre de 1964 y el 14 de marzo de 1965, dentro de la cual y según resulta de aplicar lo dispuesto en los artículos 92 del Código Civil y 4º (ordinal 4º) de la Ley 45 de 1936, hay lugar a colegir que tuvo lugar la concepción de la dicha Alejandra Patricia, nacida, como acaba de decirse, el 14 de septiembre de 1965. Las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que tuvieron ocurrencia los hechos referidos son las de que dan cuenta los testimonios rendidos al respecto y que pasan a extractarse...".

Más adelante resume y analiza el sentenciador las declaraciones de Nancy Choperena, Ofelia Vélez, Teresa Pérez Hoyos, Gloria Cano, del médico doctor Oscar Botero Correa y de Doralisa Cortés, y estima que todas ellas conducen a demostrar la conclusión a que llegó el Juez de Menores, o sea que Alejandra Patricia fue fruto de las relaciones sexuales habidas entre Oscar y Martha Cecilia.

Pondera con igual celo las pruebas aducidas por el demandante en este proceso, tales como las posiciones absueltas por Martha Cecilia, un certificado expedido por el Departamento de Impuestos Municipales de Medellín el 31 de julio de 1969, acerca de que ésta última no figura como contribuyente de industria y comercio por un establecimiento situado en la carrera 50-C Nº 67-37 de Medellín, ni que hubiera estado inscrita anteriormente, las declaraciones de numerosos testigos y las "certificaciones" expedidas por el Inspector Néstor Salgado y el Hospital de San Vicente de Paúl, de todas las cuales concluye que "forzoso se hace tener por cierto que ésta es y ha sido mujer de vida libre, por resultar así evidenciado que ella vive en zona de prostitución, actividad esta de que ha sido empresaria, y que antes de entrar en relaciones con Oscar Gómez Vargas llevó vida marital con Martín Vélez Botero, de quien tuvo cuatro hijos, y con Clímaco Cuevas". Sin embargo, agrega el Tribunal, "con esas probanzas no se puede dar por demostrado que en el tiempo y de acuerdo con la ley, y teniendo por punto de referencia la fecha de nacimiento de... Alejandra Patricia, se presume haber tenido lugar la concepción de ésta, su madre, la citada Martha Cecilia Giraldo, haya tenido relaciones carnales con otros hombres, porque acerca de la ocurrencia de tales relaciones sexuales con-

comitantes existen *fuertes motivos de duda,* ya que al tiempo que los testigos arriba nombrados están acordes en declarar que Martha Cecilia (o María Cecilia) Giraldo comerciaba con su cuerpo por los años de 1964 y 1965, los testigos por parte de aquélla y de la menor Alejandra Patricia son contestes en testimoniar que Martha Cecilia Giraldo le guardó fidelidad a Oscar Gómez Vargas durante todo el tiempo en que mantuvo relaciones sexuales con él, entonces la duda así fundada debe resolverse en favor de la parte demandada en este juicio, en la aplicación a lo dispuesto por el artículo 601 del Código Judicial...".

"A juicio del Tribunal —se lee en la sentencia— los hechos capitales, consistente el uno en las relaciones sexuales ocurridas de manera estable y notoria entre el señor Oscar Gómez Vargas y la mujer Martha Cecilia (o María Cecilia) Giraldo Ríos madre de la menor Alejandra Patricia, y consistente el otro en ser esta última el fruto de tales relaciones sexuales, están perfectamente demostrados...". En respaldo de esta afirmación, hace algunas consideraciones doctrinarias en cuanto a que la prueba de las relaciones sexuales es siempre "indiciaria o circunstancial", dado que no es posible que los testigos hayan presenciado los hechos que las constituyen, y dice "que para el caso en estudio, esa prueba indiciaria es protuberante, conforme así resulta patentizado en autos, con las siguientes ocurrencias acreditadas como va a decidirse y que hablan de la verdad del hecho de haber convivido el nombrado Oscar Gómez con la citada Martha Cecilia Giraldo y haber acogido aquél como hija suya a la menor Alejandra Patricia...".

Con el fin indicado, pondera en seguida el informe del antiguo dueño de la funeraria San Francisco de Asís acerca de que "fue Oscar Gómez Vargas quien pagó el entierro de la primera hija de Martha Cecilia que llevaba el mismo nombre de Alejandra Patricia" y que según la partida de defunción respectiva... figura como hija de aquél; el informe dado por la corporación del cementerio de San Pedro acerca de la inhumación del cadáver de la citada niña, la cual figura como hija de Oscar y de Martha, y expresa que ambos informes obraron en el proceso seguido ante el Juzgado de Menores con conocimiento de Oscar Gómez y sin que éste hubiese tratado en forma alguna de desconocer la autenticidad de los hechos así informados"; dice también que la muerte de la niña en referencia fue certificada por el mismo Oscar Gómez; destaca el hecho atestiguado por el médico Oscar Botero Correa, consistente en haber prestado sus servicios profesionales a Martha Cecilia Giraldo cuando nació la niña Alejandra Patricia y "que no fue objeto de contradicción alguna por parte de Oscar Gómez Vargas"; menciona un telefonema atribuido al mismo Gómez Vargas y dirigido por éste a Martha Giraldo el 12 de julio de 1964 que dice: "Saludos y abrazos. Estoy bien - Oscar"; e inclusive el dicho de Flavio Gómez Vargas hermano del actor en el sentido de que Martha Cecilia "a altas horas de la noche solía llamar por teléfono a su casa llegando a tratarlo a él y a su familia con palabras soeces lo que obviamente coadyuva la inferencia de que entre aquélla y el actor existieron las relaciones sexuales de que se ha hecho mérito".

El análisis que hace de las pruebas que acaban de indicarse, lleva al Tribunal a concluir que "el preanotado conjunto de inferencias indiciarias no hace otra cosa que sacar verdaderos los testimonios que en cuanto a las relaciones sexuales entre Oscar Gómez Vargas y Martha Cecilia (o María Cecilia) Giraldo Ríos y a la paternidad natural de aquél con respecto a la menor Alejandra Patricia rindieron declaraciones en este juicio, en el adelantado ante el Juzgado de Menores... testigos cuya descalificación fue el objeto de buena parte de los esfuerzos probatorios hechos por la parte contraria que, según se ha visto, no logró ese cometido". Finalmente observa que los dictámenes periciales producidos a petición del curador de la menor demandada no arrojaron ningún resultado positivo "que permitiera, con base en ellos afirmar conclusión alguna en uno u otro sentido".

III. *El recurso extraordinario.*

El impugnante formula dos cargos contra la sentencia de que se ha hecho mérito, ambos por la causal primera, los cuales se estudian en su orden, así:

Primer cargo.

"Violación de los artículos 94 de la Ley 83 de 1946, 40 de la Ley 153 de 1887 y 4º numeral 4º de la Ley 45 de 1936 (Art. 5, texto Ley 75 de 1968), los dos primeros por falta de aplicación y el último por aplicación indebida derivada de error de hecho en la apreciación de las pruebas que adelante especifico".

Afirma el censor que la sentencia del Juzgado de Menores, apoyada únicamente en la causal 4ª del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, "hizo la declaración sobre la base de que Gómez Vargas convivió con la Giraldo durante tres años y

cuando la niña tuvo la edad antes citada no volvió a tener ningún contacto con ella, no obstante lo cual torpemente dijo que la sentencia también se fundaba en la causal 5ª de la citada norma", pero que lo cierto es que el fallo cuya revisión pretende, tuvo como apoyo las "relaciones sexuales entre la madre y el presunto padre durante el tiempo en que la ley presume que tuvo lugar la concepción, o sea no menos de ciento ochenta días ni más de trescientos contados hacia atrás desde la media noche del 14 de septiembre de 1965 fecha del nacimiento de la niña..., esto es, la fecha límite sería del 14 de marzo de dicho año. Como en este proceso se pretende dejar sin efecto tal situación en virtud de una declaración negativa, es decir de que Oscar Gómez Vargas no es el padre de Alejandra Patricia, aún teniendo en cuenta las nuevas probanzas, se desprende que el punto debatido fue el mismo que el resuelto por el Juzgado de Menores, por lo cual debe precisarse en primer lugar el fundamento de la sentencia acusada".

Transcribe adelante un párrafo de la sentencia en el cual dice el Tribunal que las testigos Nancy Choperena, Ofelia Vélez, Teresa Pérez, Gloria Cano y Doralisa Cortés "dieron razón circunstanciada de hechos implicativos de las relaciones carnales sostenidas por la madre de la menor Alejandra Patricia con Oscar Gómez Vargas durante la época en que según la ley se presume haber tenido lugar la concepción de esa menor, ocurrencia aquella que el propio Oscar y la mayoría de las personas declarantes a pedido suyo se atrevieron a negar concretamente". Con base en esta transcripción dice el recurrente que si el Tribunal analizó algunos indicios que a su juicio respaldaban las mencionadas declaraciones, "es lo cierto que no fue con apoyo en ellos que llegó a negar las peticiones de la demanda... Luego, la prueba fundamental fueron las dichas declaraciones, que es menester analizar ahora para demostrar el error de apreciación del Tribunal, ya que no dice lo que éste les atribuye a lo cual me refiero a los pasajes de ellas a lo que el Tribunal alude en la sentencia".

Emprende en seguida en la crítica de los aludidos testimonios y expresa, respecto del de Nancy Choperena, que además de no haber dado la razón de su dicho que exigía la ley entonces vigente, "no versa sobre relaciones sexuales anteriores al nacimiento de la niña, sino posteriores, y es indudable que la causal cuarta del artículo 4º de la Ley 45 de 1936 que debía inspirar la sentencia del Juez de Menores, así como la del Tribunal en este proceso, no se probaba sino acreditando dichas relaciones antes al (sic) nacimiento del hijo".

En cuanto a la declaración de Ofelia Vélez, dice que aún haciendo caso omiso de que versa sobre palabras y no sobre hechos, "resulta que de dar unos datos para sentar una partida (como lo hizo Gómez Vargas para el nacimiento de la niña, según la testigo), no se desprenden las relaciones sexuales entre el demandante y la madre de la niña, a lo sumo sería un medio para seguir a demostrar una confesión de paternidad si hubiera otras pruebas, que no las hay". Agrega el recurrente que para efectos del recurso de casación "parece nítido que debe tenerse en cuenta la ley vigente cuando la sentencia se dictó" es decir la Ley 105 de 1931, según cuyo artículo 698 una sola declaración no hacía plena prueba, por lo cual la de Ofelia Vélez es ineficaz para demostrar esa pretensa confesión extrajudicial de Gómez Vargas.

Respecto del testimonio de Teresa Pérez Hoyos expone el recurrente que carece de valor porque "no versa sobre relaciones sexuales ocurridas antes del nacimiento de la niña" sino solo acerca del hecho de que Oscar Gómez trajo la caja para llevar al cementerio a la primera hija y que hizo las gestiones para enterrarla y que "en cuanto a la que está viva, conoció a Oscar y a Martha Cecilia viviendo juntos y la declarante sabe que éste pagó la clínica porque aquélla se lo contó". A este respecto observa el censor que el artículo 698 de la Ley 105 de 1931 "no le asignaba a la declaración por referencias mérito alguno, salvo cuando se trataba de un hecho muy antiguo o de la fama pública, de modo que en este aspecto el testimonio no tiene fuerza legal".

Al referirse al testimonio de Gloria Cano dice el censor que "esta sería la única declaración acerca de las relaciones sexuales estables y notorias entre Oscar Gómez y Martha Cecilia Giraldo, en cuanto hace alusión a alguna época precedente al nacimiento de la niña, pues en el resto peca del mismo defecto de las anteriores, o sea que se refiere a hechos posteriores al nacimiento", tal cual ocurre con el testimonio del doctor Oscar Botero Correa, quien se limitó a expresar que "atendió el parto de Martha Cecilia Giraldo en la Clínica del Rosario; que nunca conoció relaciones entre Oscar Gómez y dicha mujer y que lo único que puede decir es que Gómez le pidió que actuara en dicho parto y no cobró honorarios".

De lo anterior concluye el impunante, que el Tribunal no puede sostener que existe prueba sobre las relaciones sexuales entre Oscar y Martha Cecilia para marzo de 1965, ya que las de-

claraciones que le sirvieron de base no se refieren a tal hecho, que es el que la ley admite como determinante de una declaración de paternidad por este concepto, y que aún, "si legalmente hubiera echado mano de la Ley 75 de 1968 que no regía cuando la demanda se adujo y su admisión se notificó, habría tenido que ver el artículo 6º en cuanto dispone que dichas relaciones sólo pueden inferirse del trato personal y social entre la madre y el presunto padre, apreciado dentro de las circunstancias en que tuvo lugar, según sus antecedentes y teniendo en cuenta su naturaleza, intimidad y continuidad, todo lo cual hace relación a la época de aquellas, o sea a la prevista en el artículo 92 del Código Civil, pero no a situaciones ni a relaciones posteriores".

Dice en seguida que la viabilidad de la declaración de filiación natural con fundamento en las relaciones sexuales entre los padres, sea que se apliquen las normas de la Ley 45 de 1936 o las de la Ley 75 de 1968, depende de que se demuestre que éstas tuvieron lugar "durante el término en que ocurrió la concepción y no en la prueba de hechos sucedidos posteriormente al nacimiento del hijo".

El recurrente considera, aduciendo en respaldo de su tesis doctrina de la Corte, que "sin prueba acerca de las relaciones sexuales estables y notorias o al menos de las simples relaciones sexuales, si fuere de aplicación al caso la Ley 75 de 1968, el Tribunal encontró probada dicha causal, lo cual implica un error de hecho que aparece de manifiesto en los autos" que lo llevó a violar en la forma antes dicha, las normas sustanciales que menciona en la parte inicial del cargo.

Por último, agrega que el Tribunal no aplicó en el caso *sub judice* los artículos 94 de la Ley 83 de 1946 "vigente cuando se instauró la demanda" y 40 de la Ley 153 de 1887, ya que según la primera de las normas citadas quedaba a salvo al derecho de las partes en el proceso sobre investigación de paternidad natural seguido ante el Juez de Menores a instaurar el juicio correspondiente ante los jueces comunes, "o sea que estableció el derecho de acudir ante los últimos para replantear o volver a discutir la cuestión decidida por el Juzgado de Menores... y como fue este precisamente el derecho ejercitado por mi poderdante, resulta quebrantado por la sentencia del Tribunal de Medellín, cuando negó las pretensiones de la demanda, una de las cuales, contenida en el literal b), precisamente pide que se declare lo contrario a lo que declaró el Juez de Menores, o sea que la menor Alejandra Patricia, hija de Martha Cecilia o María Cecilia Giraldo, no es hija natural del demandante Oscar Gómez Vargas... queda así cumplida la técnica de casación en cuanto a la proposición jurídica completa". Por último, dice el recurrente que "revisadas las declaraciones en que el Tribunal apoyó su sentencia en las partes no citadas por dicha entidad, nada agregan a lo sustancial de ellas, por lo cual no es el caso de examinarlas más" y que la declaración del chofer Gonzalo Marín "no podría tenerse en consideración, pues se refiere a los años de 1962 y 1963 o sea la época muy anterior a la prevista por la ley".

La Corte considera:

1. Teniendo en cuenta que la relación jurídico-procesal se formó en el caso sub judice *con anterioridad a la vigencia de la Ley 75 de 1968, es indudable la aplicabilidad en este proceso de las normas legales que estaban vigentes en esa época, esto es, las pertinentes de las Leyes 45 de 1936 y 83 de 1946. Por consiguiente, la declaratoria de filiación natural de que se trata, debe estudiarse a la luz del texto primitivo del artículo 4º de la citada Ley 45, para los efectos del artículo 94 de la Ley 83 de 1946 entonces vigente. El precepto que acaba de citarse estatuía lo siguiente: "Queda a salvo el derecho de las partes para establecer el juicio correspondiente ante los jueces civiles, a cuyo resultado deberá estarse". No se trata pues, en el caso* sub judice, *de la acción de revisión del fallo del Juez de Menores que estableció luego el artículo 18 de la Ley 75 de 1968.*

2. Respecto del proceso a que se refería el citado artículo 94, se expresó la Corte en los siguientes términos: "La sentencia del Juez de Menores, declarativa o no de filiación natural, tenía desde su pronunciamiento fuerza de cosa juzgada formal puesto que no podía ser impugnada en el proceso donde se profirió, más no la de cosa juzgada material...; el juicio que la parte inconforme podía promover ante los jueces civiles no era de revisión de la sentencia proferida por el de menores, pues los términos en que se hallaba concebido el artículo 94 no permitía esa interpretación. Si tal hubiera sido su voluntad, lo habría dicho expresamente el legislador como lo dijo, *verbi gratia*, respecto de las sentencias dictadas en juicio de servidumbre y la de excepciones y de pregón y remate en juicio ejecutivo (C. J. Art. 876 y 1030), y como hoy lo establece para la sentencia del Juez de Menores, el artículo 18 de la Ley 75 de 1968. De consiguiente, en el evento de que el fallo

del Juzgado de Menores hubiera sido adverso a la pretensión del hijo, podía éste, dentro de los dos años siguientes, acudir a los jueces civiles no simplemente para obtener un nuevo examen de la cuestión litigiosa ya decidida, sino *para hacer un nuevo planteamiento de su pretensión* (se subraya) sobre las bases que juzgara más favorables para sus intereses, a fin de dejar definido, de una vez por todas, su estado civil frente al pretendido padre natural". (Cas. Civ. 16 de agosto de 1969, CXXXI, pág. 137).

En consecuencia, el hijo cuya acción de filiación natural hubiere fracasado ante el Juez de Menores, podía promover dentro de los dos años siguientes un nuevo proceso ante el Juez Civil, invocando las mismas causales en que había apoyado su pretensión original u otras nuevas, y presentando otras pruebas si las anteriores habían sido insuficientes, todo ello como si fuese la primera vez que impetrase esa declaración de paternidad.

Igual derecho asistía al padre inconforme con la decisión del Juez de Menores: tenía dos años para impugnarla ante la justicia civil, con el fin de evitar que la fuerza de cosa juzgada formal de que estaba revestida se convirtiese en cosa juzgada material y que por tanto, dicha decisión se tornara invulnerable. En ese caso, no competía a éstas hacer un nuevo estudio de la cuestión que aquél había decidido, ni un nuevo análisis de las pruebas aducidas al primer proceso, sino considerar los motivos aducidos por el padre para impugnar la declaración de paternidad natural.

Así pues, a la luz del artículo 94 de la Ley 83 de 1946, si las pretensiones del demandante consistían en que se dejara sin efecto la declaración de paternidad natural hecha por el Juez de Menores, le correspondía desvirtuar plenamente los supuestos de hecho que en el primer proceso se tuvieron en cuenta para declararlo padre natural de la menor Alejandra Patricia. "Conforme a estas disposiciones (Arts. 94 y 96 de la Ley 83) las partes en el juicio sobre investigación de la paternidad que había sido desatado por el Juez de Menores, tenían derecho de ocurrir al Juez Civil para promover 'el juicio correspondiente'. ¿Cuál era este juicio correspondiente? ¿A qué litigio se refería la ley con esta expresión?, sobre este particular se ofrecían dos hipótesis, a saber: *primera,* la acción de reclamación de estado de hijo legítimo o natural resultaba desestimada por el fallo del Juez de Menores; en este supuesto el hijo podía presentarse a instaurar de nuevo su acción de filiación ante el Juez Civil; *segunda,* el hijo obtenía del Juez de Menores sentencia favorable a sus pretensiones, esto es, fallo declarativo de la paternidad; en este otro caso correspondía al padre acudir al Juez Civil a promover la acción de impugnación de la paternidad que le había atribuido la sentencia expresada. El llamado juicio correspondiente que podía proponerse ante el Juez Civil, no era, pues, otro que el de reclamación de estado de hijo legítimo o natural o el de impugnación de la paternidad declarada en el fallo del Juez de Menores (salvamento de voto, CXXXI, pág. 147).

"El hecho de la procreación —dijo la Corte en sentencia del 24 de mayo de 1939— cumplido fuera de matrimonio que represente el régimen jurídico de la unión sexual permanente, se traduce en la vida de un nuevo ser que se proyecta sobre el campo del derecho en una relación de procreado a progenitor. Esta relación, vista desde la posición del primero, se denomina filiación, y contemplada desde la opuesta, la paternidad. Las acciones de estado relativas a la filiación, sometidas por su especial gravedad y trascendencia social a reglas especiales, pueden reducirse en general a dos categorías: las llamadas *acciones de reclamación de estado* por las cuales una persona pretende afirmar sus derechos a un estado distinto del que en apariencia le pertenece y las que se dirigen a establecer una filiación natural que se denominan *acciones de investigación o de declaración de la paternidad o de la maternidad.* La categoría inversa comprende bajo la denominación de *acciones de impugnación de estado,* las que se destinan a establecer que un hijo no tiene derecho al estado que en apariencia posee" [subrayado en el texto (XLVIII, pág. 255)].

4. En el caso sub lite *no se trata simplemente de "obtener un nuevo examen de la cuestión litigiosa ya decidida" por el Juez de Menores, como ocurre en los procesos* de revisión *que autoriza el artículo 18 de la Ley 75, sino de desquiciar el pronunciamiento del juez mencionado, demostrando plenamente, cuando aquél se basó en la causal de relaciones sexuales estables y notorias, como aquí ocurre, que durante la época en que se presume la concepción la madre las tuvo igualmente con otro u otros hombres, o que el padre estaba en imposibilidad física de engendrar. En esas condiciones, la sentencia del Juez de Menores, por hallarse amparada por la presunción de acierto propia de toda decisión judicial, imponía al actor la carga de desvirtuar totalmente, mediante plenas pruebas, la aludida presunción. Su tarea probatoria era semejante a la del actor en un proceso de impugnación de*

la paternidad. Por consiguiente no le bastaba al padre, en el juicio que autorizaba el citado artículo 94 de la Ley 83, contradecir las apreciaciones y fundamentos de la sentencia del Juez de Menores, sino que tenía que demostrar alguna de las dos circunstancias apuntadas; sin que por otra parte, el hijo favorecido con aquella sentencia tuviera que probar de nuevo la causal de paternidad que había invocado y acreditado cuando obtuvo que dicho juez hiciese la declaración impetrada.

5. Queda así demarcado el ámbito que debe tenerse en cuenta para decidir la impugnación contra la sentencia objeto del recurso extraordinario.

6. El recurrente acusa la sentencia del Tribunal por indebida aplicación del numeral 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, a consecuencia del error de hecho en que éste habría incurrido, respecto de las pruebas que le sirvieron para considerar plenamente demostrado que entre el padre y la madre de la menor demandada existieron de manera notoria relaciones sexuales estables y durante el tiempo en que según el artículo 92 del Código Civil, se presume ocurrida la concepción del hijo. Con ese fin, el impugnante analiza las declaraciones de las cinco testigos, en las cuales, a su juicio, encontró el sentenciador "la prueba fundamental" de la causal de paternidad que se invocó ante el Juez de Menores. En ciertos apartes de su acusación, señala como error de hecho que el Tribunal hubiese hallado que ellas demostraban las relaciones sexuales antes del nacimiento de la menor, cuando del texto de las mismas, según afirma, esos testimonios sólo demostrarían el trato sexual ocurrido con posterioridad a dicho nacimiento.

7. Los ataques contra las pruebas que sirvieron al sentenciador para fundamentar la decisión impugnada, en el sentido de que a su juicio, si estaban demostradas las relaciones sexuales que sirvieron de soporte a la declaración de paternidad natural que hizo el Juez de Menores, carecen de trascendencia en el recurso. En efecto, la sentencia del *ad quem* no hizo esa declaración; en realidad al revocar el fallo de primer grado, el Tribunal se limitó a dejar en pie el proferido por dicho Juez de Menores. En el caso *sub judice, se repite, no se trataba de la revisión de éste último, ni de valorar de nuevo las pruebas que ya lo habían sido por ese mismo juez para hacer la declaración de filiación, ni de establecer si estaba o no debidamente probado el trato sexual entre los padres naturales de la menor. Al demandante, para tener éxito en su pretensión de dejar sin efecto la sentencia del Juez de Menores, la incumbía acreditar: a) La excepción de plurium constupratorum de la madre (Art. 4º inciso final, Ley 45 de 1936); y b) Que la citada menor no lo pudo tener por padre, debido a impotencia "coeundi" o "generandi" o a ausencia suya durante todo el tiempo en que legalmente se presumía la concepción de ésta, según el artículo 92 del Código Civil.*

8. Por otra parte, aún en el caso de que en este proceso pudiese discutirse de nuevo la valoración de las pruebas que hizo el Juez de Menores para hacer la declaración de paternidad que aquí se impugna y por ende la que hizo el Tribunal en la sentencia objeto del recurso, el error de hecho que se artibuye a este último resultaría vano, si se tiene en cuenta que el sentenciador apoyó su convicción en pruebas distintas a las que menciona la censura, que por sí mismas constituyen soporte probatorio suficiente de la sentencia acusada. En efecto, esa convicción se apoyó en dos pilares fundamentales: a) En todo el acervo probatorio que adujo la parte actora en el proceso adelantado ante el Juez de Menores, el cual se reseña y se analiza en la sentencia allí proferida, y cuyos apartes transcribe y hace suyos el Tribunal de Medellín; y b) Las declaraciones impugnadas por el recurrente. Además, el sentenciador apoya su convicción en varios indicios, que estima corroborantes de las pruebas que acaban de mencionarse y que analiza a espacio en la última parte del fallo impugnado.

Respecto de ese primer soporte probatorio a que acaba de aludirse (señalado con la letra *a* del párrafo anterior) dice la sentencia: "No cree el Tribunal que las preindicadas razones del *a quo*, como tampoco las puntualizadas por el apoderado del actor en sus alegatos de primera y segunda instancia, sean valederas para desvirtuar la prueba que sirvió de base al Juez de Menores para dictar la sentencia cuya revisión se pretende, ni la prueba que el curador de la menor demandada aportó en la primera instancia en este proceso..." En cuanto a los indicios atrás mencionados, la sentencia impugnada se expresa así: "A juicio del Tribunal los hechos capitales, consistente el uno en las relaciones sexuales ocurridas de manera estable y notoria entre el señor Oscar Gómez Vargas y la mujer Martha Cecilia (o María Cecilia) Giraldo Ríos, madre de la menor Alejandra Patricia, y consistente el otro en ser esta última el fruto de tales relaciones, están perfectamente demostrados...". Y más adelante agrega, al comentar las declaraciones aducidas en este proceso, que "el apoderado de Oscar Gómez haya

logrado hacer incurrir en contradicción a tales testigos, no es razón suficiente para tener por desvirtuados los referidos hechos capitales, siempre que la verdad de ellos aparece confirmada de manera amplia e incontrastable a base de la prueba indiciaria".

La Corte ha dicho reiteradamente "que cuando el Tribunal toma en cuenta un medio y sin negarle a priori el mérito que la tarifa le asigna, lo considera suficiente en su objetividad intrínseca para demostrar el hecho con que se pretende relacionarlo, el cargo es inocuo si se funda en la afirmación de que el criterio del sentenciador es equivocado, porque la Corte debe respetar esa apreciación y al Tribunal le pertenece como juez de instancia, aunque debiera darse otra distinta más lógica, la que para poder abrirse paso requeriría que se demostrase plenamente que la apreciación profesada por el juzgador peca contra la evidencia por no tener asidero alguno en el expediente. De donde ha podido concluir la doctrina jurisprudencial que si el punto es dudoso o las pruebas se prestan para diversas interpretaciones o es menester argüir esforzados razonamientos para convencer que la conclusión debe ser otra, el error manifiesto queda descartado (Cas. 4 de abril de 1936, XLIII, 799; 18 de julio de 1956, LXXXIII, 245).

Así, pues, aunque existieran los errores de hecho que señala el recurrente, el fallo acusado quedaría apoyado en las pruebas no atacadas en el recurso, las cuales, además, como se vio, están respaldadas y corroboradas a juicio del Tribunal con los diversos indicios que analiza la sentencia.

"Cuando la sentencia acusada se basa en varios motivos jurídicos, independientes, pero cada uno con fuerza suficiente para sustentar la decisión jurisdiccional, no es difícil descubrir que si la censura en casación es ineficaz para desvirtuar todos los soportes del fallo, porque permanece en vigor alguno que le mantiene su firmeza en derecho, el recurso no es susceptible de prosperar, aún en el supuesto de que fueran destruidos los motivos restantes de la sentencia acusada". (Cas. Civ. 6 de agosto de 1958, LXXXVIII, 596; Cas. 24 de enero de 1962, XCVIII, 10).

No prospera el cargo.

Segundo cargo.

Dice el recurrente que "el Tribunal violó los artículos 94 de la Ley 83 de 1946, 4º de la Ley 45 de 1936 (Art. 6º Ley 75 de 1968), por falta de aplicación, derivada de error de hecho en la apreciación de las pruebas que en seguida especifico".

Al sustentar su acusación comienza por analizar las declaraciones de los testigos que adujo el demandante en este proceso (las de Alberto Restrepo, Ricardo Hinestrosa Tirado, Fernando Londoño V., Bernardo Aristizábal Marín, Jorge Giraldo Serna, Jairo Restrepo Torres, Augusto Giraldo Urrego, Víctor Cárdenas Jaramillo, Miguel Sierra Bastidas, Javier Robledo, Gilberto Arias, Flavio Yepes Giraldo, Flavio Gómez Vargas y Gabriel Castaño) las que, a su juicio, demuestran que la madre de la menor tuvo relaciones con otros hombres, por razón de la vida licenciosa que llevaba. "Por ello —agrega— el Tribunal erró de hecho al dar por probada la fidelidad de Martha Cecilia para con Oscar Gómez en la concepción de Alejandra Patricia, pues las declaraciones en que se fundó y que son las citadas por mí no abarcan ese lapso, ya que ni siquiera fijan aquél en que Oscar Gómez tuvo relaciones sexuales con Martha antes del nacimiento de dicha niña, como quedó demostrado en el cargo anterior en puntos que doy por transcritos aquí. Así las cosas, mal podían neutralizarse las declaraciones de los testigos citados por el demandante y que antes se copiaron, que sí comprenden el término en que Martha ejercía la prostitución, varios de los cuales en las partes que subraya hablan de los años de 1961 a 1965 y otras se refieren a 1964 y 1965, períodos en que queda incurso aquél en que la ley presume de derecho que se efectúo la concepción de la niña".

Más adelante expone el recurrente que "los errores de hecho apuntados acerca de la apreciación de las pruebas que se determinaron, o sea las declaraciones que fueron transcritas y las que sólo se citaron, por la razón oportunamente expresada, llevaron al sentenciador a violar por falta de aplicación el inciso final del artículo 4º relativo al numeral 4º de la Ley 45 de 1936 que regía original cuando se intentó el proceso... Es obvio que de las declaraciones de la parte demandante surge que para el tiempo en que la concepción tuvo lugar, o sea desde septiembre 15 de 1964 hasta marzo 15 de 1965, como se ha dicho varias veces, Martha Giraldo Ríos estaba dedicada a la prostitución, o sea que tenía relaciones con varios hombres; luego se ha debido aplicar la norma sustancial mencionada y como consecuencia, declarar que Oscar Gómez Vargas no es el padre natural de la menor Alejandra Patricia... pero como la sentencia recurrida no aplicó esas normas, claramente las violó en forma indirecta... por lo cual el cargo debe prosperar".

Se considera.

1. Si se demuestra alguna de las situaciones que contempla el inciso final del artículo 4 de la Ley 45 de 1936, el Juez Civil o de Menores que conoce de un proceso de filiación natural basado en relaciones sexuales entre la madre y el pretenso padre, no puede hacer la declaración que se le impetre. Cuando se debate de nuevo ante la justicia civil una declaración de paternidad natural hecha por el Juez de Menores, si se acredita también alguna de aquellas situaciones, vale decir que el padre estuvo en imposibilidad física de tener acceso carnal a la madre o que ésta, durante el tiempo en que según el artículo 92 del Código Civil se presume haber tenido lugar la concepción, "tuvo relaciones carnales con otro hombre", tal declaración de paternidad quedaría sin efecto.

2. La prueba en uno u otro caso es diferente. La imposibilidad física de acceso carnal a la mujer es susceptible de probarse; libremente, si se trata de ausencia prolongada del padre, y pericialmente, si versa sobre la impotencia de cualquier orden que a éste lo aquejaba y que no le permitía engendrar. En cambio, cuando versa sobre las relaciones sexuales habidas con otro u otros hombres, la prueba es predominantemente indiciaria, como lo es también, por regla general, la de las relaciones sexuales con el presunto padre. La naturaleza misma de ellas, como varias veces lo ha dicho la Corte, no exige ni exigir podría una prueba que las represente ante el juez.

"Cuando de los hechos afirmados por los testigos —se ha dicho— *se requiere deducir por vía de razonamiento* (se subraya) otro hecho, que es el que en definitiva debe ser probado como causal del derecho cuyo reconocimiento se persigue, cual sucede en tratándose de acreditar las relaciones sexuales estables y notorias (o la *exceptio plurium constupratorum,* se agrega ahora)... es evidente que el proceso demostrativo deriva al campo de la prueba indiciaria. Entonces, los hechos sobre que los testigos declaran y que han sido objeto de sus directas percepciones, podrán venir a constituir los antecedentes o índices de la presunción a que se llegue, siendo el juzgador a quien compete sacar de esos hechos índices la conclusión del caso. De donde resulta que, si las declaraciones de los testigos sobre los hechos mismos por ellos directamente percibidos se sitúan dentro del sistema de valoración dispuesto por la ley para la prueba testimonial, en lo tocante con las deducciones que de esos hechos por tal medio establecidos haga el juzgador, la operación cae dentro del régimen de la prueba por presunción, campo en el cual señorea la autonomía del sentenciador, a cuya discreción o prudente arbitrio ha dejado la ley el poder de apreciar los hechos constitutivos de los indicios, la pluralidad de éstos, su gravedad, precisión y conexidad, y en suma la procedencia de las conclusiones respectivas, sin otro límite que el de que éstas no obedezcan a contraevidencia o arbitrariedad manifiesta". (Cas. Civil, 18 de de mayo de 1964, CVII, pág. 185).

Aplicando lo expuesto al caso *sub judice,* tiénese que el Tribunal tuvo muy en cuenta la copiosa prueba de testigos que adujo el demandante para demostrar la vida licenciosa de la madre de la menor Alejandra Patricia, que ésta vivía en un barrio de tolerancia, que tenía una casa de citas a la cual asistían varias mujeres y que frecuentaban numerosos hombres, entre ellos los mismos declarantes y también "que antes de entrar en relación con Oscar Gómez Vargas llevó vida marital con Martín Vélez Botero, de quien tuvo cuatro hijos, y con Clímaco Cuevas". Sin embargo, con esas probanzas no encontró que estuviese demostrado plenamente que en el tiempo en que de acuerdo con la ley y teniendo por punto de referencia la fecha de nacimiento de la menor demandada Alejandra Patricia, se presume haber tenido lugar la concepción de ésta, su madre, la citada Martha Cecilia Giraldo, hubiese tenido relaciones carnales con otros hombres.

"La pluralidad de relaciones sexuales de la mujer dentro del lapso en que legalmente se presume la concepción —dijo la Corte en sentencia del 6 de abril de 1949— es una situación que establecida de modo fidedigno desnaturaliza la presunción de paternidad que lleva implicada la fidelidad de la mujer, pues entonces el hijo puede serlo de cualquiera de los hombres que la han poseído carnalmente en el tiempo indicado. Pero esta excepción, cuya demostración corre a cargo del... padre, se integra según la ley con la triple prueba del hecho material de las relaciones sexuales concurrentes, de la determinación o individualización del hombre u hombres con quien las haya tenido y la de la coincidencia de esas relaciones con la época legal de la concepción. Esta situación exceptiva, dentro de la ley colombiana, requiere las preindicadas demostraciones concretas, y es bien distinta de la llamada excepción de vida disoluta concerniente de manera general a la mala conducta notoria de la madre, que otras legislaciones autorizan". (LXV, pág. 665). En idéntico sentido se pro-

nunció en sentencia de casación civil del 27 de marzo de 1952 (LXXII, pág. 215).

Los testigos cuyas declaraciones, a juicio del recurrente, no fueron apreciadas en su integridad por el Tribunal, son los siguientes:

Ricardo Hinestrosa Tirado. El 29 de mayo de 1967 (C. Nº 4, Fl. 10) dice: "Yo en varias ocasiones asistí a una casa situada en Popayán con Barranquilla, *acompañado e invitado por Oscar Gómez donde vivía con Martha Cecilia Giraldo,* pero en esa casa era conocida como Martha... y está situada en la zona de tolerancia... pero personalmente no me acosté en dicha casa... A mi me consta en forma personal y directa por haber estado... que María Cecilia Giraldo durante los años de 1964 y 1965 vivía en una casa situada en la zona de tolerancia, en dicha casa se vendía licor, habían (sic) más mujeres entraban hombres diferentes al amigo mío Oscar Gómez... *No sé si serían clientes de ella".* Posteriormente (C. Nº 2, Fl. 4), este mismo testigo declara que Martha Cecilia Giraldo la conoce únicamente de vista, que tiene una casa de citas en "...Popayán con Barranquilla, no sé el número de la puerta de entrada, y esa zona ha sido de prostitución... me consta igualmente porque a mí me atendieron que la mujer de nombre Martha atiende clientes en su casa, vende licores, alquila piezas a las personas que allí llegan en busca de mujeres... En el tiempo que yo visité esa casa de citas, me es imposible precisar el tiempo en que haya estado esta mujer allá, *en cuanto al acto de caricias y que se acostaba con el mejor postor me parece un acto tan personal que no me preocupaba de ello...".* (Se ha subrayado).

Víctor Cárdenas Jaramillo. (C. Nº 3, Fl. 12) declara conocer a María Cecilia Giraldo, quien se hace llamar Martha, que vivía en la zona de tolerancia de Medellín "...y que es mujer de vida licenciosa y posee una casa donde yo he ido varias veces, donde se vende licor y hay varias mujeres y las piezas se alquilan para los posibles clientes que van a dicha casa... Me consta que Martha Cecilia Giraldo durante los años de 1964 y 1965 estaba dedicada a la prostitución en la misma casa de ella, tomaba licor con sus clientes y utilizaba sus piezas para dormir con sus preferidos... Durante los años 1964 65 (sic) y otros Cicilia tenía relaciones con varios hombres y en su propia casa".

Miguel Sierra Bastidas. (C. Nº 4, Fl. 12 v.) dice conocer a Oscar Gómez hace tres años y a María Cecilia Giraldo "...únicamente de vista hace 10 años o menos...", le consta que ella ha tenido una casa de citas en la zona de tolerancia y que "Clímaco Cuevas sostenía a María Cecilia de todo lo necesario (sic), esto ocurrió en los años de 1955 y 66 más o menos...".

Javier Robledo Vélez (C. Nº 4, Fl. 13) declara el 30 de mayo de 1967 conocer a Oscar Gómez desde hace 15 años y a María Cecilia... no como amigo personal... hace 3 años más o menos"; le consta por haber estado en la casa de María Cecilia que ésta vive en la zona de tolerancia y tiene una casa de citas en la cual viven también otras prostitutas... en dicha casa se vende licor y alquila piezas para estar con ella, hay amigos míos que se han acostado con las mujeres que hay ahí o las que se trae...".

Oscar Botero Correa. (C. Nº 4, Fl. 13 v.) dice no poder declarar sobre la conducta de María Cecilia, sino apenas que Oscar Gómez le pidió que la atendiera profesionalmente en un parto, en la Clínica del Rosario, y que por tales servicios no cobró honorarios.

Alberto Restrepo Bernal. (C. Nº 4, Fl. 22), conoce a Oscar Gómez hace unos doce años y a Martha Cecilia Giraldo; sabe que ésta vive en una casa de citas en Popayán con Barranquilla, "...yo he ido personalmente con amigos a esa casa y la he visto a ella entrar a la pieza con un hombre, no sé si a ejecutar el acto sexual..., yo personalmente me he acostado con una hermana de ella llamada Yudy... Martha Cecilia Giraldo durante los años de 1964 y 1966 estaba dedicada a la prostitución y tenía casa propia de citas donde ella se acostaba con varios hombres y donde se vendía licor...". En declaración rendida más tarde (13 de agosto de 1968 C. Nº 2, Fl. 3 v.) afirma: "Me consta igualmente porque la vi, que Martha Cecilia, en años posteriores a 1961, o sean los años 1962, 1963, 1964 se dedicaba a la embriaguez con cualquier hombre que entraba a su casa".

Luis Fernando Londoño Velásquez. (C. Nº 4, Fl. 23) no ha estado en la casa de Martha Cecilia pero sí en la de una hermana suya, sabe que en la de aquélla que está situada en la zona de tolerancia "prestan y alquilan piezas para estar sexualmente con mujeres"; ha visto a Martha Cecilia "ingiriendo licor y en compañía de varios hombres y a altas horas de la noche" y que la última vez fue "hace unos 15 días y a las 2 de la mañana, inclusive estaba con un muchacho Héctor González"; que le consta de manera personal que durante los años de 1964 y 1965 ella "tomaba trago en compañía de varios hombres y en su casa se alquilan piezas para ejecutar actos sexuales". En nueva declaración rendida el 17 de agosto de 1968 (C. Nº 2, Fl. 5) dice que sí ha estado en la casa de Martha Cecilia,

a quien conoce hace unos 4 o 5 años; repite que la casa en cuestión está en la zona de tolerancia y que Martha Cecilia "atiende clientes que llegan... se entregaba en (sic) con los hombres, pero no me consta si se acostaba con los mejores postores, la casa sí la maneja ella y la dirige...".

Hernando Aristizábal Marín. (C. Nº 4, Fl. 6) el 20 de agosto de 1968, declara: "Es cierto que la citada Martha atiende clientes en su casa, o al menos en el tiempo en que yo la frecuentaba, hasta (sic) hace unos seis meses, vende licores, alquila piezas a las personas que llegan en su busca (sic) o de otras mujeres... Es cierto que por más de ocho años atiende a clientes, se entrega a ellos y se acuesta naturalmente con los mejores postores que llegan a la casa que ella personalmente maneja o dirige"; *no cree* que Martha Cecilia fuera amante de Oscar Gómez "pues si iba allí y tenía relaciones con muchas mujeres".

Gabriel Castaño. (C. Nº 4, Fl. 14) es el único que afirma haber "estado con ella (Martha Cecilia) en el acto sexual", pero no dice cuándo; por lo demás confirma el dicho de los demás declarantes en cuanto a que ésta tiene una casa de citas en el barrio de tolerancia, que frecuentan hombres y mujeres y en la cual se expende licor.

Jorge Giraldo Serna. (C. Nº 2, Fl. 8) conoce la casa de citas de Martha Cecilia desde hace unos seis años, por eso sabe que ésta se dedica a la prostitución, que en su casa alquila piezas, atiende clientes "y se entra a las piezas con ellos".

Eduardo Arbeláez. (C. Nº 2, Fl. 7) dice que desde cuando conoció a la Giraldo en el año de 1966, ésta se dedicaba a la prostitución pero que no le consta que se acueste con hombres.

Jairo Restrepo Torres. (C. Nº 2, Fl. 14) afirma haber ido varias veces a la casa de citas de Martha Cecilia y por eso sabe que se dedica a la prostitución.

La reseña que se ha hecho de las numerosas declaraciones aducidas como prueba por el demandante, tendientes a demostrar la "exceptio plurium construpratorum", revelan que los hechos que la configuran no están plenamente demostrados con la precisión y claridad mencionada por la Corte, como requisito indispensable al efecto, en la sentencia anteriormente transcrita. Todos esos testigos coinciden en afirmar circunstancias que el Tribunal menciona en la sentencia impugnada, esto es, que Martha Cecilia Giraldo tenía una casa de citas en el barrio de tolerancia de Medellín, que en ella se expendía licor y se encontraban mujeres, que la frecuentaban hombres, generalmente en las horas de la noche. Pero salvo uno de esos declarantes que manifiesta haber tenido contacto sexual con la Giraldo, sin precisar siquiera el año en que ello ocurrió, todos los demás hacen afirmaciones de oídas o meramente conjeturales. De esta suerte, el sentenciador no cercenó el contenido de tales declaraciones, ni dejó de ver que en algunos de los pasajes de éstas los declarantes afirmaran concretamente hechos de los cuales se pueda deducir en forma inequívoca el trato sexual de Martha Cecilia con otro u otros hombres durante la época en que se presume haber ocurrido la concepción de la menor Alejandra Patricia. No existe, pues, el error de hecho que invoca el recurrente, ni menos aún con el carácter de evidencia requerido para ser transcendente en el recurso extraordinario.

En consecuencia, no prospera la acusación.

Resolución:

En atención a 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 impugnada y condena en costas a la parte recurrente.

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

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

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

RESOLUCION DE PROMESA DE PERMUTA

Condición resolutoria en los contratos bilaterales.

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

(Magistrado ponente: doctor Germán Giraldo Zuluaga).

Decide la Corte el recurso de casación que el demandado Arturo Cano López interpuso contra la sentencia de 14 de enero de 1970, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá al desatar la segunda instancia del proceso ordinario que le promovió Avelino Peña.

I. *Antecedentes.*

Estos, según el relato hecho por la Corte en auto de 5 de abril pasado, al decidir sobre la admisibilidad de la demanda de casación, pueden resumirse así:

1. Por intermedio de apoderado, Avelino Peña demandó ante el Juzgado 6º Civil del Circuito de Bogotá, en proceso ordinario, a Arturo Cano López para que se declarara resuelto el contrato de promesa de permuta consignado en escrito de 15 de mayo de 1963 y se le condenara a pagarle la cantidad de diez mil pesos ($ 10.000), estipulada como multa en caso de incumplimiento; a restituirle el inmueble que en desarrollo de la promesa le entregó, y a devolverle la suma de diez mil pesos ($ 10.000) que le anticipó a cuenta del precio.

2. Como causa para pedir alegó el demandante que, llegado el día prefijado para el otorgamiento de la correspondiente escritura pública de permuta, el demandado Cano López no pudo cumplir sus obligaciones, pues el inmueble, cuyo dominio debía transferir, se hallaba embargado dentro del proceso ejecutivo que le promovió Rosa García.

3. La primera instancia culminó con sentencia acogedora de las pretensiones antedichas, la que fue confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá cuando de élla conoció en virtud de apelación interpuesta por el demandado. Contra la última providencia, éste interpuso el recurso de casación que la Corte declaró admisible en auto de 7 de febrero pasado.

II. *Fundamentos de la sentencia del Tribunal.*

Tras de encontrar satisfechos los presupuestos procesales que examina uno a uno y de afirmar que la pretensión del demandante consiste en lograr la resolución del contrato de promesa de compraventa aludido, el *ad quem* expresa que la promesa de permuta, cuya resolución se pide, está demostrada con la copia del instrumento que la recoge, aducido junto con la demanda; que como "todos y cada uno de los requisitos de validez previstos en el artículo 89 de la Ley 153 de 1887" aparecen satisfechos materialmente en el documento apuntado, conclúyese que está probado el primer elemento axiológico de la acción resolutoria a que refiérese el artículo 1546 del Código Civil, cual es el de "la existencia de un contrato bilateral válido", que, en cuanto al segundo elemento, consistente en el cumplimiento por parte del demandante, de las obligaciones contraídas, manifiesta el Tribunal que también está satisfecho, pues Avelino Peña ya había entregado materialmente al demandado el inmueble que prometió permutarle y concurrió a la Notaría en la fecha acordada para el otorgamiento de la escritura, como surge del contenido de la que obra a folios 6 y 7 del cuaderno de pruebas del demandante; y que el tercer elemento; "la mora o el incumplimiento de la otra parte", también está probado, pues se acreditó que Arturo Cano López, para la fecha en que debía otorgarse la escritura de permuta, se había colocado en imposibilidad de cumplir su obligación, pues el inmueble de su propiedad que era objeto de la permutación, se hallaba embargado por orden del Juez 1º del Circuito Civil de Bo-

gotá, dentro del proceso ejecutivo que le había suscitado Rosa García, con lo cual, al quedar fuera del comercio, se había tornado en objeto ilícito de enajenación.

III. *La demanda de casación.*

Dos cargos, enmarcados en la causal primera, se enfilan contra la sentencia del Tribunal, de los cuales sólo el segundo estudiará la Corte, pues respecto del primero, en auto de 5 de abril pasado, se declaró desierto el recurso por no llenar los requisitos de forma.

Cargo segundo.

Denúnciase en él aplicación indebida del artículo 1546 y falta de aplicación del 1610, ambos del Código Civil.

Arguye el recurrente que, como la inejecución de un contrato prometido, entraña incumplimiento de una típica obligación de hacer, en tal hipótesis "no cabe pedir la resolución del contrato, sino que se apremia al deudor para que la cumpla, o que se autorice al demandante para hacerla ejecutar por un tercero a expensas del deudor o que al acreedor se le indemnice de los perjuicios resultantes de la infracción del contrato", como específicamente lo dispone para tal caso el artículo 1610 citado. En apoyo de su tesis expresa el censor que tal fue lo sostenido por la Corte en fallo de 25 de mayo de 1898.

Concluye, pues, afirmando que "al decretar la resolución del contrato, el honorable Tribunal Superior de Bogotá, violó en forma directa el artículo 1546 del Código Civil por aplicación indebida y el artículo 1610 *ibídem* por falta de aplicación".

IV. *Consideraciones de la Corte.*

1. El artículo 1546 del Código Civil, preceptúa que en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero que en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios.

Y el 1610 siguiente dispone que si la obligación es de hacer, y el deudor se constituye en mora, podrá pedir el acreedor, junto con la indemnización de la mora, cualquiera de estas tres cosas, a elección suya:

1ª Que se apremie al deudor para la ejecución del hecho convenido.

2ª Que se le autorice a él mismo para hacerlo ejecutar por un tercero a expensas del deudor.

3ª Que el deudor le indemnice de los perjuicios resultantes de la infracción del contrato.

2. De su simple lectura aparece que es regla general la contenida en el artículo 1546, por lo cual es aplicable tratándose de contratos bilaterales que crean obligación que tiene por objeto la ejecución de un hecho, cual sucede siempre en las de hacer. De consiguiente, el acreedor de esta especie de obligación puede también, en el evento concreto que la disposición contempla, usar de esa facultad alternativa demandando, a su arbitrio, o la resolución o el cumplimieto del contrato, con indemnización de perjuicios.

3. Y, en cambio, fluye del segundo texto que el precitado artículo 1610 no consagra regla general, sino una especialísima, aplicable sólo en tratándose de la ejecución de obligaciones de hacer.

Ahora bien, por la índole misma de las obligaciones de este linaje, acaece que, constituido en mora el deudor, cuando el acreedor pretenda, no ya la resolución del contrato que generó la obligación a su favor, sino la ejecución forzada de ésta, podrá demandar, a elección suya y junto con la indemnización de la mora, cualquiera de las tres cosas que le permite el apuntado artículo, a saber: que se apremia al deudor para la ejecución del hecho convenido, o que se le autorice para hacerlo ejecutar por un tercero a expensas del deudor, o, finalmente, que éste le indemnice de los perjuicios resultantes de la infracción del contrato.

De manera pues, que no puede darse al artículo 1610 aludido la inteligencia que defiende el censor y que, en alguna ocasión lejana, propició la Corte al afirmar que, tratándose del incumplimiento de obligaciones de hacer, no se podía aplicar el artículo 1546 precitado, sino el 1610 siguiente que, por estatuir regla especial, primaba sobre aquél.

4. El verdadero entendimiento que debe dispensarse a esos preceptos es el de que aún el acreedor de obligación de hacer, acogiéndose a lo dispuesto en el artículo 1546, que consagra regla general, puede demandar, ora la resolución del contrato fuente de la obligación insatisfecha, ora el cumplimiento de la misma. Y que elegido este último propósito, está facultado para alcanzarlo demandando, a su elección, cualquiera de las tres alternativas que le presenta el artículo 1610, disposición ésta que, ella sí, únicamente es aplicable en tratándose de la ejecución de obligaciones de hacer.

5. Sobre el particular, desde hace muchos años, ha sido uniforme la doctrina jurisprudencial ex-

puesta así: "...los casos señalados en los numerales 1º, 2º y 3º del artículo 1610, son los medios que la justicia pone en manos del acreedor, a su elección, para la ejecución forzada de la obligación, pero sólo para su cumplimiento, lo que no excluye ni podía excluir que el acreedor opte, no por hacer cumplir la obligación, sino por resolverla, pues sería insólito que éste quede permanentemente ligado por un vínculo jurídico indisoluble a pesar de que el deudor estuviera constituido en mora, y que en esta mora no le quedara más vía legal que la de la ejecución forzada cuando el acreedor no desea el cumplimiento de la obligación sino una extinción, contrariando el principio general de que los contratos bilaterales pueden resolverse por incumplimiento de una de las partes, cuando no optan por su ejecución". (G. J. LIV, 47).

Viene de todo lo anterior, como su natural conclusión, que el Tribunal no quebrantó, por aplicación indebida el artículo 1546, ni por falta de aplicación el 1610.

El cargo, por ende, no prospera.

V. *Resolución:*

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, *no casa* la sentencia de 14 de enero de 1970, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso ordinario promovido por Avelino Peña contra Arturo Cano López.

Costas a cargo del recurrente.

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

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

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

MANDATO COMERCIAL

Técnica de casación: causal primera. El fallo recurrido se presume acertado.—Confesión del representante de una sociedad.

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

(Magistrado ponente: doctor Germán Giraldo Zuluaga).

Decídese el recurso de casación interpuesto por el demandante contra la sentencia de 17 de mayo de 1971, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este juicio ordinario seguido por Alcides Bru Sánchez contra el Banco Popular.

I. *El litigio.*

1. Ante el Juez Civil del Circuito de Bogotá y por medio de apoderado, Alcides Bru Sánchez suscitó proceso ordinario contra el Banco Popular para que se le condenase a pagarle $ 489.780 más los intereses corrientes desde el 27 de julio de 1957, previas las declaraciones siguientes: a) que el Banco apuntado recibió, para su cobro, desde aquella fecha y de manos del demandante, tres letras de cambio aceptadas por "Sucesores de Lázaro María Pérez U.", de Cartagena, por valor total de $ 274.780 y dos más, a cargo de Jaime Gutiérrez Arango y Gerardo Posada R., por valor total de $ 215.000; b) que el Banco demandado hizo efectivos esos instrumentos, los primeros, por conducto de su sucursal de Cartagena y, los segundos, por medio de sus sucursales Veracruz y Plaza España de esta ciudad, mas aclarando que el cobro que hizo esta última entidad fue parcial, como que devolvió al banco comitente la letra que cobraba, "con nota de cesión por el saldo insoluto de $ 32.034", cantidad que después y directamente recibió el Banco demandado; c) que éste no le ha pagado, ni siquiera en parte, los dineros que recibió por el recaudo dicho.

2. La causa para pedir nace de los siguientes hechos:

a) En el mes de julio de 1957, siendo gerente del Banco Popular Luis Morales Gómez, el demandante "negoció" con éste el cobro de las letras de cambio dichas, las que fueron cobradas y descargadas como antes se expresó;

b) Por entonces el demandante tenía su cuenta corriente en ese banco;

c) Ni en su cuenta corriente de aquí ni en la de otras plazas, se le abonaron las sumas que el demandado cobró por su cuenta y tampoco se le ha pagado, ni en forma parcial, el dinero recaudado;

d) El Banco Popular negó judicialmente "que en sus libros y archivos hubiese constancia de recibo, contabilización, remisión a otros bancos o sucursales, y cobro efectivo de dichas letras o de algunas de ellas", negativa que está contradicha con certificación de la sucursal de Cartagena y con otras pruebas.

3. El demandado no aceptó los hechos de la demanda.

4. La primera instancia culminó con sentencia condenatoria que, apelada por el banco demandado, fue revocada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en fallo de 17 de mayo de 1971, por medio del cual absolvió al demandado.

5. Recurso de casación propuso, entonces, el demandante.

II. *Fundamentos de la sentencia del Tribunal.*

1. Tras de relacionar el trámite del proceso y transcribir las pretensiones del demandante y la parte resolutiva del fallo del *a quo,* y a vuelta de encontrar reunidos los presupuestos procesales, entra el Tribunal a definir que "la acción ejercitada es la de incumplimiento del contrato de mandato comercial". Discurre luego sobre

lo que es esa convención para concluir que tanto para el mandato civil como para el comercial, "rigen los mismos principios probatorios". En seguida trata acerca del endoso de instrumentos negociables y deduce que "el restrictivo, que convierte al endosatorio en mero agente, constituye contrato de mandato comercial".

Después procede el sentenciador a relacionar una a una las pruebas que fueron aducidas, de las que hace un resumen de su contenido objetivo, y de su examen saca las siguientes conclusiones:

Primera. No aparece demostrado el contrato de mandato comercial que se invoca en la demanda, porque: a) Las dos letras, expedidas el 5 de julio de 1957, por valor de $ 115.000 y $ 100.000, respectivamente, a cargo de Jaime Gutiérrez Arango y Gerardo Posada Restrepo y a favor de Ganadería Magdalena Ltda., cedidas por ésta a Compañía Granadina de Publicaciones Ltda., "en manera alguna correlacionan al demandante Alcides Bru Sánchez con el Banco Popular", ni lo mencionan como parte de ellas, pues "tampoco existe endoso alguno para el demandante, ni fue invocado ninguno"; b) Aunque el demandante dice haber negociado esos instrumentos con el banco demandado, "lo cierto es que su silencio sobre las modalidades del endoso en el relato de los hechos fundamentales de sus pretensiones, sustrajo la materia del examen del factor contractual respectivo, uno de los determinantes de su legitimación en causa"; y c) Las letras endosadas al banco no lo fueron con endoso restrictivo, como resulta de la transcripción que se hizo en la enumeración de pruebas, por lo cual el banco cesionario se constituyó en tenedor de ellas y no en agente del endosante.

Expresa luego el *ad quem* que la conclusión de que "las letras no fueron dadas con mandato comercial, sino negociadas para su descuento, se robustece: 1º Con la confesión del liquidador de 'Posada y Gutiérrez'... que,... aunque injurada,... tiene la fuerza de la extrajudicial". 2º Con la constancia pericial de que existen comprobantes de que los valores de descargo de las dos letras citadas "se acreditaron a la cuenta corriente de Compañía Granadina de Publicaciones Ltda., lo que descarta de todos modos el pretendido mandato comercial" alegado por el demandante; y 3º Con el extracto de la cuenta de la sociedad en liquidación que demuestra el descuento de éstas por valor de $ 215.000.

Segunda. Tampoco está demostrado que Alcides Bru Sánchez hubiera cedido al banco, únicamente para su cobro, las tres letras que en su favor había aceptado la firma Sucesores de Lázaro María Pérez U., porque: a) Sólo dos fueron negociadas con el demandado, como aparece de la certificación del Banco Popular, sucursal de Cartagena, y de los certificados que recibieron ratificación dentro del juicio, expedidos por el jefe de cobranzas y el gerente, los que coinciden con el suscrito por la firma Sucesores de Lázaro María Pérez U.; b) La diligencia de exhibición no prueba la negociación al cobro que se dice celebrada por el demandante y el Banco Popular, ya que, en síntesis, no hay prueba de "que hubiera reticencia en la entrega de alguno o algunos documentos, sino que no se hallaron; como tampoco de que se hubieran ocultado", y porque el banco ofreció presentar los documentos microfilmados, lo que prueba que no fue renuente a exhibirlos.

Tercera. "Las transcripciones de la legitimación y regulación de la microfilmación de documentos bancarios, o en cuanto a ellos concierne, pone de presente, con referencia a los documentos que exhibió el demandado en la diligencia de 13 de diciembre de 1966, que esta providencia reprodujo en número de 15, que no obstante que todos hubieran demostrado que las letras recibidas por el banco a cargo de Sucesores de Lázaro María Pérez U., lo fueron para descuento, tanto como lo acreditan los documentos originales entre ellos de los folios 60 a 63 del cuaderno 4º de la exhibición, el primero de la sucursal de Cartagena para la principal de Bogotá, comunicándole el cobro delegado, y el segundo de la principal para el señor Bru anunciándole la efectividad de esa cobranza por $ 84.180 y que el valor se acreditó a 'su cuenta con Nº Sección de Cartera L. D. 13274', solamente tales originales tienen valor documentario. A los restantes, constituidos por copias al carbón y fotocopias, aun cuando como aducidos en diligencia surtida entre las partes hubieran podido tener el mérito que por esa circunstancia les concediera el artículo 597 del Código Judicial, la falta de las firmas de quienes debían autenticarlos, a términos de los citados decretos, y la oportuna impugnación de su autenticidad, no probada por otros medios, los neutraliza de aquel mérito, habida cuenta de lo que dispone el artículo 645 del Código Judicial, y aun el 649, ya que también se les tildó de confeccionados 'ad hoc'".

III. *La demanda de casación.*

Contra la sentencia que se deja extractada enfílanse cinco cargos, todos con apoyo en la causal primera.

Primer cargo.

Fúndase en que la sentencia viola indirectamente los artículos 2149 y 2150 del Código Civil y 331, 333 y 338 del Código de Comercio por error de hecho en la apreciación de los certificados expedidos por la Superintendencia Bancaria y el Banco Popular de Cartagena, y en la de la confesión del demandado cuando aceptó haber recibido y cobrado algunas de las letras a que hace referencia la demanda inicial de este proceso.

Dice el censor que la confesión y "los efectos jurídicos producidos por la voluntaria e insistente renuncia a exhibir los libros y documentos requeridos, exonera al actor de acudir a prueba documental o de otro linaje sobre celebración del mandato", que es esencialmente consensual "ya que basta una convención verbal o el simple asentimiento del mandatario —Arts. 2150 del Código Civil y 338 del Código de Comercio—, normas sustantivas que no se quisieron aplicar y que por tal concepto fueron violadas". Que el simple recibo, cobro y recaudo de los instrumentos y su aviso al demandante, "son suficientes a demostrar el mandato", por lo cual, cuando el Tribunal no aceptó estos hechos plenamente acreditados, "dejó de acatar las normas sustantivas enumeradas al comienzo: 2149, 2150 Código Civil, 333, 338 del Código de Comercio". Que no es válido el descargo del banco al decir que recibió las letras, no en virtud de que le fueran endosadas restrictivamente para su cobro, sino por una operación de descuento, pues esa institución, en 1957, sólo podía celebrar operaciones de descuento hasta cuantía individual de $ 15.000 que la Ley 49 de 1959 aumentó a $ 50.000. Que al tenor de los artículos 1757 del Código Civil y 177 del Código de Procedimiento Civil al calificar que recibió las letras, no para su cobro, sino a causa de una operación de descuento, estaba en la obligación de probar esta excepción.

Cargo segundo.

Denúnciase "violación indirecta de los artículos 333, 338, 346, 347, 370 y 383 del Código de Comercio, que proviene de error de hecho en la apreciación de las pruebas, aducidas por el demandante, que aquí se señalan, principalmente por no haberse aplicado la sanción que instituye el artículo 303 del Código de Procedimiento Civil, precepto que igualmente fue violado".

Expone el censor que solicitó, entre otras pruebas, "la exhibición de libros y papeles relativos al tiempo transcurrido de junio de 1957 a noviembre de 1958", que dijeran relación con las cinco letras de cambio determinadas en la demanda, "todas las cuales recibió del demandante para su cobro el gerente del Banco Popular". Que la diligencia de exhibición se inició el 10 de mayo de 1966 y después de muchas sesiones terminó el 11 de mayo de 1967, sin que hubiera podido practicarse en debida forma "porque a ella se opusieron obstáculos y subterfugios que impidieron su consumación", lo que demuestra palmariamente "la renuencia del banco", por lo cual debió aplicarse la sanción que fulminaba el artículo 303 del Código Judicial, consistente en tener como probados en contra de quien se opuso a ella los hechos que la contraparte se proponía demostrar con la exhibición. Que "evitar u obstaculizar su práctica negándose a cumplir la orden judicial, es flagrante transgresión a los deberes que le imponen los artículos 39, 45 y siguientes del Código de Comercio; un acto de rebeldía contra la orden judicial, opuesto al sano comportamiento de un comerciante honesto como tiene que serlo un banco"; que "cuando el demandado oculta elementos con los cuales se pretende probar los hechos afirmados por quien pide la exhibición, o es renuente a exhibirlos", deben tenerse como ciertos los hechos para cuya comprobación sea admisible la prueba de confesión.

De lo anterior concluye el recurrente que la "norma sustancial, artículo 303 de la Ley 105 de 1931, fue violada directamente en el fallo recurrido por graves errores de apreciación de las pruebas que aceptó como buenas para negarse a aplicarla y errónea interpretación del precepto violado, cuando alegó, de un lado, su inoportunidad, que sólo podía imponerse tal sanción al término de la práctica de la prueba, porque, dijo, se trata de acción separada, con trámite distinto y extraño al juicio". Que también fue infringida al aceptar el Tribunal, como pruebas de que no existió renuencia del banco, "hechos inexactos que se destruyen con simple análisis de las inspecciones practicadas, como el de que el banco facilitó desde un principio un funcionario suyo para que emprendiera con los peritos la búsqueda de los documentos a exhibir, labor que le incumbe exclusivamente al banco para lo cual tuvo tiempo suficiente; y que no hubo reticencia en la entrega de algunos de los documentos requeridos porque no se hallaron ni se ocultaron".

Remata, entonces, la censura expresando que "la sentencia del Tribunal es impugnable por la causal primera de casación indicada en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil

vigente, es decir, por violación de las normas sustantivas atrás mencionadas, que dejaron de ser aplicadas por haberse dejado de apreciar la prueba de los hechos que servían de fundamento a su aplicación, debido al error de hecho en que incurrió el Tribunal al desconocer la situación procesal creada con la renuencia del demandado''.

Cargo tercero.

Denúnciase en él ''violación indirecta de los artículos 1º y 2º de la Ley 7ª de 1951 y 7º de la 49 de 1959, ambas sobre crédito popular, más los artículos 1769 del Código Civil, 604, 606 y 703 de la Ley 188 de 1931 y 91 y 92 de la Ley 153 de 1887, infracción que procede de error de hecho''. Las dos primeras normas fueron quebrantadas en virtud de que ''al aceptar el fallo que el banco adquirió de mi mandante las letras relacionadas, pero por habérselas descontado, esto es haciéndole pago anticipado de su valor, ...no tuvo en cuenta las restricciones legales impuestas a dicho banco por tales estatutos'' que establecían un tope de $ 50.000, inferior al monto de cada una de las letras, para que pudieran ser negociadas por descuento. Y se infringieron los artículos 1769 del Código Civil y 604 y 606 del Código Judicial, cuando se dio valor de confesión a lo declarado por el liquidador de Posada & Gutiérrez (Fls. 18 y 19 del cuaderno 2º), quien es un tercero en litigio y no parte. Mas si el Tribunal hubiera considerado esa manifestación como testimonio habría violado las otras normas citadas, que imponen restricciones legales a aceptar el testimonio en la cuantía de este litigio''.

Cargo cuarto.

Expresa el recurrente que la sentencia viola los artículos 553 del Código de Comercio y 2183 del Código Civil porque, como el endoso al cobro es siempre restrictivo, él no da al mandatario derecho a ''disponer a su arbitrio de los valores recaudados y menos a destinarlos al pago de créditos a su favor y a cargo de terceros'', como lo hizo el banco que acepta haber cobrado las letras y haber invertido su producto en su beneficio ''con pretexto del pago de obligaciones de terceros extraños al mandatario (sic), señores Gustavo Rojas Pinilla y Emilio Jayet, con quienes mi mandante no tuvo ni tiene vínculo legal alguno que sí lo obligue''. Y añade que ''es evidente además la transgresión de normas sobre pruebas en este capítulo de la sentencia, al aceptar como tal 'el pagaré numerado a cargo de Emilio Jayet y Alcides Bru por $ 400.000', que se presentó como simple fotocopia ilegible, sin autenticación ni ratificación, artículo 648 de la Ley 105 de 1931''.

Cargo quinto.

Se hace consistir en que, por haber dejado el Tribunal de ''apreciar la plena virtualidad de la confesión hecha por el demandado en la diligencia de exhibición de 10 de mayo de 1966'' al aceptar que ''si recibió de Bru Sánchez dos de las letras que a su favor aceptaron Sucesores de Lázaro María Pérez U.'', incurrió, por falta de aplicación, en ''violación indirecta de los artículos 346, 347, 370 y 383 del Código de Comercio y 2183 del Civil en relación con el 606 del Código de Procedimiento Civil aplicable al fallo''. Que esta confesión le impone al demandado, cuando menos, la obligación de entregar su producto al cedente.

La impugnación remata así: ''De modo que aun reducido a este sólo ángulo el examen de la sentencia del Tribunal, éste habría dejado de aplicar las normas sustantivas que estimo violadas, por haber dejado de apreciar una prueba que legalmente forma parte del proceso, la confesión que se analiza. Es decir, que también en esta acusación se trata de violación indirecta de las disposiciones sustantivas que fijan obligaciones del mandatario, dejadas de cumplir y acatar por error, el desconocer el mérito de una prueba producida por el demandado, que se circunscribe a dos de las letras recibidas''

La Corte considera:

1. El primer motivo de casación apunta al restablecimiento de normas de derecho sustancial, vale decir, de las que en frente de la situación fáctica concreta en ellas prevista, crean, declaran, modifican o extinguen relaciones jurídicas. Mas para la debida formulación de un cargo estribado en ese motivo, no basta señalar las normas de derecho sustancial que la sentencia recurrida habría quebrantado; indispensable es, además, como lo impera en el punto el número 3 del artículo 374 del Código de Procedimiento Civil, que se individue el concepto de la violación, pues ésta se produce de tres maneras distintas, que se excluyen entre sí: por falta de aplicación, por aplicación indebida o por interpretación errónea. Y como en virtud del principio dispositivo que campea en el recurso extraordinario, le está vedado a la Corte determinar, a su antojo, por cuál de las tres especies de infracción fueron abatidas las nor-

mas de derecho sustancial señaladas por la censura, es al recurrente a quien exclusiva y perentoriamente compete decir, para que el cargo quede formalmente bien constituido, por cuál de esos tres conceptos se produjo la transgresión denunciada.

2. De consiguiente, como en el cargo tercero no se indica norma de derecho sustancial y como en el cuarto no se expresa el concepto de la violación de normas de este rango, el cual tampoco se infiere de su desarrollo, es necesario declarar la improsperidad de esas dos impugnaciones.

3. Y por cuanto si se alega que la infracción se cometió como consecuencia de un error en la apreciación de las pruebas, la censura debe individuar éstas, la clase de error que se hubiere cometido *y su influencia en el quebranto de norma sustancial, síguese que tampoco tendrá éxito el cargo quinto, pues en él se incumplió el deber de especificar la clase de error que se imputa al Tribunal, comoquiera que el recurrente omitió expresar si era de hecho o de derecho...*

Si se considerara, empero, que el error denunciado fuese de derecho, puesto que cítase como violado el artículo 606 del Código Judicial, que otorgaba a la confesión judicial fuerza de plena prueba, y por cuanto manifestose que en el quebranto habría incurrido el *ad quem* "al desconocer el mérito de una prueba producida por el demandado", entonces el cargo tampoco podría prosperar, pues el Tribunal no dejó de reconocerle el valor de prueba plena que tiene esa confesión judicial del demandado, sino que entendió que con ella sólo se probaba que el banco había recibido las letras de cambio citadas, mas no en calidad de endosatario al cobro, es decir, como mandatario del enterante. En tal supuesto, de consiguiente, el error no podría ser de derecho, sino fáctico, pues a la prueba dicha no se le habría quitado el valor de persuasión que le concedía la ley ni se le habría dado otro que ésta no le dispensare. Como la conclusión del Tribunal no es, por ende, efecto de una indebida aplicación de las normas que señalaban al mérito de convicción de los medios probatorios, síguese que el Tribunal no habría cometido, en el punto, error de derecho. Consecuencialmente el quinto ataque se rechaza también.

4. Respecto a los cargos primero y segundo, en los que se denuncia infracción originada en error de hecho, se observa:

Como las sentencias que suben a la Corte en virtud del recurso de casación, llegan amparadas con presunción de que el sentenciador acertó tanto en la apreciación de los hechos como en la aplicación de la ley, y como en el recurso extraordinario priva el principio dispositivo, la Corte está obligada a respetar los juicios del juzgador de instancia y no puede oficiosamente modificarlos. Mientras no se le demuestre por el impugnante que, por haberse incurrido en alguno de los cinco motivos de casación establecidos en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, la sentencia recurrida le causa un agravio que clama reparación, el fallo impugnado es intangible, pues el recurso extraordinario no abre una nueva instancia en que la Corte pudiera entrar libremente a examinar todos los extremos del litigio.

En tratándose de la causal primera, y si el ataque móntase sobre la existencia de un yerro fáctico, cual sucede en los dos que se estudian, no le basta al recurrente, para alcanzar su objetivo, demostrar que el ad quem *incurrió en cualquier error de hecho. Como emerge del claro texto del artículo 368, inciso segundo del número 1, es necesario que el yerro "aparezca de modo manifiesto en el proceso", vale decir que sea palmario; si el yerro no es de esta naturaleza,* prima facie, *si para advertirlo se requiere de previos y más o menos esforzados razonamientos, o si él se manifiesta como una posibilidad y no como una certeza, entonces, aunque se demuestre el yerro, ese suceder no tendrá incidencia en el recurso extraordinario. Del mismo modo, si un hecho admite dos o más interpretaciones que no pugnen con la evidencia, la circunstancia de que el Tribunal elija la que en el sentir del recurrente y aun en el de la Corte, no sea la más atendible, no sería constitutiva de error de hecho evidente, pues el requisito de la evidencia excluye toda argumentación que fúndase en las probabilidades y no en la certidumbre.*

5. Pues bien, vistos los certificados expedidos por la Superintendencia Bancaria y el Banco Popular de Cartagena, conclúyese que el sentenciador no cometió, en su apreciación, el error de hecho que se le imputa, error consistente en que no habría visto que ellos demostraban que, respecto a las letras de cambio materia de este proceso, el banco demandado era cesionario al cobro del demandante. Para que ese error de hecho pudiera presentarse, menester sería que de la simple lectura de esas pruebas, inexcusablemente tuviera que sacarse, como única y obligada conclusión, la que pretende el recurrente, es decir, que los instrumentos negociables le habrían sido cedidos al banco para su cobro. Mas resulta que esos certificados sólo expresan, el

segundo, que la sucursal del Banco Popular en Cartagena recibió de la oficina principal de Bogotá dos letras de cambio a cargo de Sucesores de Lázaro María Pérez U., sociedad que las canceló, como allí se indica. De tales premisas no es obligado concluir que Alcides Bru Sánchez cedió, para su cobro, esos instrumentos al Banco Popular. El otro certificado tampoco permite la conclusión que prohija el demandante.

Igualmente, no se incurrió en error de hecho en la apreciación de la confesión del demandado, pues el Tribunal no desfiguró su real contenido al entender que en ella se aceptaba el hecho de haberse recibido las letras, mas no el de que le hubieran sido endosadas para su cobro. Probado que una persona recibió físicamente de otra unos instrumentos negociables, no se sigue de allí, ineludiblemente, que una sea endosante de las letras y la otra endosataria al cobro.

6. Finalmente, en lo que toca con el segundo cargo, adviértese que por cuanto la diligencia de exhibición háyase iniciado el 10 de mayo de 1966 y sólo haya terminado después de muchas sesiones, el 11 de mayo de 1967, y por cuanto su celebración se hubiese obstaculizado, según lo dice el recurrente, no por ello tiene que concluirse inexorablemente que el banco demandado fue renuente a exhibir los documentos señalados por quien pidió la prueba y que consecuencialmente sea reo de la sanción que fulminaba el artículo 303 del Código Judicial.

El *ad quem* afirmó en su sentencia que no está demostrado "que hubiera reticencia en la entrega de alguno o algunos documentos"; que lo que ocurre es "que no se hallaron"; que tampoco existe prueba de que "se hubieran ocultado" y, por último, que el banco ofreció exhibir los documentos microfilmados, lo que denota que no fue renuente a exhibirlos.

Es claro entonces que para lograr una modificación en estas conclusiones del Tribunal, el recurrente debía haber señalado las pruebas que acreditaran evidentemente lo contrario, con lo cual se habría demostrado el error de hecho denunciado. Mas como se limitó a exponer su propio criterio enfrentándolo al del Tribunal, pero olvidó indicar en qué consiste concretamente la errada apreciación de las pruebas que señala, síguese que ese cargo tampoco puede prosperar, pues los juicios del Tribunal no convictos de contraevidencia, siguen amparados con la presunción de acierto. Quedando en pie la conclusión de que el banco demandado no incurrió en renuencia, falla el presupuesto en que se apoya la sanción que pretende aplicable el censor.

7. Pero dejando a un lado todo lo dicho, como en ninguno de los 5 cargos que se enfilan contra la sentencia, se impugnaron algunos fundamentos autónomos del fallo, aun en la hipótesis de que prosperaran todos los ataques, la sentencia no podría haber sido casada. En efecto, como aparece en el extracto que se hizo de la providencia recurrida, el *ad quem*, para no acoger las pretensiones del demandante, apoyose también en que las dos letras por $ 115.000 y $ 100.000, aceptadas por Jaime Gutiérrez Arango y Gerardo Posada, nunca fueron cedidas a Alcides Bru, ni aparece que éste hubiera sido tenedor de ellas o que él las hubiera endosado al banco; y que de las tres restantes, aceptadas por "Sucesores de Lázaro María Pérez U.", solo dos fueron cedidas a aquél, mas con endoso que no tiene restricción alguna. Estas columnas en que sopórtase la sentencia, no fueron atacadas por el censor.

8. Y aunque ello no tenga trascendencia para quebrar el fallo del Tribunal por tratarse de argumento simplemente corroborante, adviértese que el Tribunal cometió error de derecho al decir que: "la conclusión de que las letras no fueron dadas con mandato comercial, sino negociadas para su descuento, se robustece: 1º Con la confesión del liquidador de 'Posada & Gutiérrez', contenida en su versión que, aunque injurada, tiene, unida a la ausencia del mandato expreso, la fuerza de la extrajudicial, ya que el liquidador representa a la sociedad en liquidación, hace alusión al contenido de los libros de la sociedad, su calidad no fue impugnada, su aserto favorece a la contraparte de la peticionaria de la prueba conforme al principio de adquisición procesal, su confesión es válida, como tal representante, y consiste en que las dos letras '...se descontaron por Bru en el Banco Popular' ".

Tal manifestación de quien fuera liquidador no puede calificarse como confesión, en primer lugar, porque "Posada y Gutiérrez en liquidación" no es parte en este proceso ventilado únicamente entre Alcides Bru Sánchez y el Banco Popular, y, en segundo lugar, porque *aunque los representantes de las sociedades tienen facultad para confesar, esa atribución, por no ser vitalicia, solo puede ejercerse válidamente mientras ellos estén en ejercicio de funciones propias de su respectivo cargo.*

IV. *Resolución:*

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, adminis-

trando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia de 17 de mayo de mil novecientos setenta y uno (1971), dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este proceso ordinario suscitado por Alcides Bru Sánchez frente al Banco Popular.

Costas en el recurso de casación a cargo del recurrente.

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

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

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

PATRIMONIO DE FAMILIA

Nulidades procesales y sustanciales.—Violación del artículo 26 de la Constitución.—Competencia del Juez: no depende del trámite que le dé a la demanda.

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

(Magistrado ponente: doctor Ernesto Cediel Angel).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 23 de agosto de 1971, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el proceso ordinario que Mercedes Jaramillo de Villamil y Augusto César Villamil Jaramillo promovieron contra Rafael Villamil y Alicia Medina de Sarmiento.

Antecedentes.

1. Mediante la escritura número 3559 de 18 de octubre de 1943, otorgada en la Notaría Primera de Bogotá, Rafael Villamil compró a la Caja de Vivienda Popular la casa distinguida con el número 19-03 Sur de la carrera 21 de esta ciudad, alindada como allí se expresa, y constituyó sobre dicho inmueble patrimonio de familia a favor de su cónyuge Mercedes Jaramillo de Villamil y de su hijo Augusto César Villamil Jaramillo.

2. A causa de desaveniencias con Rafael, tanto Mercedes como Augusto César se fueron de su lado, aquélla a principios de 1950 y éste a fines de 1949.

3. En demanda repartida al Juzgado 4º Civil de este Circuito el 31 de marzo de 1959, Rafael Villamil, alegando que su esposa y su hijo lo abandonaron hace más de diez años, que ignora el paradero de los dos, que se encuentra mal de salud, que no tiene más bienes para atender a su subsistencia que el gravado con patrimonio de familia, y que éste se extinguió por haber llegado el hijo a la mayor edad, solicitó que con citación de los beneficiarios se decretase la cancelación de dicho patrimonio, y se le comunicase ésta al Notario y al Registrador respectivos.

4. Habiéndose emplazado a Mercedes y a César Augusto a fin de que comparecieran al proceso y no habiéndolo hecho dentro del término legal, el Juzgado les designó curador ad litem, el cual hizo la siguiente manifestación: "Que habiendo observado los trámites de este negocio, se aprecia que mis representados fueron debidamente emplazados sin obtener su comparecimiento, a pesar del tiempo transcurrido. Que como curador de los expresados, no veo obstáculo legal alguno para expresar mi consentimiento como al efecto lo manifiesto en el sentido favorable a la cancelación del patrimonio impetrado".

5. Por sentencia de 20 de abril de 1964, el Juzgado decretó la cancelación del patrimonio de familia en referencia, declaró que el inmueble materia del mismo ingresaba, consecuencialmente, "al patrimonio particular del peticionario quien puede disponer libremente de él", y ordenó comunicar la cancelación al Notario Primero de Bogotá y al Registrador de este Circuito.

6. Mediante la escritura 3994 del 21 de septiembre de 1967, otorgada en la Notaría Novena de esta ciudad, Rafael Villamil vendió a Alicia Medina de Sarmiento el inmueble precitado.

El litigio.

En la demanda incoactiva de este proceso, Mercedes Jaramillo de Villamil y Augusto César Villamil Jaramillo solicitaron que frente a Rafael Villamil y Alicia Medina Sarmiento se hiciesen las siguientes declaraciones:

a) "Que es absolutamente nula la sentencia dictada por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Bogotá el día veinte (20) de abril de mil novecientos sesenta y cuatro (1964), me-

diante la cual se decretó la cancelación del patrimonio de familia constituido... dentro de la escritura pública número 3559 otorgada en la Notaría Primera del Circuito de Bogotá el 18 de octubre de 1943";

b) Que, en consecuencia, continúa vigente el referido patrimonio de familia; y

c) Que "es nula la escritura pública número 3994 otorgada en la Notaría Novena del Circuito de Bogotá el 21 de septiembre de 1967, por medio de la cual Rafael Villamil vendió a Alicia Medina Sarmiento la casa situada en la carrera 21 número 19-03 Sur del Barrio Centenario de Bogotá".

Como hechos constitutivos de la *causa petendi,* a más de los que se relataren como antecedentes de este negocio, se afirma en la demanda que Mercedes Jaramillo de Villamil no dio el consentimiento que para la cancelación del patrimonio de familia y para la enajenación del inmueble gravado con él exige el artículo 23 de la Ley 70 de 1931; que ese consentimiento no lo puede dar el curador *ad litem;* y que no existe norma que atribuya a los jueces la facultad de decretar cancelaciones de patrimonios de familia legalmente constituidos.

Con oposición de los demandados, quienes aceptaron algunos de los hechos de la demanda y negaron otros, adelantose el trámite de la primera instancia, la cual culminó con la sentencia de 8 de octubre de 1970, favorable en un todo a las pretensiones de los demandantes. Apelada por la parte vencida esa decisión, el Tribunal la revocó mediante la de 23 de agosto de 1971, y en su lugar negó las súplicas de la demanda, absolvió a los demandados de los cargos que en ella se les hicieron, y condenó a los demandantes en las costas de la primera instancia. Tal el fallo materia del recurso de casación que, interpuesto por éstos, hoy se decide.

Fundamentos de la sentencia impugnada.

Nota el sentenciador que la *causa petendi* de la demanda que dio origen a este proceso descansa, en esencia, "en que la demandante Mercedes Jaramillo de Villamil no prestó su consentimiento para que se cancelara el patrimonio de familia que el demandado Rafael Villamil constituyó sobre el inmueble que adquirió por medio de la escritura Nº 3559, ya citada y en que ese consentimiento no podía ser dado a nombre de la cónyuge beneficiaria del patrimonio de familia por el curador que se le nombró en el proceso que culminó con la sentencia cuya nulidad se impetra"; y que "como la *causa petendi* de la demanda delimita el alcance y naturaleza de la sentencia, en forma tal que ésta no puede salirse del ámbito fijado por aquélla para estar a salvo del defecto de la incongruencia, se debe establecer si la circunstancia de que un curador *ad litem* haga en un juicio una manifestación a nombre de su representado puede acarrear la nulidad de la sentencia que le pone fin al proceso en que se hizo esa manifestación".

Observa, con tal propósito, que de las copias tomadas del proceso de cancelación del patrimonio de familia, acompañadas a la demanda, aparece que en él se le nombró curador *ad litem* a Mercedes Jaramillo de Villamil, pero no el motivo por el cual los beneficiarios de dicho patrimonio hubieran estado representados por curador de esa clase, ni el trámite que se hubiera observado para su designación, lo cual constituye "un primer obstáculo para negar (sic) las peticiones de la demanda". Y agrega que, fuera de lo dicho, existen razones superiores que le permiten a la Sala concluir que la sentencia que decretó la cancelación del patrimonio de familia no puede declararse nula, razones que pueden resumirse así:

a) La Ley 105 de 1931, en sus artículos 448 y 451, enumeraba de manera taxativa las causales de nulidad que podían afectar un proceso, al igual que lo hace el nuevo Código de Procedimiento Civil en sus artículos 152 y 153. De las causales generales de nulidad, aquella ley sólo permitía alegar en proceso separado la indebida representación y la falta de citación o emplazamiento, y, por consiguiente, la nulidad por falta de jurisdicción o de competencia tenía que alegarse necesariamente dentro del proceso en que ocurrió. De esta suerte, si se considera que el proceso sobre cancelación del patrimonio de familia se halla viciado de nulidad por habérsele dado un trámite distinto del que le correspondía, como lo afirma el *a quo,* tal nulidad, por entrañar una falta de competencia del Juez, no puede alegarse en proceso separado. Y en el supuesto de que la nulidad se hubiera producido por ilegitimidad de la personería o por falta de citación o emplazamiento, no podría decretarse por no haber sido alegadas tales causales en la demanda;

b) La Ley 105 de 1931, vigente cuando se tramitó y decidió el proceso sobre cancelación del patrimonio de familia, y cuando en el presente se trabó la relación procesal, "no permitía alegar las nulidades por ella establecidas contra los actos de decisión del juez considerados en forma aislada del proceso al que pertenecían aquéllos". Las nulidades afectaban el proceso y no un acto determinado de él, y, de consiguiente, "la nuli-

dad de la sentencia podía venir como consecuencia de la del proceso, pero no independientemente de la validez de éste";

c) "La moderna ciencia del proceso contempla la nulidad de las sentencias independientemente de los vicios que afectan a la actuación que les precedió cuando en la confesión de ellas se incurre en informalidades capaces de afectar su existencia... No habiendo alegado el demandante el aspecto que se acaba de enunciar, a la Sala le está vedado avocar su estudio en este fallo, porque, como ya se dijo, es la causa petendi de la demanda la que delimita el contenido de la sentencia".

d) El fundamento de la nulidad impetrada en la demanda radica en que Mercedes Jaramillo de Villamil no dio su consentimiento para la cancelación del patrimonio de familia, y en que el curador *ad litem* que le designó no podía prestarlo a su nombre. Mas "como las causales de nulidad procesal fueron señaladas en forma taxativa por el legislador y la falta de consentimiento de quien interviene en un proceso para que la sentencia pueda acoger las súplicas de la demanda no aparece establecido como vicio que pueda invalidar aquéllas, consecuencialmente la pretensión de los actores se debe negar por este otro aspecto. Y como las restantes peticiones de la demanda son consecuenciales de la primera, al negar ésta las otras deben correr igual suerte".

La demanda de casación.

Con apoyo en la causal primera formúlanse en ella dos cargos a la sentencia de segundo grado, que se examinan en el mismo orden en que fueron propuestos.

Cargo primero.

Denúnciase en él violación, por falta de aplicación, de los artículos 1519, 1740, 1741 y 1746 del Código Civil, 2º de la Ley 50 de 1936, 23 de la Ley 70 de 1931 y 26 de la Constitución.

A intento de fundar su acusación transcribe el artículo 23 precitado, para notar en seguida que, "en desarrollo de esta norma legal, es absolutamente necesario el consentimiento de la cónyuge beneficiaria de un patrimonio de familia para la cancelación del mismo. Y como en el caso sometido a la decisión judicial ese consentimiento no se produjo, el levantamiento del gravamen no es válido, la sentencia dictada sobre ese particular es absolutamente nula". Agrega que no puede dársele curador *ad litem* a la cónyuge para tal efecto, pues la ley no lo autoriza, y que de hacerlo se abre el camino "para que con el ropaje de una falsa legalidad se burlen los derechos del cónyuge y con éstos los de la familia, institución que quiso beneficiar el legislador con el gravamen del patrimonio de familia"; que el Tribunal enfoca el problema desde el punto de vista de la actividad del curador *ad litem* en un proceso dado, cuando aquél radica en que el consentimiento de la cónyuge no puede ser sustituido por el de dicho curador; y que al no haberse dado ese consentimiento faltaron "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", quedando, por tanto, afectado de nulidad el fallo del juez que decretó la cancelación de aquel gravamen, al tenor del artículo 1740 del Código Civil.

Explica luego por qué, a su juicio, infringió el sentenciador, por falta de aplicación, las normas señaladas en el cargo, y a continuación expresa:

"Por la no aplicación de todas estas normas de derecho sustancial, con lo cual las violaba, pudo el honorable Tribunal Superior de Bogotá interpretar el artículo 448 de la Ley 105 de 1931 como único aplicable al caso a estudio, por estimar que era el único desarrollo del artículo 26 de la Constitución Nacional. Pero omitió considerar o estudiar que se había demandado la nulidad del acto procesal por excelencia, como es la sentencia, no por causas del artículo 448 de la Ley 105 de 1931 sino porque 'es nulo todo acto o contrato a que falta alguno 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' (Art. 1740 Código Civil)".

Observa, finalmente, que debido al quebranto de los preceptos mencionados llegó el Tribunal a la conclusión de que "la falta de consentimiento de quien interviene en un proceso para que la sentencia pueda acoger las súplicas de la demanda no aparece establecido como vicio que pueda invalidar aquélla", contrariando la norma que dispone que "el propietario puede enajenar el patrimonio de familia, *pero si es casado la enajenación se subordina al consentimiento de su cónyuge*".

La Corte considera.

1. En punto de nulidades, tanto procesales como sustanciales, nuestra legislación se ha inspirado siempre en el principio de que ningún acto puede declararse nulo si la nulidad no se halla formalmente consagrada en la ley, por el

carácter de sanción que aquélla tiene. En contraposición a dicho principio existe, en el campo del derecho procesal, el adoptado en la legislación alemana, en virtud del cual se confía al juez la guarda de las garantías debidas a las partes en el proceso y se defiere a su apreciación los efectos de los vicios de forma de los actos procesales, para declarar o no su nulidad.

2. Con aquel criterio, tanto el Código Judicial derogado (artículo 448) como el de Procedimiento Civil vigente (artículo 152), erigieron en causales generales de nulidad únicamente aquellas irregularidades que entrañaban el desconocimiento de las bases mismas de la organización judicial o la violación del derecho de defensa, señalándolas expresamente. "Multiplicar los motivos de nulidad de los juicios y sentencias —dijo la Comisión Revisora del Código Judicial—, es hacer interminables las controversias judiciales, originando la incertidumbre de los derechos civiles e infiriendo gravísimo quebranto a la autoridad de la cosa juzgada". Fue así como en ese estatuto se consagraron únicamente tres motivos de nulidad comunes a todos los procesos, ora porque el juez careciera de jurisdicción o de competencia improrrogable, ora porque las partes estuvieran indebidamente representadas, o bien porque se hubiera quebrantado el principio tutelar de que ninguna persona puede ser condenada sin que previamente se le hubiera citado a discutir la condena. Cualquiera otra irregularidad carecía de incidencia en la validez de la actuación procesal. Otro tanto sucede hoy con las nueve causales que taxativamente se consagran en el artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, y de ahí que en el último inciso de este precepto se establezca expresamente que "las demás irregularidades del proceso se tendrán por saneadas si no se reclaman oportunamente por medio de los recursos que este Código establece".

3. No deben confundirse las nulidades sustanciales que se hallan disciplinadas en el Título 20 del Libro 4º del Código Civil, con las procesales que se consagran y regulan en el de procedimiento civil: tocan las primeras con los actos jurídicos, cuando les "falta alguno 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" (Art. 1740); rezan las segundas con irregularidades que afectan la validez de las actuaciones procesales.

Siendo fundamentalmente distintas, por su naturaleza y por sus efectos, las nulidades que afectan los unos y las que vician las otras, no puede decidirse lo concerniente a la nulidad o validez de las segundas de acuerdo con los preceptos que gobiernan las nulidades sustanciales, ni la de los primeros con aplicación de las normas rectoras de las nulidades procesales. De esta suerte, siendo la sentencia un acto eminentemente procesal, "el acto procesal por excelencia" al decir del censor, no sólo porque mediante él se satisfacen los derechos de acción y de contradicción, sino porque es a través del mismo como el juez decide qué tutela dispensa la ley a un interés jurídico determinado, su validez ha de definirse necesariamente a la luz de las disposiciones que disciplinan la materia en el Código de Procedimiento, y no a la de las que regulan la eficacia o ineficacia de las declaraciones de voluntad de los asociados.

"Al prescribir el artículo 1740 del Código Civil —ha dicho la Corte— que es nulo todo acto o contrato a que falte alguno de los requisitos que la ley prescribe para su valor, según su especie y la calidad o estado de las partes, se refiere exclusivamente a los actos o contratos civiles celebrados por los asociados, de su libre y espontánea voluntad, pero entre tales actos no quedan incluidas las sentencias judiciales". *(Se subraya) (L, 78).*

4. Persiguiendo la pretensión de los demandantes la declaración de que es "absolutamente nula *la sentencia* dictada por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Bogotá el día veinte de abril de mil novecientos sesenta y cuatro", no le son aplicables, para su acogimiento o rechazo, los artículos 1519, 1740, 1741 y 1746 del Código Civil, ni el 2º de la Ley 50 de 1936, por cuanto en ellos se contemplan supuestos de hecho referentes a actos jurídicos y no a actos procesales. Si ninguno de ellos gobierna la especie litigada, mal podía aplicarlos el sentenciador, y, en consecuencia, el ataque que se formula al fallo recurrido por falta de aplicación de tales preceptos carece obviamente de fundamento. Y tampoco pudo infringir el 23 de la Ley 70 de 1931, por la potísima razón de que en él no se consagra el efecto jurídico buscado por los demandantes, ya que no establece causal alguna de nulidad de actos procesales en general, ni de sentencias en particular.

5. Tocante con el pretendido quebranto del artículo 26 de la Constitución, cabe observar que la violación de tal precepto sólo puede ocurrir en tres casos, a saber: cuando la sentencia se profiere por juez incompetente, cuando el proceso se adelanta por vía inadecuada, y cuando el juzgamiento no se hace con aplicación de normas sustanciales preexistentes al acto que se imputa al demandado. Mas como no es ese precepto de

la Carta, sino la ley, la que determina la competencia de las autoridades judiciales y la que señala los trámites de los distintos procesos, no puede infringirse directamente sino a través de la violación medio de las normas reguladoras de aquéllas y de éstos, cuyo señalamiento resulta, por tanto, indispensable para la viabilidad del ataque que por infracción de tal precepto se formule al fallo del Tribunal.

"La violación de la norma comentada (artículo 26 de la Constitución) —tiene dicho la Corte— 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 de la violación fin, que es siempre la de norma sustancial". (XCI, 831; CXXXVI, 47).

6. Como el impugnante se limitó a afirmar que el artículo 26 de la Constitución "que impone el cumplimiento de las formas propias de cada juicio (fue) violado en el asunto decidido por el honorable Tribunal Superior de Bogotá y también violado en el juicio o sentencia cuya nulidad absoluta era obstensible y se podía declarar", pero sin señalar las normas procesales que habrían sido infringidas por razón del trámite equivocado a que alude la censura, el cargo, por falta de técnica en su formulación, resulta necesariamente impróspero.

Cargo segundo.

Acúsase la sentencia del Tribunal de ser violatoria, por falta de aplicación, de los artículos 1519, 1740, 1741 y 1746 del Código Civil, 26 de la Carta, 23 de la Ley 70 de 1931 y 2º de la Ley 50 de 1936, debido a errónea interpretación de la demanda.

Al desarrollar el cargo transcribe el censor los pasos del fallo recurrido en los cuales dice el Tribunal que no puede, con base en las causales de ilegitimidad de personería y de falta de citación o emplazamiento, declarar la nulidad de la sentencia, como lo piden los demandantes, por no haberse alegado tales causales en la demanda, y a continuación expresa:

"Ahora bien, contra lo sostenido por el honorable Tribunal Superior de Bogotá, en la demanda no se alegó ninguna causal de nulidad en especial, sino que simplemente se afirmó que la sentencia dictada por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Bogotá el 20 de abril de 1964 era absolutamente nula. O sea que el honorable Tribunal Superior de Bogotá hizo decir a la demanda lo que ella realmente no dice. Y ningún obstáculo había para que confirmara el fallo de primera instancia con base en indebida representación de la demandada o en su falta de citación o emplazamiento, causales éstas que aparecen de bulto en el proceso que terminó con la sentencia cuya nulidad se pidió.

"Por otra parte mientras en la demanda se invocaron nulidades de carácter sustancial, consistentes en ser la sentencia que decretó la cancelación del patrimonio violatoria de los artículos 26 de la Constitución Nacional, 1519, 1740, 1741 y 1746 del Código Civil, la Ley 50 de 1936, especialmente en su artículo 2º y el artículo 23 de la Ley 70 de 1931, el honorable Tribunal Superior de Bogotá interpretó erróneamente la demanda al afirmar que en ella sólo se alegó la nulidad consistente en falta de competencia".

Y remata su acusación en los siguientes términos:

"En conclusión, el *ad quem* incurrió en la interpretación de la demanda simultáneamente en error de hecho y en error de derecho. Lo primero, al hacer decir a la demanda lo que ésta en ningún momento dice. Lo segundo, al interpretar la demanda, al no aplicarle normas que obstensiblemente le eran aplicables y que fueron invocadas como sustento de derecho de la acción de su texto".

Se considera.

1. No incurrió el Tribunal en el error fáctico que le imputa la censura, pues basta leer la demanda introductoria del proceso para concluir que es exacta la afirmación hecha por aquél de que no se invocaron en ella, como fundamento de la nulidad impetrada, las causales de ilegitimidad de personería y de falta de citación o emplazamiento. Así lo reconoce, por lo demás, el recurrente, cuando en el cargo primero dice que se demandó "la nulidad del acto procesal por excelencia, como es la sentencia, *no por causas del artículo 448 de la Ley 105 de 1931*" (se subraya), sino con fundamento en el 1740 del Código Civil, y cuando en el que se estudia expresa "que en la demanda no se alegó ninguna causal de nulidad en especial".

2. Fallando así, en su punto de partida, el cargo que se estudia, el ataque que en él se formula a la sentencia recurrida está llamado a fracasar, sin que esté de más advertir que aun en el caso de que el sentenciador hubiera incurrido en el

error que se le endilga, la acusación resultaría igualmente impróspera por las razones expuestas al despachar el cargo anterior, vale decir, por cuanto ninguna de las normas del Código Civil que se señalan como violadas, ni el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, ni el 23 de la Ley 70 de 1931, contienen preceptos reguladores de nulidades de actos procesales o de sentencias, razón por la cual su quebranto, por falta de aplicación, no pudo producirse; y porque, tratándose del pretendido quebranto del artículo 26 de la Constitución, no se señalaron las normas procesales que habrían sido transgredidas, cuya violación medio resultaba imprescindible para la prosperidad de la acusación.

3. No obstante el insuceso del recurso, *la Corte, en ejercicio de su misión de unificar la jurisprudencia nacional, debe rectificar el concepto del sentenciador de que "la tramitación equivocada que se le haya dado a la demanda... únicamente podría tenerse como un vicio* que afectaría la comptencia del juez *(se subraya), según lo ha sostenido este Tribunal para aquellos casos en que haya una equivocación de la vía procesal elegida para desatar una controversia", puesto que la competencia, o sea la facultad que tiene el juez de hacer actuar la ley en un caso concreto, no depende, como es obvio, del trámite adecuado o inadecuado que le dé a la demanda, sino de que sea el funcionario que de acuerdo con las normas que regulan la materia tiene esa facultad. Tan cierto es esto, que bien puede suceder que un juez competente le dé a la demanda un trámite equivocado, o que uno incompetente le dé el trámite que corresponde.*

Resolución:

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia de veintitrés (23) de agosto de mil novecientos setenta y uno (1971), proferida en este negocio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Sin costas en el recurso a causa de la rectificación doctrinaria.

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

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

Heriberto Caycedo M., Secretario.

CASACION.—VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY

En los juicios en que el jurado interviene no procede proponer en casación un replanteamiento valorativo de la prueba referente a los elementos constitutivos del delito, o a los determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad de los autores, para fundar en tal examen, a través de errores fácticos o de derecho, una violación indirecta de la ley sustancial.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, veinticuatro de enero de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Julio Roncallo Acosta).

Aprobado: Acta número 1 de 24 de enero de 1972.

Vistos.

Mediante fallo del dos de junio último el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira condenó a José Hernando Arias Acevedo a la pena principal de veinticuatro (24) años de presidio, disponiendo que cinco de los cuales habrán de cumplirse en una colonia agrícola penal, como responsable de los delitos de homicidio y hurto agravados en la persona y bienes de Lázaro Prieto García, fallo contra el cual interpusieron el recurso extraordinario de casación el procesado y su defensor.

Agotado en la Corte el trámite propio del asunto, se procede a decidir.

Antecedentes.

a) En horas de la noche del ocho de noviembre de mil novecientos sesenta y nueve Hernando Arias Acevedo se apoderó de un revólver que ofrecía en venta Lázaro Prieto García en su casa de habitación, situada en la calle 29, número 4-29, de la ciudad de Pereira, llevándoselo consigo. Mas como Prieto lo persiguiera, Arias le disparó con el revólver, causándole grave herida en la cabeza, a consecuencia de la cual falleció cinco días después.

b) Por tales hechos, los cuales se estimaron como estructurantes de los delitos de homicidio y robo, el Juez Cuarto Superior de Pereira abrió causa criminal con intervención del Jurado contra José Hernando Arias Acevedo (a. "El Montañero"), providencia calificadora en cuya parte resolutiva se expresaba que el primero de los mencionados delitos se había perpetrado con premeditación acompañada de motivos innobles o bajos, insidia y asechanza.

c) El Tribunal Superior de Pereira, al conocer del vocatorio por vía de apelación, mediante auto calendado el 10 de noviembre de 1970 lo confirmó en cuanto al delito de homicidio, pero negando la concurrencia de las circunstancias específicas de agravación consignadas en la providencia recurrida, para estimar, en cambio, que el referido ilícito se había realizado "para asegurar el producto del delito de hurto que acababa de cometer", razón por la cual revocó el llamamiento a juicio por robo, trocándolo por hurto, agravado por las circunstancias que el artículo 398 del Código Penal prevé en sus ordinales 1º y 4º, vale decir, por haber aprovechado el agente la confianza depositada en él por el dueño o tenedor del revólver, y "porque el hecho se cometió de noche e introduciéndose en la habitación del ofendido".

d) Los cuestionarios propuestos al Tribunal Popular con oportunidad de la audiencia pública se ajustaron a los cargos formulados en el llamamiento a juicio. Las respuestas del Jurado, afirmativas de la responsabilidad, fueron aceptadas por el Juez de la causa, quien en sentencia de 31 de marzo de 1971 condenó a José Hernando Arias Acevedo a 24 años de presidio por los delitos que se le imputaron en el auto de proceder.

e) Como ya hubo de expresarse, el juzgador de segundo grado confirmó la sentencia condenatoria de primera instancia, con la anotada adición, en la que ahora es materia del presente recurso extraordinario.

La demanda de casación.

Tras deficiente presentación de los hechos y prolijo relato de la actuación procesal, la demanda invoca, como causal única de casación, la que el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal consagra en su ordinal 1º, a cuyo amparo se formulan al fallo recurrido los siguientes cargos: a) Errónea apreciación de las pruebas del proceso, por cuanto —según el recurrente— el procesado probó la coartada por él propuesta; b) Falta de apreciación de otras pruebas que también demostraban dicha coartada; c) Errónea e indebida aplicación del artículo 34 del Código Penal, la cual se traduce en haber impuesto al acusado Arias Acevedo la sanción accesoria de relegación a colonia agrícola, pues no se configuraba una segunda reincidencia, sino la primera. Sobre las dos primeras tachas arguye el demandante:

"El haber condenado a Hernando Arias sin tener en consideración las innúmeras pruebas que lo eximían de responsabilidad, como lo afirmé a lo largo del proceso y en la audiencia pública, se puede considerar como una violación de la ley sustancial por 'apreciación errónea y falta de apreciación de determinada prueba'. Arias probó hasta la saciedad su ausencia de esta ciudad el día que se consumaron los hechos sangrientos y las pruebas aducidas en su contra son totalmente inválidas".

Y agrega que estima infringidas las siguientes normas legales: "artículos 215, 217, 223, 224, 225, 408, 409 del Código de Procedimiento Penal. También el artículo 34 del Código Penal". Finalmente solicita que se invalide el fallo recurrido y se dicte el que deba reemplazarlo, absolviendo al procesado.

Concepto del Ministerio Público.

Representado en esta oportunidad por la Procuraduría Segunda Delegada, opina que el recurso debe desecharse, por las siguientes razones:

"*Primera.* Porque en los juicios en que interviene el jurado de conciencia resulta impertinente invocar violación indirecta de la ley sustantiva, por las razones que la jurisprudencia ha repetido de manera invariable desde noviembre de 1944 cuando se produjo el primer pronunciamiento en este sentido.

"*Segunda.* Porque en cuanto se refiere a la pretendida infracción del artículo 34 del Código Penal, no se aprecia con toda claridad si ocurrió por la vía directa o más bien por la indirecta pero, en últimas, opina este Despacho que el actor se equivoca al sostener que se trata de la primera reincidencia en que ha incurrido el acusado, porque en el cuaderno sobre pasado judicial aparecen las copias autenticadas de los fallos por los cuales se le condenó por fuga de presos a ocho meses de prisión (Fls. 69 a 75) y por homicidio agravado a quince años de presidio (Fls. 83 a 103), y de otra parte, el delito al cual se refiere este informativo se cometió antes de transcurridos diez años de ejecutoriada la primera condena.

"A juicio de esta Procuraduría Delegada asiste razón al demandante en cuanto a la imposición de la sanción accesoria, porque, en verdad, el Tribunal Superior de Pereira impuso automáticamente la pena accesoria sin analizar los factores indicados en el segundo inciso del artículo 34 del Código Penal pero el recurrente no acusó el fallo por este aspecto y al Ministerio Público le está vedado llenar esos vacíos".

La Corte considera.

1. En efecto, como lo recuerda de manera oportuna el Ministerio Público, la Corte ha expresado en su doctrina más reiterada que en los juicios en que el Jurado interviene no procede proponer en casación un replanteamiento valorativo de la prueba referente a los elementos constitutivos del delito, o a los determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad de los autores o partícipes, para fundar en tal examen, a través de errores fácticos o de derecho; una violación indirecta de la ley sustancial, doctrina que se asienta sobre la autonomía del Tribunal popular para apreciar los elementos probatorios conforme a su íntima convicción, y en la incontrovertible razón de que un análisis de tal naturaleza no tendría objeto distinto al de demostrar la contraevidencia de los hechos frente al veredicto, hipótesis que no ha sido consagrada como causal de casación, por tratarse de un tema cuyo estudio compete, por modo exclusivo, a las instancias.

Son impertinentes y deben desecharse, por tanto, los dos primeros cargos.

2. Es inobjetable la respuesta del Procurador cuando, además de observar la ambigüedad del cargo tercero, anota que el actor se equivoca al sostener que se trata de la primera reincidencia, ya que en el cuaderno sobre el pasado judicial

de Arias Acevedo aparecen las copias autenticadas de las sentencias mediante las cuales se le condenó, por fuga de presos, a ocho meses de prisión; y por homicidio agravado, a quince años de presidio, siendo evidente, de otro lado, que el delito al cual se refiere el presente informativo se cometió antes de transcurridos diez años de ejecutoriada la primera condena. Tampoco se justifica, por lo visto, la tacha tercera y última.

3. Importa observar, por último, que el fallo acusado se refirió, aunque en sintético léxico, a los factores indicados en el segundo inciso del artículo 34 del Código Penal. Léase el párrafo pertinente:

"Pero en cuanto a las penas accesorias el Juez omitió imponer la de relegación a una colonia agrícola penal, como lo establece la segunda parte del artículo 34 del Código Penal, de imperiosa aplicación en el presente caso por tratarse de que el procesado es reincidente por segunda vez y, además, la gravedad de los delitos cometidos, los motivos determinantes y sus antecedentes delictivos revelan en él gran peligrosidad social y una tendencia persistente al delito". Extremos estos que, en mayor o menor grado, se desprenden del contexto general del fallo recurrido.

4. No encontrándose demostrado ninguno de los cargos propuestos dentro de la esfera de la causal aducida, procede aplicar el artículo 582 del Código de Procedimiento Penal, desestimando el recurso.

Decisión:

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— de acuerdo con la Procuraduría Segunda Delegada y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *desecha* el recurso de casación a que se refiere la parte motiva y *ordena* devolver el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Insértese en la *Gaceta Judicial*.

José María Velasco Guerrero, Humberto Barrera Domínguez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Enrique Romero Soto, Mario Alirio Di Filippo, Alvaro Luna Gómez, Luis Carlos Pérez, Julio Roncallo Acosta.

J. Evencio Posada V., Secretario.

CANCELACION DE LA LICENCIA PARA EJERCER LA ABOGACIA

Las medidas referentes al incorrecto ejercicio de la abogacía y la exclusión de esta actividad por delito cometido o por interdicción judicial, no tienen carácter de penas accesorias aplicables ibso jure, sino el de ordenaciones especiales, con jurisdicciones y procedimientos específicos, según el Decreto 196 de 1971.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, febrero cuatro de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Luis Carlos Pérez).

Aprobado: Acta número 3 de 4 de febrero de 1972.

Vistos.

Con fecha 6 de septiembre de 1971, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali canceló la licencia del abogado Tomás Cabezas Agraces, aplicando el artículo 10 de la Ley 21 de 1931, "en concordancia con el artículo 6º del Decreto 196 de 1971". La misma providencia dispuso su consulta con esta Corporación, en donde se ha agotado el trámite para resolver, habiéndose oído al Ministerio Público.

Los hechos.

Dio origen al proceso disciplinario la sentencia dictada contra el abogado Tomás Cabezas Agraces, ejecutoriada en septiembre de 1967, en la cual se le condenó a la pena principal de seis años de presidio como coautor responsable de los delitos de falsedad y estafa, en concurso material, dando aplicación a los artículos 234 y 408 del Código Penal. Este fallo, tal como quedó reformado por el que profirió el Tribunal de Cali el 12 de septiembre de 1967, dispuso, además, la expedición de copias de los de primera y segunda instancia para iniciar "el juicio previsto en la Ley 69 de 1945 sobre ejercicio de la abogacía".

Efectivamente, se expidieron las copias y se inició el proceso disciplinario con auto del 25 de septiembre de 1968, dictado por el Magistrado sustanciador, y se dispuso oír al acusado Cabezas Agraces, quien después alegó la prescripción de la acción, acogida por el Ministerio Público.

Sin embargo, el Tribunal desechó la solicitud con las siguientes razones:

"Está acreditado que el doctor Tomás Cabezas Agraces, fue condenado a la pena de seis años de presidio por los delitos de falsedad y estafa, reposando en el informativo copia auténtica de las sentencias condenatorias que así lo demuestran. De conformidad con el artículo 10 de la Ley 21 de 1931, que dejó vigente la Ley 69 de 1945, ley preexistente al acto que se imputa, en concordancia con el artículo 6º del Decreto 196 de 1971, que tiene como digna de exclusión la condenación a pena de presidio, deberá ordenarse la cancelación de la licencia de abogado del condenado. Hay que aclarar que no se trata propiamente de una falta a la ética profesional, que tiene un término prescriptivo de acuerdo con lo manifestado por el denunciado, y corroborado por el Fiscal de la Corporación, sino que hay una causal de indignidad para ejercer la profesión, que es automática a la sentencia anotada, es decir, que forzosamente la condenación produce la cancelación de la licencia".

Concepto del Ministerio Público.

El Procurador Primero Delegado en lo Penal conceptúa que debe confirmarse el fallo consultado, porque el motivo para la cancelación de la matrícula de abogado de Cabezas Agraces "no es, realmente, una falta, sino un hecho constitutivo de indignidad". Agrega que la jurisprudencia de la Corte sobre prescripción de la acción disciplinaria de que trataban los artículos 8º y 9º de la Ley 69 de 1945, no se refirió

a dicha causal, prevista de antemano en la Ley 21 de 1931, preexistente al hecho causante de la declaratoria formulada por el Tribunal. Luego concluye:

"Podría argüirse que esta disposición quedó derogada por expreso mandato del artículo 92 del Decreto 196 de 1971, y que por esta razón no es procedente aplicarla. Pero este argumento no tiene validez supuesto que en el tránsito de una legislación a otra esa causal de indignidad no desapareció sino que, por el contrario, fue reafirmada, así se le haya condicionado en el artículo 6º de dicho decreto en donde se la contempla para prohibir que un abogado sea inscrito o para expulsarlo de la profesión, si lo estuviere. Por consiguiente, si en el Decreto 196 del presente año no desapareció esa causal de indignidad, mal puede decirse ahora que se está en presencia de un indulto o cosa parecida para omitir sancionar ejemplarmente al abogado Cabezas Agraces y olvidar que cometió dos delitos graves y que fue condenado afrentando así el decoro de la profesión".

Consideraciones.

Primera. *Las medidas referentes al incorrecto ejercicio de la abogacía y la exclusión de esta actividad por delito cometido o por interdicción judicial, no tienen carácter de penas accesorias aplicables* ipso jure, *como parece darlo a entender el fallo, sino el de ordenaciones especiales, con jurisdicciones y procedimientos específicos, según el Decreto 196 de 1971.*

Segunda. *El artículo 10 de la Ley 21 de 1931 describía las causales "para no ser admitido como abogado o para que se cancele la inscripción", entre las cuales figuraba "haber sido condenado a sufrir pena aflictiva y no haber sido rehabilitado por el Senado". El artículo 16 de la Ley 69 de 1945 consideró la circunstancia últimamente anotada como constitutiva de* falta grave, *reprimible por los Tribunales Superiores siguiendo el procedimiento indicado en el artículo 9º de la misma ley. Tal medida era parte del régimen disciplinario establecido, a diferencia de la que contempla el artículo 6º del Decreto 196 de 1971, que está fuera de dicho régimen, pues no figura en el título 6º del estatuto sino entre el conjunto de disposiciones referentes a la inscripción de abogado y a la rectificación de este acto cuando, conforme al artículo 23, se "comprobare que se realizó sin el lleno de los requisitos legales".*

Tercera. *Si, conforme al sistema abolido desde el 1º de marzo de 1971, fecha en la cual fue promulgado el nuevo estatuto, la incursión por parte de un profesional del derecho en pena aflictiva era una falta en el ejercicio de sus actividades propias, sancionable con la cancelación de la matrícula, tal conducta pertenecía al régimen disciplinario, al igual que las demás faltas graves contra la moral profesional, y de este modo la acción represora quedaba también sujeta a la extinción por prescripción. Acción que vencía en el término común de un año, de acuerdo con el artículo 115 del Código Penal, aplicable a estas materias como lo reiteró la Corte en múltiples jurisprudencias. El régimen prescriptivo indicado es diferente del que ahora existe, en virtud de lo prevenido en el artículo 23 del Decreto 196 de 1971, que autoriza a los Tribunales, "en todo tiempo" la cancelación de la inscripción por motivos legales relacionados con delitos cometidos con posterioridad a su vigencia, si de esa causa se tratare, pues existe otra que es la interdicción judicial.*

Cuarta. Como ese término ya venció en el caso que se revisa, pues ha transcurrido más de un año desde que quedó ejecutoriada la sentencia condenatoria contra el abogado Cabezas Agraces, es forzoso declarlo así. Tal el reconocimiento que hará la Sala.

Decisión:

En mérito de las consideraciones que anteceden la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *revoca* el auto consultado y en su lugar declara que la acción disciplinaria está prescrita y que no puede proseguirse el procedimiento contra el abogado Tomás Cabezas Agraces, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Luis Enrique Romero Soto, Humberto Barrera Domínguez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Julio Roncallo Acosta, Mario Alario Di Filippo, Alvaro Luna Gómez, Luis Carlos Pérez, José María Velasco Guerrero.

José Evencio Posada V., Secretario.

DERECHO DE PETICION E IGUALDAD DE LAS PARTES ANTE LA LEY

Es impertinente alegar, con base en las solas normas constitucionales, la violación al derecho de petición y el desconocimiento de la igualdad de las partes ante la ley, porque, dentro de un proceso determinado, ellas se regulan por las disposiciones pertinentes del respectivo Código. La no intervención del agente del Ministerio Público en la diligencia de audiencia no está erigida en causal de nulidad. En cualquier estado del proceso es de rigor decretar cualquier nulidad que sea advertida por el funcionario o solicitada por las partes.—Reconstrucción de procesos.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, cinco de febrero de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Alvaro Luna Gómez).

Aprobado: Acta número 3, febrero 4 de 1972.

Vistos.

Por sentencia de 16 de diciembre de 1970 el Juzgado Superior de Sincelejo dentro del proceso seguido a cargo de Olave del Carmen Ortiz viuda de Linero por homicidio en su cónyuge José Linero Linero: negó la nulidad que le fuera impetrada; absolvió a la procesada por el delito por el cual se la llamó a juicio y la exoneró de pagar los perjuicios materiales y morales. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo, por medio de la suya de 23 de abril del año siguiente, *confirmó* la anterior, cuando de ella conoció por consulta.

Contra este fallo interpuso recurso de casación el apoderado de la parte civil y, como la tramitación correspondiente se encuentra agotada, pasa la Corte a decidir:

I. *Hechos y actuación procesal.*

1. Los primeros, en el auto de proceder, esquemáticamente se consignaron así:

"El día siete de junio de mil novecientos sesenta y nueve, a eso de las siete y treinta de la mañana, en el local ocupado por la Empresa Gaseosas Lux, se produjo una riña entre los esposos José Linero Linero y Olave del Carmen Ortiz de Linero, desenvocando (sic) en la muerte violenta del cónyuge como consecuencia de impactos recibidos por arma de fuego" (Fl. 107).

2. La investigación se inició el mismo día en que ocurrieron los hechos. Luego de oírse en indagatoria y en ampliación de ella a la sindicada y de ser recaudadas otras pruebas; de haberse constituido parte civil la madre de la víctima, el día 12 de los mismos mes y año, se decretó la detención preventiva de la acusada (Fl. 48). Se practicaron nuevas pruebas y por auto de 19 de agosto siguiente, se declaró cerrada la investigación (Fl. 83). El 19 de octubre de ese mismo año, Olave del Carmen Ortiz viuda de Linero fue llamada a responder en juicio criminal, con intervención del jurado, por el delito de homicidio en su legítimo esposo José Angel Linero Linero (Fls. 107 ss.). Tanto el apoderado de la parte civil como el defensor de la procesada apelaron de tal providencia (Fls. 126 vto., 128). Concedido y tramitado el recurso, el Tribunal, luego de presentadas las alegaciones de las partes, incluyendo la del Ministerio Público quien solicitó revocatoria de la providencia para que se sobreseyera definitivamente por considerar que la procesada había obrado en legítima defensa de su vida (Fls. 140 ss.), por medio de auto de 20 de marzo de 1970, le impartió su confirmación (Fls. 149 ss.). El 30 de abril de ese mismo año se abrió el juicio a pruebas (Fl. 161). Se decretó y practicó el avalúo de daños y perjuicios y la parte civil coadyuvó la petición del Ministerio Público para que se oyera en declaración a la menor Gilma Alicia Linero Ortiz (Fl. 163 bis). Una vez verificado el sorteo de jurados

(Fls. 170 ss.), por auto de 25 de septiembre de 1970 se señaló el 16 de octubre, de las 9 a. m. en adelante, para la celebración de la audiencia pública (Fl. 179). El 10 de octubre del mismo año el apoderado de la parte civil, "en consideración al extravío de los cuadernillos de la *parte civil* en toda su actuación que ha sido larga a través del mes de junio de 1969 hasta la fecha", solicitó el aplazamiento indefinido de la celebración de la audiencia, "hasta tanto se practiquen las diligencias en la forma establecida en el artículo 154" del Código de Procedimiento Penal (Fl. 182). Tres días más tarde el apoderado de la sindicada solicitó la práctica de algunas pruebas dentro de la audiencia (Fl. 183). Por auto de 26 de octubre, el Juzgado del conocimiento accedió a suspender la actuación y dispuso la reposición del cuaderno de la parte civil, que se practicaran las diligencias necesarias y se tuvieran como parte de él la copia de algunas piezas que obraban en el Despacho y la documentación presentada por el apoderado de aquella parte el día 13 inmediatamente anterior (Fl. 13 del nuevo cuaderno de la parte civil). Se observa que el nuevo cuaderno de la parte civil quedó formado por las copias y documentos que acaban de referenciarse. Por auto de 24 de noviembre de 1970, se fijó el 11 de diciembre siguiente, a partir de las 9 a. m., para la celebración de la audiencia (Fl. 184). Esta providencia, entre otras personas, fue notificada personalmente al Agente del Ministerio Público y al defensor de la procesada. Por estado lo fue a las demás partes (Fl. 184 vto.). El 10 de diciembre, el Fiscal del Juzgado solicitó se decretara una nulidad por error relativo a la denominación jurídica de la infracción (Fl. 193). En el día y hora señalados se verificó la audiencia pública. Concurrieron: el Juez, su Secretario, los Jurados, el Fiscal, la procesada, su defensor y tres de los declarantes citados por la defensa (Fl. 194). No hay constancia de que hubiera concurrido el apoderado de la parte civil. El jurado, por unanimidad absolvió a la acusada de los cargos que le fueron formulados, mediante veredicto unánime de "no es responsable". (Cfr. Fls. 194 ss., 200 ss.). Se produjo la providencia absolutoria de primera instancia, la cual no fue recurrida; luego la confirmatoria de segunda, contra la cual, según se dejó indicado, se interpuso por el apoderado de la parte civil el recurso extraordinario de casación.

II. *Demanda de casación.*

En ella, el apoderado especialmente constituido por la parte civil para el efecto, luego de hacer una escueta presentación de los hechos y de sintetizar la actuación procesal, ataca la sentencia de segunda instancia bajo el amparo de la causal cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, por *haber sido dictada "en un juicio viciado de nulidad constitucional;* vicio que está constituido por tres errores procedimentales", cada uno de los cuales es suficiente, en su concepto, para llevar a la invalidación de la sentencia. De manera subsidiaria plantea un cargo con fundamento en la causal primera, como adelante se precisará.

Los siguientes son los tres cargos que como principales formula contra el fallo impugnado, tomando como fundamento la causal cuarta:

Primero. Nulidad constitucional por violación de los artículos 45, 26 y 16 de la Carta Política.

El planteamiento del primer cargo para llegar a la conclusión que acaba de apuntarse, lo formula el demandante, así:

Habiéndose perdido el cuadernillo correspondiente a la parte civil, el apoderado de ésta solicitó se suspendiera la actuación y se repusieran las piezas, con fundamento en el artículo 154 del Código de Procedimiento Penal. En su afán de colaborar con la administración de justicia, el memorialista entregó algunas piezas que conservaba en su archivo. El Juez "ordenó practicar las pruebas conducentes a la reposición del cuaderno de la parte civil", pero "pocos días después, sin que nada se hubiese hecho para el efecto y a pesar de que había ordenado la suspensión del proceso, ordenó la realización de la audiencia pública". Se desconoce qué piezas se extraviaron y su importancia, pero como el apoderado de la parte civil sostuvo constantemente unas tesis no contempladas en el auto de proceder, se "perpetró una irregularidad por omisión, que constituye a no dudarlo una falla en las formas propias de cada juicio, de carácter supraprocesal penal". El Juez no podía proseguir la actuación "sin antes haber verificado actuación alguna que justificara su nuevo proceder", so pena de violar "elementales principios procedimentales sobre igualdad de las partes", como efectivamente ocurrió.

Cita doctrina de la Corte sobre interpretación del artículo 26 de la Constitución para concluir el demandante que "cuando se dice que 'nadie podrá ser juzgado', se está indicando que ese 'alguien' (en contraposición) que se juzga, no es solamente el sujeto pasivo de la acción, sino también, esas 'partes' que tienen sus intereses pendientes de un justo o injusto, legal o ilegal juzgamiento".

Agrega que la acción para pedir daños y perjuicios en el proceso penal "no es más que la concreción del derecho de petición que consagra la Magna Carta", el cual se hace nugatorio cuando no se puede ejercer por razón de vicios procedimentales de gran magnitud, por lo cual "la nulidad de carácter constitucional ya no vendría a referirse al artículo 26, directamente, sino al 45 de la Constitución Nacional".

"Además, si se da un tratamiento diferencial en un proceso penal, con perjuicio de las partes, se está violando flagrantemente el artículo 16 de la Constitución Nacional, que en forma general consagra el principio de igualdad ante la ley".

Segundo cargo. Nulidad constitucional por violación de los artículos, 16, 26 y 45 de la Carta:

Lo fundamenta, así:

El Fiscal del Juzgado, con anterioridad a la celebración de la audiencia, solicitó se decretara una nulidad. En la vista pública "se negó a llevar la vocería de la sociedad, alegando que no hablaría hasta tanto no se le resolviera". Su insólita actitud, "en merma de los intereses de la parte civil y de la justicia en general, permitió que los señores jurados de conciencia tuvieran una visión unilateral y equivocada de los hechos sobre los cuales emitieron su veredicción". Si hubiera intervenido, diferente hubiera sido la situación de la procesada, en atención a los deberes de aquél. "Su silencio fue cómplice necesario de la impunidad y causa eficiente de un fallo parcial". A tal irregularidad colaboró el Juez que no exigió al Fiscal el cumplimiento de su deber (Decreto 1358 de 1964, artículo 14). Aquella irregularidad "que a todas luces perjudicó a la parte civil, constituye, igualmente, una violación del artículo 472 del derogado estatuto procesal (sic) por parte del funcionario del conocimiento y del artículo 92 ib., por parte del Agente del Ministerio Público". Como el jurado, por esa irregularidad, tuvo una visión parcial de los hechos, se puede predicar que "se desfiguraron las bases del proceso, se menoscabaron los intereses de la parte civil, se afectó fundamentalmente la estructura del proceso y, en una palabra, se violaron los artículos 16, 26 y 45 de la Constitución Nacional". Tanto más cuanto que en la audiencia pública sólo se dio lectura al auto de proceder.

Tercer cargo. Nulidad constitucional por violación de los artículos 16, 26 y 45 de la Carta:

Lo fundamenta así:

En una misma providencia el Juez de primera instancia absuelve a la acusada y niega una nulidad. Entonces ella carece de validez "porque son de distinta naturaleza: sentencia-auto interlocutorio". Las disposiciones vigentes para aquella época establecen los requisitos de forma de los autos interlocutorios (Art. 158) y de las sentencias (Art. 159). Precisa los recursos que caben contra cada una de aquellas providencias y agrega: el Juez, al dictar aquélla en la forma dicha "creó una providencia mixta (sentencia-auto interlocutorio) que no existe en nuestro ordenamiento positivo", violó los artículos 158 y 159 del Código de Procedimiento Penal, "menoscabó los intereses de las partes, desfiguró el proceso y se apartó rotundamente de las formas propias de cada juicio". Se violaron los intereses de las partes porque ni la parte civil ni el Fiscal "pudieron interponer el recurso de reposición contra la materia correspondiente a la nulidad, porque estaba dentro del cuerpo de la sentencia y contra la sentencia sólo cabe la apelación, ya que no se trataba de un error aritmético. Concluye: "La creación de esa figura mixta, completamente arbitraria, implica que se violaron los artículos 16, 45 y 26 de la Constitución Nacional, por haberse negado el derecho a un recurso que tenían las partes, por no haberse seguido las formalidades propias de cada juicio y por el menoscabo integral de los derechos de las partes. El honorable Tribunal no podía revisar, por vicio de nulidad, esa sentencia".

Cargo subsidiario. - Causal primera.

Lo enuncia así:

Subsidiariamente "acuso la sentencia por la causal primera de que trata el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, por ser ella violatoria de la ley sustancial ya que se dio a una prueba un valor que no tenía, o mejor, se tuvo en cuenta para dictar la sentencia, una prueba que no existe en el proceso, por carecer de las formalidades legales pertinentes".

Para fundamentarla, expone:

La indagatoria de la sindicada no está firmada, ya que sólo aparece una letra que en nada se parece a su firma, según aparece ésta posteriormente. "Si esa indagatoria fue la que sirvió de base para aceptar una presunta legítima defensa, lógico es concluir que esa causal que excluye la antijuridicidad se basó en algo que jurídicamente no existe". Los jurados no podían fallar en conciencia sobre algo que no existe. Y, concluye: "Se violó pues, lo estatuido en el artículo 204 del Código de Procedimiento Penal vigente para la fecha en que los hechos tuvieron

lugar, pues se apreció una prueba que carece por completo de valor, o mejor, una prueba inexistente, violándose de esta forma la ley sustancial".

III. *Concepto del Ministerio Público.*

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, luego de reseñar los hechos, la actuación procesal y la demanda, manifiesta que en su opinión el segundo cargo aparece comprobado, por lo cual no entra a examinar los demás.

Para coadyuvarlo expone: el Ministerio Público "es parte privilegiada en el proceso penal" en atención a las funciones que le están encomendadas, las cuales precisa. Pone de presente cómo "el juicio es la parte más importante del proceso" y señala sus características, así como también destaca, en el nuevo procedimiento, la obligatoria asistencia del defensor, para concluir cómo la ausencia de éste violaría "las normas propias del juzgamiento" (Art. 508), de donde deduce que "tan importante es la intervención de la defensa en el juicio como la del Ministerio Público. La sociedad debe estar representada en el plenario como el acusado para que se garanticen plenamente los derechos de cada uno", en ratificación de lo cual cita conceptos de esa Procuraduría, en donde se destaca, de nuevo, la importancia de su misión. Luego de relievar la trascendencia de la vista pública cuando interviene el jurado y el que el veredicto constituye la base de la sentencia, concluye: "Si en un proceso con jurado el Ministerio Público no interviene en la audiencia, se incurre en nulidad del orden constitucional por infracción manifiesta de las normas propias del juzgamiento, porque la sociedad —parte privilegiada— no ha tenido la oportunidad de ejercer sus derechos en la actuación que decide ese tipo de procesos". Finaliza manifestando que con copia de las piezas pertinentes solicitará a la Procuraduría Delegada para el Ministerio Público investigación disciplinaria a cargo del Fiscal y del Juez Superior respectivos; y solicitando de la Corte casar el fallo impugnado y "declarar la nulidad de la actuación a partir del sorteo de jurados".

IV. *Consideraciones de la Corte.*

Primero. 1. Derecho de petición:

Varias son las formas en que puede presentarse el derecho de petición mas "cuando la defensa de un derecho —enseña Bielsa— o de un interés legítimo tiene una forma ya determinada por la ley, como la tiene en la esfera judicial —donde las autoridades deciden en virtud de demandas *o peticiones que corresponden a "acciones" o "recursos" y a otros actos reglados—, la petición debe hacerse formalmente. En substancia, se trata de actos de índole jurisdiccional que obligan a decidir (Rafael Bielsa, "Derecho Constitucional", tercera edición, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1959, págs. 296 sgt.).*

Significa lo anterior que tratándose de una petición formulada dentro de un proceso penal, ella debe ajustarse a las normas propias que lo regulan y que, también siguiendo esas normas, en la debida oportunidad, habrá de producirse la solución correspondiente. Y así lo dispone el artículo 7º del Decreto 2733 de 1959: "El simple ejercicio del derecho de petición es distinto de la acción de litigar en causa propia o ajena...".

En el caso concreto sometido a estudio, en cuanto hace relación a la petición del decreto de una nulidad formulada por el Fiscal la víspera de la iniciación de la audiencia pública, no existe una disposición legal que obligue al Juez a resolverla antes de que aquella se iniciara. Además, el artículo 200 del antiguo Código de Procedimiento Penal, vigente en aquel tiempo (Art. 212 del actual), lo facultaba para decretarla "en cualquier estado del proceso" en que la advirtiera. Entonces, bien podía estudiar y resolver sobre este punto dentro de la primera providencia que hubiera de proferir con posterioridad a tal petición, que fue lo que ocurrió en el caso concreto sometido a estudio. De manera que por este aspecto, no se vulneró a las partes en el derecho de petición. Y tánto menos puede afirmarse esa lesión, si se tiene en cuenta que el Tribunal en su sentencia de segunda instancia también consideró la pretendida nulidad que se alegó y que el a quo *negó, para llegar a la conclusión de que ella no podía decretarse. Obsérvese, como antes se reseñó, que la sentencia de primera instancia no fue recurrida en forma alguna y cómo ninguna de las partes, en la tramitación de la consulta correspondiente, memorializó solicitando esa declaratoria. Unicamente el Ministerio Público formuló su concepto pidiendo la confirmación de la providencia en estudio.*

2. Igualdad de las partes ante la ley:

El artículo 16 de la Constitución consagra, ante todo, el respeto a las garantías sociales y a los derechos individuales por parte del Estado: se quiebra el absolutismo estatal y se limita el derecho de cada ciudadano por el que corresponde a los demás (Francisco de Paula Pérez,

"Derecho Constitucional Colombiano", 5ª edición, Ediciones Lerner, Bogotá, págs. 163 ss.). De ahí que no se entienda de manera perfecta el alcance que en su alegación quiere darle el demandante en el asunto ahora contemplado. Pero si entiende como la paridad de oportunidades para la actuación dentro del proceso en estudio, como se anotó con relación al derecho de petición, su desarrollo y ejercicio, para el caso concreto, está regulado por las normas propias del Código de Procedimiento Penal. Es decir, que las disposiciones de éste, en su petición, ejercicio y cumplimiento, deben estar al alcance de todas aquellas partes que en él intervienen. Naturalmente que el cumplimiento de lo anterior tiene la limitación que se desprende de su posibilidad y del interés con que actúen las partes cuando se trate de una actividad no de orden público sino privado, como ocurre con la parte civil, en cuanto pretende la reparación de los perjuicios causados con la infracción.

3. Las consideraciones anteriores llevan a la conclusión de que es impertinente alegar con base en las solas normas constitucionales, la violación del derecho de petición y el desconocimiento de la igualdad de las partes ante la ley porque, se repite, dentro de un proceso judicial determinado, ellas se regulan por las disposiciones pertinentes del respectivo Código. Y esto, en el fondo, así lo debió entender el demandante cuando en la iniciación del capítulo correspondiente a la impugnación de la sentencia habla de "graves errores procedimentales", como fundamento de la demanda. Una vez sentado lo anterior, es preciso considerar por separado los tres hechos que, en opinión del libelista vendrían a configurar las supuestas nulidades.

Segundo. Primer cargo:

Nulidad constitucional (Arts. 16, 45 y 26) por no haberse reconstruido en su integridad, antes de la audiencia, el cuaderno correspondiente a la actuación de la parte civil.

El juzgador de primera instancia no ignoró ni rechazó la petición que le formulara el apoderado de la parte civil para que se diera aplicación al artículo 154 del antiguo Código de Procedimiento Penal sobre reconstrucción del perdido cuaderno correspondiente a ella. Por el contrario, accedió a esa petición y decretó las pruebas correspondientes. La labor se cumplió ordenando las copias que sobre el particular existían en los archivos del Despacho y disponiendo que se tuvieran como pruebas los documentos allegados por el apoderado. Por auto de 16 de octubre de 1970 se dispuso lo anterior, el cual fue debidamente notificado. Y así permaneció el expediente en espera del respectivo impulso hasta que por otro de 24 de noviembre del mismo año, se señaló de nuevo día y hora para la celebración de la audiencia pública. Durante todo ese lapso la parte que pedía bien hubiera podido presentar las pruebas que pretendía y que dice se extraviaron con el cuadernillo. Pero esa actividad no se cumplió. El funcionario no podía dejar indefinidamente la causa en la Secretaría, sino que era su obligación, pasado un tiempo prudencial, seguir impulsando el proceso, como en realidad ocurrió, tanto más cuanto que por razón de él una persona se encontraba privada de su libertad. Pero, aún más: agotada, en virtud de la última providencia esta etapa para practicar pruebas, no por ello se le cerraba la vía legal al peticionario para allegarlas al informativo, ya que bien hubiera podido hacer uso del derecho consagrado en el entonces vigente artículo 8º del Decreto 1358 de 1964 que disponía: "Cualquiera de las pruebas decretadas que no hubiera podido practicarse dentro del término probatorio, podrá serlo válidamente en la audiencia pública", derecho del cual sí hizo uso la defensa. Pero el apoderado de la parte civil no lo ejerció y, algo más, llegada la fecha y hora del juicio, ni siquiera concurrió a los estrados.

Ante la escueta realidad procesal anterior, es preciso concluir que, por este aspecto, en manera alguna se desconoció el derecho de petición, ni el principio de igualdad de las partes ante la ley, ni menos aún la plenitud de las formas propias de cada juicio, por lo cual ha de sentarse que no fueron violadas las respectivas disposiciones de la Constitución (Arts. 16, 45 y 26). En consecuencia, este primer cargo no prospera.

Segundo cargo:

Como ya se anotó, se hace consistir en que el Ministerio Público "se negó a llevar la vocería de la sociedad, alegando que no hablaría hasta tanto no se le resolviera su solicitud de nulidad", con lo cual, afirma, se violaron los artículos 16, 26 y 45 de la Carta.

Ante todo debe observarse de manera genérica que la ausencia del Ministerio Público de la diligencia de audiencia, no está constituida por la ley como causal de nulidad. No es ella, pues, de orden legal. Por el contrario, la primera parte del artículo 466 del estatuto procesal penal entonces vigente, disponía que "la no presencia de las partes o de sus apoderados no impedirá la celebración del juicio...". Pero en el caso que se estudia no solamente no hubo ausencia del

Ministerio Público sino que él, según consta en el Acta respectiva, se hizo presente en la audiencia e intervino en ella. Durante esa diligencia y ante su presencia fueron juramentados los jurados, se dio lectura al auto de proceder, se juramentaron los testigos citados por la defensa y rindieron sus exposiciones. Al terminar éstas, se lee: "Prosiguiendo, el Juez concedió por primera vez la palabra al señor Fiscal, el cual la renunció, concedida por primera vez la palabra a la procesada también la renunció. Concedida por primera vez la palabra éste (sic) igualmente la renunció. Concedida por segunda vez la palabra al señor Fiscal manifestó: que hasta tanto el Juzgado no le resolviera el memorial de solicitud de nulidad, él se abstendría de hablar, solicitud que fue coadyuvada por el defensor. El señor Juez manifestó que dicho memorial sería resuelto en la sentencia y que se negaba la solicitud hecha por el señor Fiscal...". (Fls. 194, 196). El Acta aparece firmada por el Fiscal, sin observación alguna (Fl. 198).

De manera que la audiencia no se celebró a espaldas del Ministerio Público sino ante su presencia. Y esta parte del proceso intervino en la segunda ocasión en que se le concedió la palabra, habiendo renunciado la primera vez, para ratificarse en su petición de nulidad, a lo cual el Juez manifestó que la negaba y que quedaría resuelta en la sentencia.

De ahí que por este aspecto no se desconoció el derecho de petición, ni se quebrantó la igualdad de las partes ni se burló la plenitud de las formas propias del juicio, por lo cual no se violaron las disposiciones constitucionales señaladas por el demandante. En consecuencia, este segundo cargo tampoco habrá de prosperar.

Otra cosa distinta y que, en atención a la medida tomada por el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal escapa ahora a esta Corporación, es la relacionada con la investigación disciplinaria para esclarecer la conducta del Fiscal.

Tercer cargo:

Nulidad de rango constitucional por violación de los mismos artículos citados anteriormente, porque el Juez de primera instancia, en una misma providencia, absuelve a la acusada y niega una nulidad.

No se ve que en la actuación censurada se hayan infringido las normas constitucionales en cita, ni tampoco las de orden legal. El hecho de que en una sentencia dictada en primer grado dentro de un proceso penal se haya resuelto negativamente una petición de nulidad recientemente formulada por una de las partes, no irroga ofensa alguna a ésta ni viene a desconocerle su derecho de petición. Por el contrario, es deber de los funcionarios examinar si en el curso de un juicio se ha incurrido o no en ella para, en caso afirmativo, decretarla. Así lo disponía el artículo 200 del Código Procesal Penal vigente cuando se adelantaron estas diligencias: "En cualquier estado del proceso en que el Juez advierta que existe alguna de las causales previstas en los artículos anteriores, decretará la nulidad de lo actuado desde que se presentó la causal y ordenará que se reponga el procedimiento para que se subsane el defecto, salvo que se tratare de ilegitimidad de la personería en el querellante" (actual 212). De manera que si el funcionario advierte la causal de nulidad, debe proceder oficiosamente a declararla de plano. Por lo general cuando no se advierte su existencia, se guarda silencio, sin necesidad legal de afirmar su ausencia. Pero otra cosa ocurre cuando se formula la petición, porque entonces, es su deber pronunciarse de manera clara y expresa sobre el particular, tal como procedió el juzgador de primera instancia. La providencia por medio de la cual en el caso de autos así se procedió en la forma anotada, no irrogaba ninguna lesión al peticionario. Por el contrario, se le estaba estudiando su pedimento, se le estaba reconociendo su derecho de petición. Cabe destacar que la parte civil, al ser notificada de la sentencia de primera instancia, y, también el Ministerio Público, la toleraron, no interpusieron en su contra recurso de ninguna naturaleza. De no estar de acuerdo, han debido apelar.

Pero, algo más: subida en consulta la providencia, las partes también guardaron silencio. No se lee escrito alguno en el cual hubieran impetrado del Tribunal de segunda instancia declaratoria de nulidad ninguna. Así las cosas, no hubo derechos conculcados, no se quebrantaron ningunas de las garantías que la ley otorga a las partes y, en consecuencia, este tercer cargo, tampoco puede prosperar.

Tercero. Cargo subsidiario. - Causal primera:

Acusa la sentencia, a través de la causal primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal por ser "violatoria de la ley sustancial ya que se dio a una prueba un valor que no tenía, o mejor, se tuvo en cuenta para dictar la sentencia, una prueba que no existe en el proceso, por carecer de las formalidades legales pertinentes".

La fundamenta en que el jurado reconoció la legítima defensa a la procesada con fundamento

en su indagatoria, la cual es inexistente por carecer de la firma de aquélla.

Ha sido doctrina de la Corte, elaborada en numerosos fallos, que en los juicios en que interviene el jurado no es dable el que prospere el cargo en la forma propuesta, porque aquél puede fundamentar su veredicto en cualquiera de las pruebas que obren en el expediente, sin que sea lícito pedirle razón de ello. Falla en conciencia. De tal manera que ese veredicto absolutorio bien pudo tener su fundamento en cualquier otra prueba o pieza distinta a aquélla a la cual se refiere el demandante. Con todo, a fin de despejar toda duda que pudiera llegar a presentarse, debe tenerse en cuenta que la sindicada alegó su legítima defensa no sólo en su primera indagatoria, sobre cuya antefirma aparece su letra inicial original, sino también en la diligencia de ampliación de ella y en su exposición durante los interrogatorios en la audiencia pública. Así las cosas, carece de todo fundamento este nuevo cargo por lo cual también habrá de desecharse.

En consecuencia de lo expuesto y dando aplicación al artículo 582 del Código de Procedimiento Penal (569 del antiguo), como los cargos contra la sentencia impugnada no pueden prosperar, habrá de desecharse el recurso extraordinario interpuesto.

Sin lugar a otras consideraciones, 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 interpuesto contra la sentencia de 23 de abril de 1971, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo dentro de las presentes diligencias.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Luis Enrique Romero Soto, Humberto Barrera Domínguez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Julio Roncallo Acosta, Mario Alario Di Filippo, Alvaro Luna Gómez, Luis Carlos Pérez, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

DETENCION ARBITRARIA

Cuando un funcionario público priva de la libertad a una persona, sin fundamento legal dando pábulo a una simple animadversión personal, a un interés venal, o sin cumplir las formalidades legales, su conducta se adecua al tipo penal que describe la detención arbitraria (295 C. P.). Pero cuando dicha conducta la realiza como un simple particular, sin ejercitar autoridad que se concrete, al menos aparentemente, en acto propio de los que sean inherentes a su cargo, comete delito de secuestro. (293, 294 C. P.).

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, 15 de febrero de 1972.

(Magistrado ponente: doctor José María Velasco Guerrero).

Aprobado: Acta número 4 de 1972.

Vistos.

Consulta el Tribunal Superior de Medellín su providencia de 29 de septiembre del año próximo pasado por medio de la cual condenó al Exjuez Promiscuo Municipal de Belmira a la pena principal de seis meses y quince días de prisión y a las accesorias de rigor, por el delito de detención arbitraria en la persona de Argemiro Barrientos Restrepo. Los hechos tuvieron ocurrencia el 22 de octubre de 1969.

El entonces Juez Promiscuo Municipal de Belmira, cuando mediaban las nueve y diez de la noche de ese día, se llegó hasta el "Café Social" de la población en busca de algo para comer. En una de las mesas vecinas Argemiro Barrientos Restrepo y un grupo de amigos suyos jugaban "dominó". La jugada en falso de uno de ellos causó hilaridad entre sus compañeros y el resentimiento del Juez, que, antojadizamente, se llamó a ofensa por la espontánea y para él incomprensible alegría de sus vecinos. Este malentendido llevó al Juez hasta su Despacho y allí escribió, al parecer, la orden de captura contra Barrientos Restrepo, "por irrespetos a la autoridad", que le fue intimada por el agente de Policía José Salomón Agudelo, privándolo de libertad hasta las diez de la mañana del día siguiente, cuando fue excarcelado por el Alcalde Municipal.

Concepto del Procurador.

Luego de reseñar los hechos y la tramitación procesal, el Procurador Primero Delegado en lo Penal encuentra equivocada la providencia materia de la consulta y haciendo cita de reciente jurisprudencia de esta Sala de la Corte reclama un pronunciamiento de nulidad a partir del auto, inclusive, que declaró cerrada la investigación. Observa cómo el procesado Delio Bustamante Herrera abusó del cargo de Juez de Belmira, por fuera del ejercicio de sus funciones, pues su presencia en el "Café Social" no tenía que ver con ellas. Llegó al establecimiento en su carácter particular y el supuesto irrespeto de que se le hizo víctima, era ajeno también a sus calidades oficiales.

Dice textualmente el Procurador: "Lo que la ley ha erigido como delito de detención arbitraria es la privación injusta de la libertad de una persona con abuso de las funciones propias del cargo que ostenta el agente del ilícito; pero no cuando esa detención ilegal es el producto de un abuso del cargo o de la investidura oficial, como sucede en el caso a estudio.

Ciertamente que lo afirmado por el Procurador Primero Delegado en lo Penal encuentra asidero en lo que sobre el particular, en repetidas ocasiones y en diferentes épocas ha dicho esta Sala de la Corte al sostener que no comete delito de detención arbitraria el funcionario que priva de libertad a la persona que lo injuria por razones ajenas a las actividades propias de su cargo porque la figura delictiva específica de la detención arbitraria exige como condición ineludible que el funcionario prive de su libertad a una persona cuando actúa dentro de la

esfera de su competencia, con extralimitación de sus funciones.

Con fundamento en esta jurisprudencia ha dicho el Procurador Primero Delegado en lo Penal que el Exjuez Promiscuo Municipal de Belmira —condenado por el Tribunal Superior de Medellín— cuando en la noche del 22 de octubre de 1969 llegó al Café Social de dicha ciudad, en busca de un "perro caliente" y creyéndose víctima de las burlas inocuas de unos paisanos que allí jugaban dominó y desconocían su calidad de Juez, o siendo, efectivamente objeto del empalago de sus vecinos, ordenó la captura de uno de ellos y lo privó de libertad, abusivamente, por un lapso de casi 12 horas, procedió en razón del ejercicio de las funciones propias de su cargo pero sí prevalido de la investidura y fuera de su legítima competencia. El Procurador concluye que, en dicha forma, el funcionario detuvo injustamente a Argemiro Barrientos Restrepo, simplemente abusando del cargo, y ejecutó una represalia particular, habiendo incurrido en delito de secuestro.

Un estudio más atento sobre la materia induce a la Sala a corregir recientes y anteriores doctrinas sobre el particular. Pues resulta evidente que la muy sutil antinomia establecida en ellas entre lo que se ha denominado abuso del cargo y abuso de las funciones, diferenciándolos, conduce a deducciones un tanto ilógicas, pues no se ve ciertamente cómo pueda abusarse del cargo sin abusar al tiempo de las funciones que le son inherentes. Es posible que un funcionario actúe particularmente, sin abuso del cargo y sin extralimitar sus funciones. Pero es imposible abusar de la investidura de funcionario sin hacerlo al tiempo de las funciones que le son propias. La diferencia entre el acto particular y el del funcionario, cuando se trata de privar de libertad a una persona, radica justamente en que el acto por medio del cual el funcionario priva arbitrariamente de su libertad a alguno, es acto de autoridad, contra el cual pueden ejercitarse todos los recursos de ley y específicamente el de Habeas Corpus. El particular sujeto pasivo de la medida arbitraria puede reclamar contra ella y acusar al funcionario abusivo. El acto de éste, es un acto público. Y porque abusa de su autoridad y detiene a una persona sin las prescripciones de ley o sin motivos para hacerlo, es por lo que, en su caso, se configura la detención arbitraria que, en el fondo, no es más sino un abuso de autoridad especialmente calificado por el legislador colombiano como "detención arbitraria", con la diferencia que el bien específicamente protegido por el legislador en este caso concreto es el de la autonomía personal, con miras a impedir que funcionarios investidos de autoridad puedan llegar a limitar abusivamente la libertad individual y de locomoción. En cambio como muy claramente lo destaca la doctrina, el bien jurídico protegido por el legislador con el delito de abuso de autoridad, entendido en su forma más amplia y genérica, no es precisamente la libertad del individuo y su derecho de moverse a su antojo, sin restricción ninguna por parte de los funcionarios, sino el de la administración pública que puede ser en determinados casos vulnerada u ofendida por actos de los funcionarios cuyos daños no rebasan la órbita de la gestión de los órganos del Estado. Por ello, en otra ocasión, ha dicho la Corte que "cuando un funcionario público decida, con base en las funciones que le han sido otorgadas, privar de libertad a una persona, sin fundamento legal, esto es, caprichosa o arbitrariamente, dando pábulo a una simple animadversión personal, a un interés venal o a pesar de obrar de acuerdo con el derecho y teniendo fundamento suficiente para ello, olvida las formalidades legales, siempre estará vulnerando el bien jurídico de la libertad personal, es decir, cometerá el delito de detención arbitraria...". (Auto de 12 de septiembre de 1947, G. J. Tomo LXIII, pág. 447).

De lo dicho hasta aquí puede ya concluirse que incurre en detención arbitraria el funcionario que tiene entre sus funciones la facultad legal de privar de libertad a las personas cuando lo hace sin sujeción a las formalidades prescritas legislativamente o cuando la norma jurídica no autoriza la detención. Pero en todo caso el hecho ha de ser cometido por funcionario o empleado público, con abuso de sus funciones. Cuando éste priva de libertad a una persona, como un simple particular, sin identificarse, sin ejercitar autoridad que se concrete, al menos, aparentemente, en acto propio de los que son inherentes a su cargo, entonces sí cometerá delito de secuestro, y su proceder, por ser ajeno a sus funciones, caerá dentro del ámbito de lo simplemente particular, y su conducta podrá serle reclamada como tal dentro de las prescripciones de los artículos 293 —secuestro de rescate— o 294 —secuestro impropio—. Cuando este delito es cometido por quien exhiba la condición de funcionario con la facultad de detener, al través de acto de autoridad, no puede hacerlo sino con abuso de las funciones inherentes a su cargo y toma la calificación de detención arbitraria, sin perjuicio de que el hecho aparezca en concurso con otros delitos, concusión, por ejemplo, si se

ha cometido para exaccionar a la víctima.

Como el hecho atribuido al Exjuez Promiscuo Municipal de Belmira por el cual lo condenó el Tribunal Superior de Medellín a la pena principal de seis meses y quince días de prisión y a las accesorias de rigor, en providencia que ahora consulta con esta Superioridad, tipifica claramente el delito de detención arbitraria, la Sala habrá de confirmarla.

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, oído el concepto del Agente del Ministerio Público, *confirma* en todas sus partes la providencia consultada.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Luis Enrique Romero Soto, Humberto Barrera Domínguez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Julio Roncallo Acosta, Mario Alario Di Filippo, Alvaro Luna Gómez, Luis Carlos Pérez, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION

Por tratarse de una institución jurídica excepcional, deben observarse a plenitud las formalidades exigidas por el estatuto procedimental, entre ellas la demanda en forma y el alegato de conclusión de la parte interesada.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.— Bogotá, quince de febrero de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Luis Eduardo Mesa Velásquez).

Aprobado: Acta número 4 de 1972.

Vistos.

Entra la Corte a resolver el recurso extraordinario de revisión propuesto por el procesado Manuel Rentería Otaolaurruchi, por medio de apoderado especial, respecto del juicio adelantado en su contra por el delito de homicidio en la persona de José David Ramírez, en el que fue condenado el recurrente a la pena de treinta y dos meses de presidio y a las sanciones accesorias correspondientes, entre éstas la expulsión del territorio nacional, mediante sentencia de 21 de marzo de 1970 del Juzgado Segundo Superior de Manizales, confirmada por el Tribunal Superior del lugar en la suya de 5 de mayo del mismo año.

Hechos y antecedentes procesales.

Los hechos que motivaron la formación del proceso los narra el Procurador Primero Delegado Penal en la vista con la cual descorrió el traslado, del modo que pasa a transcribirse:

"Alrededor de las once y media de la noche del día diez y ocho (18) de marzo de mil novecientos sesenta y ocho (1968), José David Ramírez acompañado de Jesús Perdomo Benavides y de dos muchachas a quienes habían conocido poco tiempo antes, después de haber tomado algunas bebidas alcohólicas, se presentaron en el Restaurante "Dorado Español", situado en la ciudad de Manizales, en donde pidieron algunas otras y alimentos; estando allí penetró un individuo en traje de campesino, al parecer en compañía de un amigo, el cual por dicha circunstancia o porque no fuera posible cumplir su pedido, no fue atendido; esto ocasionó la protesta de José David Ramírez y de su amigo, quienes se dirigieron en términos soeces e insultantes al propietario del establecimiento; éste, Manuel Rentería Otaolaurruchi, quien estaba en compañía de su compatriota Angel Alvarez y de otro amigo, después de algunas palabras, se trabó en riña a puñetazos con Ramírez y su acompañante, apoyado a su vez por sus amigos, como resultado de lo cual, los dos primeros salieron del establecimiento y después de algunos golpes más, caminaron algún trecho y desde allí, después de proveerse de unas estacas o palos, continuaron insultando a los del restaurante, que se habían retirado; salieron Rentería y Alvarez, permaneció el segundo para hacer frente a Ramírez y su compañero y Manuel Rentería regresó a su establecimiento, se proveyó de un revólver y se aproximó nuevamente al lugar; a consecuencia de un golpe recibido en un brazo, cayó Angel Alvarez y en este momento, Manuel Rentería hizo un disparo contra José David Ramírez, el cual murió pocos momentos después, habiendo la Policía capturado a Rentería y a Alvarez".

En razón de esos hechos el Juzgado Segundo Superior de Manizales dictó, con fecha 9 de mayo de 1969, auto de proceder contra Manuel Rentería por homicidio en la persona de José David Ramírez, cometido en la circunstancia atenuante del artículo 28 del Código Penal, y contra Jesús Perdomo Benavides por lesiones en la persona de Angel Alvarez Gómez.

El auto de vocación a juicio fue recurrido en apelación, y el Tribunal Superior de Manizales lo confirmó en el suyo de 30 de septiembre de 1969.

Rituada la causa se celebró la audiencia pública el 10 de marzo de 1970, y el Jurado afirmó la responsabilidad de los acusados a tono con los cargos a éstos imputados.

En armonía con el veredicto el Juzgado del conocimiento y el respectivo superior produjeron las sentencias a que se aludió anteriormente.

Demanda de revisión.

Fue formulada por el abogado Adonías Castillo Ramos, ejerciendo el poder que para tal fin le otorgó el sentenciado Manuel Rentería Otaolaurruchi, en escrito presentado el 22 de junio de 1971, ceñido en su forma externa a las exigencias del artículo 583 del Código de Procedimiento Penal. En ella se invocan las causales 3ª y 5ª de revisión señaladas en el artículo 584 del estatuto citado, y a su amparo se sostiene que las pruebas que determinaron la condena, constituidas por varios testimonios y la propia confesión del inculpado, son falsas, pues no fue Manuel Rentería el autor del homicidio de José David Ramírez, como que el hecho lo ejecutó Angel Alvarez Gómez, y también se afirma que con posterioridad al debate que culminó con la condenación de Rentería apareció un hecho nuevo, demostrable con pruebas no conocidas en el juicio, consistente en que fue otra persona, o sea Angel Alvarez Gómez, el agente de la infracción, lo que revela la inocencia del condenado recurrente y pone de resalto la injusticia del fallo recaído en su contra.

La demanda de revisión fue acompañada de las copias de las sentencias de primero y segundo grado y de las declaraciones de nudo hecho de Julio Darío Gómez, Gustavo Salazar Giraldo, Gilberto Amézquita, Fressi Ciutelli Alvarez y René Páez, quienes depusieron acerca de circunstancias que acompañaron y subsiguieron a los acontecimientos en los cuales perdió la vida el occiso José David Ramírez.

Trámite del recurso.

Por cumplir la demanda las condiciones legales se le dio el impulso procesal indicado en los artículos 586 y 587 del Código de Procedimiento Penal.

En el término probatorio fueron ratificadas las declaraciones extrajuicio aportadas con la demanda; se practicaron otras pruebas pedidas por el actor, y se produjo también, a solicitud del Agente del Ministerio Público, el testimonio del abogado Adolfo Vélez Echeverri, quien desmiente la especie recogida por algunos de aquellos deponentes en el sentido de que varios declarantes habían depuesto en el proceso original en contra del procesado Manuel Rentería por dinero, señalándolo como el autor del homicidio de José David Ramírez y ocultando al verdadero culpable, señor Angel Alvarez.

Con ocasión del traslado que del asunto se dio al Ministerio Público representado por el Procurador Primero Delegado Penal, éste hizo un minucioso estudio de todos y cada uno de los elementos de convicción allegados al informativo, sometiéndolos a aguda y racional crítica, para concluir que no se demostró ninguno de los motivos aducidos para la revisión del juicio, por lo cual ésta debe denegarse.

El término de traslado al recurrente, que subsiguió al de la Procuraduría, discurrió sin que el actor presentara la alegación a que estaba obligado, abandonando así la pretensión.

Se considera.

1. Con relación a la naturaleza del recurso de revisión y a los presupuestos a que éste está sometido, dijo esta Sala de la Corte en providencia de 11 de septiembre de 1970 lo que aquí se traslada y cuya doctrina reafirma:

"La fase probatoria del procedimiento de revisión tiene por objeto el que se alleguen en esa oportunidad las comprobaciones del motivo aducido en la demanda. En ella debe el recurrente ofrecer los nuevos hechos o los elementos de prueba que justifiquen la revisión invocada.

"La demanda de revisión, en cuanto cumpla los requisitos que para ella prescribe la ley (Art. 572 del C. de P. P.), da base para abrir el trámite del recurso por los cauces señalados en los artículos 573 y ss. del estatuto procesal penal, pero ella no basta, por sí sola y en regla general, para que la Corte quede ligada al examen del fallo de condena que se reputa injusto. El recurrente tiene en principio el deber de sustentar esa clase de impugnación mediante alegato escrito, que se presenta una vez vencido el término probatorio y dentro de los quince días de traslado que para ello se da, de conformidad con el artículo 574 del referido código, precisando a la Corte la demostración que haya tenido la causal de revisión postulada, y consiguientemente el error en que pudieron incurrir los juzgadores y la necesidad de remediar una grave injusticia, a fin de que la verdad real prevalezca sobre la verdad procesal declarada en la sentencia.

"La revisión es una institución jurídica excepcional, que se dirige contra la firmeza de la cosa juzgada para obtener un nuevo examen de la sentencia condenatoria firme, para enmendar errores judiciales que redunden en la sanción

del inocente. De ahí que esté sometida en su iniciación y desarrollo a requisitos de necesaria observancia, entre ellos la demanda en forma y el alegato de conclusión de la parte interesada, en el que ésta ha de poner de relieve, con fundamento en las pruebas producidas en el proceso especial de la revisión, la situación facticia surgida o conocida con posterioridad al fallo cuya anulación se pretende y que justifique la rescisión de la declaración jurisdiccional, para poner fin a sus efectos nocivos. La demanda suscita la instancia peculiar de revisión, y la alegación de conclusión da forma al debate que la Corte debe definir acerca del proceso penal ya concluido.

"La revisión 'es un recurso el más exigente', que no puede tener éxito sin el lleno de ciertos presupuestos subjetivos, objetivos y formales. Entre ellos está el alegato de fondo, que sucede al período probatorio y en el que el actor debe analizar razonadamente la prueba, en orden a demostrar o poner de resalto la existencia real del motivo presentado en el escrito de demanda, con técnica similar a la que preside la casación. No basta de ordinario, al menos en el derecho positivo colombiano, formular la petición de revisión y solicitar luego la práctica de pruebas; es menester, para el planteamiento completo, sustentar la causal o causales presentadas en la demanda que origina el proceso *sui generis* de la revisión mediante el alegato de conclusión, pues la Corte no tiene actuación oficiosa para darle forma a la acusación contra el fallo que se ataca.

"Solamente por vía de excepción, en casos muy especiales, podría el recurrente en revisión ser eximido del alegato de conclusión, en la hipótesis de que en el libelo de demanda fundamentara con claridad y precisión el motivo aducido y demostrara en él la existencia de la causal invocada con pruebas acompañadas a la misma demanda y que no requirieran de ratificación o nueva producción en la etapa probatoria del recurso, es decir, que pudieran ser apreciadas en la decisión sin más condiciones, por tratarse, verbigracia, de documentos oficiales auténticos".

2. En el caso presente el demandante limitó su actuación a la presentación de la demanda y a la solicitud de pruebas, que se practicaron en la oportunidad debida, mas omitió el alegato de conclusión, en el que ha debido analizar los diversos elementos de juicio allegados para demostrar a la Corte con base en ellos, si tal era su convencimiento, que las causales invocadas en el libelo petitorio, conceptualmente ligadas por los motivos en que las sustentó, se comprobaron realmente y que por ello la condenación recaída contra el procesado Manuel Rentería pudo ser injusta.

3. La falta de ese presupuesto, indispensable para un pronunciamiento de la Corte sobre el fondo, dejó trunco el recurso y exime a la Corporación del estudio de las cuestiones planteadas en el memorial que abrió el cauce del recurso de que se trata a la luz de la prueba aducida, pues no puede la Sala suplir, ex-officio, la omisión del demandante de la alegación ameritada, omisión que equivale a un abandono de la acción promovida contra la firmeza del fallo por el cual fue condenado el señor Manuel Rentería.

4. Por consiguiente, el mencionado recurso extraordinario no puede prosperar.

Decisión:

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal— de acuerdo con el Procurador Primero Delegado Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *niega* la revisión del juicio seguido contra Manuel Rentería Otaolaurruchi por homicidio en la persona de José David Ramírez, en el cual se condenó a aquél a la pena principal de treinta y dos meses de presidio y a las accesorias de rigor, mediante sentencias del Juzgado Segundo Superior de Manizales y del Tribunal Superior del mismo distrito, fechadas en su orden el 21 de marzo y el 5 de mayo de 1970.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la *Gaceta Judicial.*

Luis Enrique Romero Soto, Humberto Barrera Domínguez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Julio Roncallo Acosta, Mario Alario Di Filippo, Alvaro Luna Gómez, Luis Carlos Pérez, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

VEREDICTO

(Aclaración).—Los jueces de hecho, una vez publicado el veredicto, solamente tienen la facultad para aclararlo, lo que en ningún caso puede implicar una mudanza sustancial del mismo.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, diez y siete de febrero de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Julio Roncallo Acosta).

Aprobado: Acta número 4 de 15 de febrero de 1972.

Vistos.

La sentencia del siete de mayo de mil novecientos setenta y uno, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá condenó a Jesús Antonio Bermúdez Ramos a la pena principal de "noventa y seis (96) meses de presidio" como responsable del delito de homicidio en la persona de María Lilia Salamanca o Martha Martínez, fue recurrida en casación por el defensor del procesado. Concedido el recurso extraordinario por el sentenciador de segunda instancia, declarado admisible por la Corte y agotado, en suma, el trámite propio del asunto, se procede a decidir.

Antecedentes.

a) Al amanecer del día 3 de enero de 1970 Jesús Antonio Bermúdez Ramos, quien se encontraba en la casa de lenocinio marcada con el número 6-97 de la carrera 11 de esta ciudad, le exigió a María Lilia Salamanca, conocida también como Martha Martínez, que se le entregara sexualmente. Mas como ésta no se aviniera a complacerlo, le disparó con su revólver, ocasionándole la muerte en pocos instantes. El homicida huyó del prostíbulo, pero fue capturado por agentes de la Policía momentos después.

b) Abierta la investigación por el Juez 8º Penal Municipal de Bogotá, fue luego remitida al Juzgado 17 Superior de la misma ciudad, Despacho que, tras incorporar al informativo nuevos elementos de juicio y clausurar la etapa instructiva, calificó el mérito del sumario llamando a Bermúdez Ramos a responder en juicio por homicidio simplemente voluntario en la persona de María Lilia Salamanca.

c) Con oportunidad de la audiencia pública el Juez de la causa propuso al Jurado de conciencia el siguiente cuestionario:

"El procesado Jesús Antonio Bermúdez Ramos, de las condiciones personales y civiles conocidas en autos, es responsable, sí o no, de haber causado la muerte, con el propósito de matar, a María Lilia Salamanca —alias— Martha Martínez, mediante herida inferida con arma de fuego de corto alcance (revólver), todo ello conforme a hechos ocurridos de 5 y 30 a 6:00 de la mañana del día tres (3) de enero de mil novecientos setenta (1970) dentro de un salón de la casa ubicada en la carrera 11 número 6-97, centro de esta ciudad de Bogotá.

d) La inicial respuesta del Jurado fue del siguiente tenor: 'Sí es responsable pero sin el propósito de matar' ".

e) Consta en el acta de la audiencia que el Juzgado, con anuencia de las partes, solicitó a los miembros del Jurado que aclarasen el veredicto, a lo cual aquéllos accedieron. Y tras deliberar un cuarto de hora, contestaron el cuestionario diciendo: "Sí es responsable".

f) Fundado en la respuesta postrera del Tribunal Popular y después de negar las pretensiones de la defensa en el sentido de que se declarara el veredicto contradictorio, o se anulase lo actuado "para que la celebración del juicio se lleve a efecto en la forma amplia y controvertida que quiere la ley", el juez de la causa profirió la sentencia condenatoria del 12 de febrero de 1971, confirmada por el Tri-

bunal Superior de Bogotá mediante la que ahora es objeto del presente recurso extraordinario. (Fls. 169 a 184, Cd. 1º; 21 a 27, Cd. 2º).

La demanda de casación.

En libelo inobjetable desde el punto de vista formal, el apoderado de Jesús Antonio Bermúdez acusa el fallo recurrido invocando las causales de casación que el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal contempla en sus ordinales 2º y 1º

Causal segunda.

Estar la sentencia en desacuerdo con el veredicto del Jurado.

Consiste el cargo en que el veredicto válidamente emitido por el Tribunal Popular fue el primero. "Sí es responsable pero sin intención de matar", y no el segundo, "Sí es responsable", sin aditamento alguno, como se pretende, al acogerlo, en el fallo recurrido. Tesis que, en síntesis, se apoya sobre los siguientes argumentos:

No existe norma legal que autorice a los Jueces para solicitar al Jurado que aclare el veredicto. Sobre el particular sólo opera una costumbre, generalizada y acaso provechosa, pero de delicado y difícil manejo, porque se corre el riesgo de que a pretexto de aclaraciones, se sustituya la voluntad de aquél. Y al respecto recuerda esta doctrina de la Corte:

"El Juez de derecho tiene la obligación de no inmiscuirse, en lo mínimo, en la deliberación sustancial del Jurado, ni más ni menos que como los extraños al juicio. Pero esto no impide que, en lo referente a las cuestiones de mera forma y procedimiento, pueda muy bien aportar sus luces de experto a quienes, por definición, no son expertos en tales cuestiones". (Cas. abril 5 de 1954, G. J., T. LXXVII, pág. 456).

Tampoco está el juri legalmente habilitado para aclarar el veredicto después de que éste se ha conocido públicamente. Agrega que la Corte ha expuesto sobre el tema este criterio:

"Al Jurado no le es permitido, después de entregar el veredicto al Juez y de firmada el acta respectiva, aclarar el concepto del mismo con circunstancias o modalidades diferentes de las contenidas en el texto primitivo, porque con ello se arrogaría una facultad excesiva, que sobrepasaría, con mucho, el límite de sus atribuciones legales.

"De ser permitido este procedimiento, los Jueces Populares extralimitarían la facultad que tienen de explicar el veredicto, con una simple adición a su contenido sobre las modalidades del hecho (Art. 29 de la Ley 4ª de 1943), y se les daría asimismo una peligrosa atribución, contraria al espíritu de la ley, que apenas otorga al Jurado el derecho de deliberar en forma privada, pero sin contacto alguno con personas distintas (parágrafo del artículo 29 citado), cosa que ocurriría siempre que por influencias extrañas pudiese adicionarse lo que no es susceptible de ser alterado para que haya verdadera seriedad y garantía en la justicia. (Cas. febrero 14 de 1950, G. J. T. LXVII, págs. 74 y 75)".

La aclaración en el presente caso se produjo, según se desprende del acta, después que el Juez cambió ideas con el Fiscal del Juzgado y el Defensor del acusado en presencia del Jurado.

"En tales condiciones —afirma— teniendo en cuenta los referidos hechos, apenas es racional y justo suponer que ese segundo veredicto, determinado así por no haber forma más adecuada para hacerlo, estuvo sometido a 'influencias extrañas', que no fue la consecuencia de un 'deliberar en forma privada', ni que tampoco se produjo, como lo exige la fórmula del juramento consagrada en el artículo 560 del Código de Procedimiento Penal, 'sin atender voz distinta' de aquella relativa a la 'personal conciencia' de los Jueces Populares".

Expresa luego que el veredicto del Jurado: "Sí es responsable pero sin el propósito de matar", no ofrece oscuridad, vaguedad o imprecisión alguna en orden al tipo de homicidio que emerge claramente de sus términos, referido directamente al previsto como preterintencional en el artículo 365 del Código Penal y, por tanto, "no era necesario someterlo a aclaración de ninguna especie".

De todo lo cual concluye el actor que el veredicto contenido en la primera respuesta "es el que tiene estricta, rigurosa y exacta validez jurídica, y que el otro, 'sí es responsable', sin adición alguna, ni siquiera alcanzó asomo a la vida legal, debiendo ser desechado como absolutamente inexistente para los efectos de deducir responsabilidad y aplicar sanciones al prenombrado sujeto con base en la muerte de María Lilia Salamanca, conocida también como Martha Martínez. Y aceptada tal conclusión, es preciso admitir que la sentencia acusada se dictó en desacuerdo con el primer veredicto, 'hecho que obliga a que prospere la causal de casación prevista en el ordinal 2º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal' ".

Causal primera.

Ser la sentencia violatoria de la ley sustancial, por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea.

El actor la sustenta en los siguientes concisos términos:

"El hecho de que tenga que prosperar la causal 2ª de casación, como es inevitable, según mi parecer, obliga a que la 1ª deba correr la misma suerte, porque si la sentencia impugnada se dictó, como estoy seguro de haberlo demostrado, 'en desacuerdo con el veredicto' del Jurado, lógicamente aquello implicó el que se violara, por aplicación indebida, el artículo 362 del Código Penal, el cual solo podía operar enlazado armónicamente con el artículo 365 del mismo estatuto, el que, a su vez, por falta de aplicación, resultó también violado, preceptos legales que, en conjunto, regulan el homicidio preterintencional a que da paso el válido veredicto: 'Sí es responsable pero sin el propósito de matar', expedido por el Jurado con relación al incriminado Bermúdez Ramos, especie de homicidio aquel que no puede ser otro, teniendo en cuenta los términos de la pregunta a que respondió al indicado veredicto, los hechos debatidos en la audiencia pública y los que constan en el proceso, ajenos a cualquier tipo de homicidio culposo, que es el otro que, conforme a la ley, puede configurarse sin concurrencia de intención o propósito de matar".

El último capítulo del libelo está destinado a formular la solicitud de que se invalide el fallo acusado al amparo de las dos causales de casación invocadas y que se proceda, conforme al ordinal 1º del artículo 583 del Código de Procedimiento Penal, a dictar el que deba reemplazarlo, "el cual, en obedecimiento a lo dispuesto en el artículo 519 del expresado estatuto, no podrá fundarse sino en el artículo 362 del Código Penal, directamente armonizado con el 365 de la misma obra, sin olvidar, para los fines consiguientes que en aquel fallo se impuso a Bermúdez Ramos, sobre la base del homicidio que allí se le imputó, equivocado en su especie, la pena mínima contemplada en el precepto legal que, acorde con esa equivocación, se estimó violado".

Alegato del Ministerio Público.

No comparte el Ministerio Público, representado en esta oportunidad por la Procuraduría Segunda Delegada, el criterio que la demanda propugna. Por ello, tras compendiar los hechos debatidos en el juicio y resumir el decurso procesal, sintetiza la acusación, para responderla, en cuanto a la causal segunda respecta, en los siguientes precisos términos:

"*Primero.* Al examinar el proceso y especialmente el acta de audiencia se advierte que la primera respuesta dada por el Jurado, es decir, la negación de la intención de matar, no se debatió en la vista pública pues de las alegaciones de las partes aparece que el Fiscal pidió se declarara la responsabilidad en la forma propuesta por el cuestionario y la defensa se negara, por falta de pruebas.

"*Segundo.* En vista de este veredicto, que evidentemente era confuso o ambiguo, el Juez consideró prudente pedir aclaración para determinar su verdadero sentido, actitud que las partes consintieron. En esta nueva oportunidad los Jurados se pronunciaron por la responsabilidad del acusado.

"*Tercero.* Se trata de un caso de interpretación del veredicto, punto respecto del cual ha dicho reiteradamente la jurisprudencia que el fallador debe apoyarse primero en los términos mismos de la respuesta y si no fuere suficiente, en el acta de audiencia y también en el auto de proceder y en el proceso mismo. (Sents. abril 25/50, Tomo LXVII - Nº 2083-2084, pág. 547; Feb. 7/50, Tomo LXVII - Nº 2080, pág. 51).

"Como ya se expuso, la intención de matar no se debatió en la audiencia, ni tampoco en el auto de proceder y en el proceso menos, porque el acusado Bermúdez aseguró que el disparo lo hizo un desconocido y no él.

"*Cuarto.* Por otra parte, para declarar la existencia de una determinada figura jurídica es preciso que el Jurado la reconozca en términos claros que no necesariamente deben ser los empleados por la ley —como es sabido— pero que no dejen la menor duda. A propósito de la primera respuesta se ha expresado así la honorable Corte Suprema:

"El veredicto redactado en estos términos: 'Sí, pero sin intención de causar la muerte', no es contradictorio, pues aunque el sí de la primera parte de la respuesta contradice la frase siguiente en cuanto al homicidio simplemente intencional, no se opone a otras figuras del homicidio, como el preterintencional, el concausal y el culposo, en las que no hay propósito de matar y, sin embargo, el resultado de la acción es la muerte del ofendido. La respuesta dice simplemente que el procesado sí es responsable de la muerte, pero no por haberla causado con intención directa, sino sin el mentado propósito, lo cual no es contradictorio. Lo que sucede es que una respuesta como la que se comenta es incompleta y los juzgadores de instancia han debido acudir a los medios legales para que el Tribunal Popular hubiera aclarado su sentido. Porque si no hubo la intención de matar, hace falta saber si hubo la de herir solamente y se produjo la

muerte por exceso de acción física o por hecho subsiguiente dependiente de la actividad de la víctima o de un tercero, o por imprudencia, o en fin, saliéndose ya de la responsabilidad, si lo que quisieron los jueces de conciencia fue simplemente absolver al procesado, en lo cual sí habría contradicción". (Casación Penal, julio 2/47, T. LXIII, Nos. 2053-2054, pág. 214).

"*Quinto.* La respuesta del Jurado, que contemplaba un aspecto no debatido en el proceso e impreciso en sus términos, requería explicación o aclaración porque, piensa este Despacho, no podía fundarse en él un pronunciamiento por homicidio culposo o preterintencional, para no referirse sino a estas dos figuras, y el Juez con buen criterio optó porque el Jurado —sin solución de continuidad— expresara claramente su decisión.

"Por manera que la sentencia no resulta en desacuerdo con el veredicto pues se conformó a la respuesta definitiva del Tribunal de Conciencia.

"Observa el demandante, que como el Juez consultó con las partes —fiscal y defensor— la petición de aclaración en presencia de los Jurados, quienes regresaron a deliberar, respecto del segundo veredicto se produjeron influencias extrañas y la respuesta no fue el resultado de deliberación privada. A las claras se advierte que se trata de meras suposiciones porque en el informativo no existe prueba que las apoye. Al contrario, se lee en el acta que el Jurado se retiró a deliberar y en esta labor empleó un cuarto de hora. (Fl. 164).

"Por lo dicho se deduce que la aclaración fue el resultado de la determinación del Jurado, propuesta a su consideración cuando aún no había concluido el acto, es decir, en oportunidad, por lo cual tiene validez suficiente y podía fundar la sentencia, la cual así resulta en conformidad con el veredicto.

"Así, este Despacho considera que el cargo no puede prosperar".

La Corte considera.

1. Se recordará que el procesado (José Antonio Bermúdez Ramos) fue llamado a responder en juicio por homicidio simplemente voluntario (en la persona de María Lilia Salamanca). El cuestionario sometido a la consideración del Jurado se ciñó a los términos de la acusación contenidos en el auto de proceder. Y en la audiencia pública la controversia giró en torno al homicidio intencional, pidiendo el representante del Ministerio Público una respuesta afirmativa de la responsabilidad, y la defensa, a su turno, una contestación negativa de la misma, por deficiencia probatoria. Sin embargo, separándose de aquellos planteamientos el Tribunal Popular contestó: "Sí es responsable pero sin intención de matar".

2. Considerando el Juez de la causa que el veredicto se hallaba tocado de confusión, solicitó al Jurado que lo aclarase. Frente a tal solicitud y tras breve deliberación los Jueces de Conciencia respondieron: "Sí es responsable". Como explicación a las anotadas respuestas se lee textualmente en el Acta de la audiencia pública:

"Entran a deliberar los Jurados y después de un tiempo prudencial presentan el siguiente veredicto: 'Sí es responsable pero sin intención de matar'. El Juzgado con anuencia de las partes solicita a los señores Jurados que si desean aclarar el veredicto a lo cual ellos acceden y entran nuevamente al salón de deliberaciones y después de permanecer deliberando más o menos un cuarto de hora contestan al cuestionario diciendo: 'Sí es responsable' ".

3. Ciertamente, ha dicho la Corte que en presencia de un veredicto como el contenido en la primera de las proposiciones transcritas —"Sí es responsable pero sin el propósito de matar"— el juzgador de instancia puede pedir al Tribunal Popular que aclare el sentido de aquél, porque si no hubo intención de matar es conveniente que el propio Jurado diga explícitamente si la conducta enjuiciada estuvo dirigida por otro elemento subjetivo integrante de un tipo penal distinto del homicidio común u ordinario. Lo cual, desde luego, no significa que se le exija a los jueces de conciencia el empleo de léxico jurídico para expresar su pensamiento, sino que éste se desprenda con claridad de su respuesta. (Casación de José Rodríguez Escobar. Sentencia de 2 de julio de 1947, T. LXIII, Nos. 2053-2054, pág. 214).

4. Pero es evidente que en el caso aquí contemplado, al solicitársele al Jurado una simple precisión del veredicto, en vez de aclararlo —única facultad que podía ya ejercer, agotando así la totalidad de sus funciones— cambió sustancialmente la respuesta que había emitido y dado a conocer al Juez y a las partes. Tal proceder resulta inadmisible, pues publicado el veredicto —se repite— éste sólo es susceptible de aclaración, la que en ningún caso puede implicar una mudanza esencial del mismo, como ocurrió en el evento de autos.

5. De acuerdo con el criterio expuesto, habrá de prosperar la causal segunda de casación, pro-

cediendo, conforme al artículo 583 —ordinal 1º— del Código de Procedimiento Penal, dictar el fallo que ha de remplazar al impugnado. Y al estar la sentencia recurrida en desacuerdo con el veredicto del Jurado, cabe reconocer que infringió disposiciones de la ley sustancial, como lo apunta el actor, pues toda interpretación errada de un veredicto conduce necesariamente a la aplicación indebida de normas penales que no lo reflejan y a la falta de aplicación de las que sí lo traducen.

6. El verdadero alcance del veredicto, como lo observa el propio demandante y se infiere en forma indubitable del contenido del proceso, no puede ser otro que la afirmación de un homicidio preterintencional, contemplado en el artículo 365 del Código Penal, que en conciencia pudo hallar establecido el Juri, de acuerdo con el artículo 535 del Código de Procedimiento, aunque esta especie de homicidio no se hubiese debatido en la audiencia pública.

7. Tomando en cuenta los criterios señalados en el artículo 36 del Código Penal, se graduará la sanción principal imponible al procesado Jesús Antonio Bermúdez Ramos en el mínimo de cuatro (4) años de presidio establecido para la infracción, puesto que en favor del mismo está demostrada la circunstancia de menor peligrosidad prevista en el artículo 38, ordinal 1º, del estatuto citado; no obra en su contra ninguna de las causales reveladoras de mayor peligrosidad enumeradas en el artículo 37 *ibídem,* y las modalidades del hecho no acusan particular gravedad.

La condenación al pago de perjuicios se hará *in genere,* por no haberse precisado su cuantía en el proceso.

Como sanción accesoria se aplicará únicamente al responsable, según el artículo 12 de la Ley 16 de 1969, la interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena principal.

Decisión:

Fundada en las razones que preceden, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— oído el concepto del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *invalida* la sentencia de fecha siete (7) de mayo de mil novecientos setenta y uno (1971), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, y, en su lugar,

RESUELVE

1º *Condenar* a Jesús Antonio Bermúdez Ramos, cuyas condiciones civiles y personales constan en autos, a la pena principal de cuatro (4) años de presidio, que cumplirá en el establecimiento carcelario que señale el Gobierno Nacional, como responsable del delito de homicidio cometido en la persona de María Lilia Salamanca o Martha Martínez, hecho ocurrido al amanecer del día tres (3) de enero de mil novecientos setenta (1970) dentro de la casa de lenocinio distinguida con el número 6-97 de la carrera 11 de esta ciudad. De la pena impuesta se le deducirá al procesado el tiempo cumplido en detención preventiva.

2º *Condenar* a Jesús Antonio Bermúdez Ramos a la interdicción de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena principal.

3º *Condenar* en abstracto a Jesús Antonio Bermúdez Ramos a pagar a quien corresponda, conforme a la ley, el valor de los perjuicios civiles causados con la infracción.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Luis Enrique Romero Soto, Humberto Barrera Domínguez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Julio Roncallo Acosta, Mario Alario Di Filippo, Alvaro Luna Gómez, Luis Carlos Pérez, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

CASACION.—SU TECNICA

Cada causal de casación corresponde a un esquema jurídico con características propias y proyecciones distintas. Por lo tanto confundir su contenido o aducir en favor de cualquiera de tales específicos motivos de impugnación, argumentos o razones que serían pertinentes para demostrar otra causal, atenta contra los principios lógicos del raciocinio.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, veintidós de febrero de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Julio Roncallo Acosta).

Aprobado: Acta número 5 de 22 de febrero de 1972.

Vistos.

Agotado el trámite propio del asunto, se procede a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado Luis Rosendo Trejos Santa contra la sentencia de veintiséis de julio de mil novecientos setenta y uno, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, confirmando la de primer grado, lo condenó a la pena principal de quince (15) años de presidio y a la indemnización de los perjuicios causados con la infracción, como responsable del delito de homicidio agravado en la persona de Roberto Molina Zapata.

Antecedentes.

a) En torno a las seis y media de la tarde del 12 de octubre de mil novecientos sesenta y nueve, cuando Roberto Molina Zapata se dedicaba a jugar dominó con varios amigos en la cantina de Fabio Trejos Rendón, situada en la vereda de "Concharí", comprensión municipal de Anserma, Departamento de Caldas, se presentó Luis Rosendo Trejos Santa, cuñado de Molina, con quien, al parecer, tenía desavenencias de carácter personal. Entre los dos parientes trabose áspera disputa en relación con el uso de una atarraya de la cual eran copropietarios. En un momento dado Molina, levantándose de la mesa en donde jugaba y desenfundado su machete o peinilla, dio a Trejos Santa un golpe con la parte plana del arma. Saliose éste del local, cerrando la puerta y profiriendo palabras desafiantes contra su cuñado, quien continuó jugando. Momentos después Trejos disparaba desde afuera, a través de un orificio de la puerta, contra Molina, hiriéndolo en la cara y derribándolo. Como alguien abriera la puerta, Trejos penetró nuevamente al local y ante la protesta de los presentes disparó otra vez hacia el pariente, hiriéndolo en uno de los brazos. Cinco días más tarde fallecía Molina Zapata en el Hospital Universitario de Manizales a consecuencia de la primera de las heridas anotadas.

b) Iniciada la investigación por la Inspección Primera de Policía de Anserma, fue luego proseguida por el Juzgado Penal Municipal de esa ciudad, quien decretó la detención preventiva del sindicado y obtuvo su captura. Perfeccionada la etapa instructiva, el Juzgado Sexto Superior de Manizales calificó el mérito del sumario llamando a responder en juicio por tales hechos, entendidos como estructurantes de un homicidio simplemente voluntario, a Luis Rosendo Trejos, providencia que al ser revisada por el Tribunal en virtud de apelación interpuesta por el defensor del procesado, fue modificada en el sentido de precisar que el hecho delictuoso se había perpetrado dentro de las circunstancias previstas en el ordinal 6º del artículo 363 del Código Penal, por encontrarse la víctima en condiciones de inferioridad en el momento del ataque.

c) Dentro de la audiencia pública se sometió a la consideración del Jurado un cuestionario armónico con los cargos formulados en el auto de proceder, cuestionario sobre el cual recayó un veredicto afirmativo de la responsabilidad.

d) Fundándose en la voluntad declarada del Jurado, el Juez de la causa condenó a Luis Rosendo Trejos a la pena principal de quince años de presidio mediante fallo que el Tribunal Superior de Manizales hubo de confirmar en el que ahora es materia del recurso extraordinario de casación.

La demanda.

La acusación al fallo recurrido se formula por el apoderado especial del procesado invocando, como causal única la que el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal consagra en su ordinal 4º: haberse dictado la sentencia en un juicio viciado de nulidad.

Y dentro de su esfera se propone también un único cargo, concebido así:

"Como causal determinante de la infirmación, me permito poner en conocimiento de la honorable Sala de Casación Penal, el hecho de haber sido llamado a juicio, juzgado y sentenciado Rosendo Trejos Santa como responsable de homicidio agravado, ya que a todas luces se trata de un homicidio simplemente voluntario, o sea que existe una nulidad a partir del auto de llamamiento a juicio siendo pertinente por tal razón la causal 4ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal".

Hecho el anterior planteamiento, el actor acomete una tarea de carácter probatorio enderezada a demostrar, en síntesis, que el de autos fue homicidio simplemente voluntario, sin calificación agravante alguna, y menos la contemplada en el ordinal 6º del artículo 363 del Código Penal. Y tras discurrir con insistencia sobre el tema, concluye del siguiente modo:

"Si a través del negocio se pudo apreciar que en ningún momento se dieron las causales del numeral quinto del artículo 363 mucho menos se pudieron presentar las del numeral sexto del mismo artículo, además de que en el concepto de la honorable Corte Suprema de Justicia de que habla el señor Magistrado (alude al ponente del fallo recurrido) se refieren a circunstancias especiales para asegurar el resultado y correr el menor riesgo; pero en el caso que nos ocupa, no solo se presentó el hecho después de una fuerte discusión sino después de haber sido atacado el victimario por la víctima, además de que según consta en autos, los protagonistas tenían divergencias desde hacía varios meses a lo que vino a sumarse la reclamación de la atarraya y que fue prácticamente el fósforo que prendió los ánimos que culminaron con la muerte de Molina, por tal razón se debe atender más a las circunstancias en que se sucedieron los hechos a más de sus antecedentes, para poder determinar que no hubo premeditación, menos alevosía y mucho menos indefensión o circunstancias que habla el numeral 6º del artículo 363 del Código Penal.

"Por todo lo expuesto creo firmemente que hay derecho a que se retrotraiga el proceso al momento de llamamiento a juicio por cuanto es patente la nulidad consagrada en el numeral quinto del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, y por tal razón me permito solicitar en la forma más comedida del señor Magistrado ponente se sirva presentar en su proyecto la petición de nulidad de lo actuado a partir del auto de llamamiento a juicio, el cual debe hacerse como se calificó primariamente, o sea por homicidio simplemente voluntario".

Respuesta del Ministerio Público.

Precedida de un resumen de los hechos debatidos en el juicio y de los episodios más relevantes de la actuación procesal, al cual sigue una síntesis del contenido acusatorio de la demanda, la respuesta de la Procuraduría Primera Delegada se concreta así:

"Como queda expresado la nulidad radica en que por razón de la agravante deducida, se incurrió en errada calificación, por tratarse de homicidio simplemente voluntario.

"En vista de las claras disposiciones de la ley el cargo no tiene asidero alguno, pues el llamamiento a juicio debe hacerse por el género de delito de que se trate con expresión de las circunstancias que lo especifiquen, aunque sin mencionarse éstas en la parte resolutiva de la providencia. (Art. 483 del C. de P. P.).

"En el presente caso, el enjuiciamiento se profirió por homicidio y se ajusta plenamente al hecho, lo cual no funda la errada calificación; y no puede alegarse ésta, como lo hace el recurrente, por la afirmación de una circunstancia de agravación, pues su reconocimiento no cambia el género del delito".

Agrega el Ministerio Público que las razones aducidas por el recurrente, aunque propuestas al amparo de la causal cuarta, implican una tácita sustentación de la causal primera, olvidando que cada motivo de casación "debe ser tratado a través de los mecanismos propios de cada uno de ellos, sin ser admisible ni técnico, involucrarlos o confundirlos, como lo fue hecho en el caso sub examine". Finalmente anota:

"Aunque las razones anteriores son suficientes para rechazar la solicitud del señor apoderado, puede agregarse que en forma alguna es

discutible la existencia de la circunstancia de agravación, por cuanto el procesado sorprendió al occiso cuando éste se hallaba totalmente desprevenido y ajeno al peligro que le amenazaba".

Consecuente con el criterio expuesto, la Procuraduría solicita que se rechace el cargo por ella analizado.

La Corte considera.

1. En verdad, como lo recuerda el Procurador y lo ha expresado la Corte con didáctica insistencia, cada causal de casación corresponde a un esquema jurídico con características propias y proyecciones distintas. Por tanto, confundir su contenido o aducir en favor de cualquiera de tales específicos motivos de impugnación argumentos o razones que serían pertinentes o valederos para demostrar otra causal, no sólo atenta contra los principios lógicos del raciocinio, sino que conducirá necesariamente a resultado adverso, porque la Corte no puede colmar los vacíos, errores o deficiencias dialécticas de la demanda.

2. Se expresa lo anterior porque el actor, a pesar de aducir como causal única, la que el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal consagra en su ordinal 4º, dedica extensos pasos del libelo a criticar los elementos de juicio obrantes en el proceso, con el propósito de demostrar que en el homicidio perpetrado por Luis Rosendo Trejos no concurrieron circunstancias de agravación, y menos la inferioridad de la víctima, extremos de índole probatoria que competen exclusivamente a los jueces de conciencia en las causas en que éstos intervienen.

3. En cuanto a la causal cuarta propiamente dicha, se observa: Mediante providencia del 26 de febrero de 1971 el Tribunal Superior de Manizales, al reformar el vocatorio, llamó a responder en juicio a Luis Rosendo Trejos Santa, "por el delito 'del homicidio', cometido en la persona de Roberto Molina Zapata...", providencia en cuya parte motiva se dijo: "El acopio probatorio habla de la existencia del agravante previsto en el numeral 6º del artículo 363 del Código Penal". Planteamiento al cual añade el siguiente párrafo conclusivo:

"Aquí no cabe la menor duda que Molina Zapata fue sorprendido por su victimario desprevenido y por ende indefenso, circunstancia que aprovechó Trejos Santa para realizar su acometimiento. La notable inferioridad de la víctima está de relieve en el caso *sub judice* pues así se demostró con las pruebas allegadas a los autos". (Fl. 174, Cd. 1º).

4. Se ajustó, pues, el auto de proceder a la preceptiva del artículo 431 del Código de Procedimiento Penal, sustituido por el 483 del nuevo estatuto. De allí que la Corte, comentando el contenido de esa norma, haya expresado:

"De otro lado, el artículo 431 del Código de Procedimiento Penal no exige que en la parte resolutiva del auto de proceder se expresen circunstancias que sirvan para precisar el hecho con todos sus detalles de lugar, tiempo y modo; ni edad, ocupación, sexo, domicilio, etc.; ni mucho menos las que sirvan para fijar la especie a que pertenezca el delito. Todas esas circunstancias deben expresarse en la parte motiva, pues la resolutiva, que no es sino la 'conclusión de las premisas sentadas en la parte motiva', como lo dice el artículo 431, no debe contener sino el llamamiento a juicio por el delito que corresponda, determinado con la denominación que le dé el Código Penal y nada más". (Sentencia de 29 de septiembre de 1947, LXIII, 453).

Criterio éste reiterado en no escasas oportunidades, verbigracia en casación del 27 de octubre de 1953, LXXVI, 690:

"El error en el auto de proceder que la ley sanciona con nulidad, puede consistir, principalmente, o en imputar en la parte resolutiva un delito distinto al comprobado en el proceso (como robo, en vez de estafa), o en referir el delito a título o capítulo que no le corresponde (como si tratándose de estafa, se menciona el capítulo III, en vez del IV, del título XVI)".

5. No se configura, por lo visto, el motivo de nulidad alegado por el actor al amparo de la causal propuesta, y el recurso, en consecuencia, habrá de desecharse.

Fallo:

Fundada en 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 se refiere la parte motiva y *ordena* devolver el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Insértese en la *Gaceta Judicial.*

Luis Enrique Romero Soto, Humberto Barrera Domínguez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Julio Roncallo Acosta, Mario Alario Di Filippo, Alvaro Luna Gómez, Luis Carlos Pérez, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

CASACION.—CAUSAL 1ª

Como lo ha sostenido reiteradamente la Corte no es viable proponer simultáneamente en casación la violación directa o indirecta de determinados preceptos de la ley sustancial.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, veintidós de febrero de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Julio Roncallo Acosta).

Aprobado: Acta número 5 de 22 de febrero de 1972.

Vistos.

Se decide el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado Luis Francisco Castellanos o Luis Rivera o Riberos contra la sentencia del diez y ocho de agosto de mil novecientos setenta y uno, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, reformando la de primer grado, lo condenó a la pena principal de diez y siete (17) años de presidio, como responsable del delito de homicidio (asesinato) en la persona de Clemente Castellanos.

Antecedentes.

Al dar respuesta a la demanda los sintetiza cabalmente la Procuraduría Segunda Delegada en los siguientes términos:

"El 4 de junio de 1951 en jurisdicción del Municipio de Cerrito, en el Departamento de Santander, fue muerto en forma violenta el ciudadano Clemente Castellanos y desde un principio se señaló como autores del ilícito a Luis Rivera, Nicolás Villamizar, Pablo Antonio Valencia y Silvino Torres. Los tres últimos fallecieron también en forma violenta días después de la fecha indicada y el primero se capturó en el mes de enero de 1966 en Bucaramanga, luego de haber estado preso varios años por el homicidio en Eutiquio Chuscano.

"El Juzgado Segundo Superior de Bucaramanga comprometió al acusado en juicio criminal con intervención del jurado de conciencia por auto del mes de enero de 1961 por homicidio agravado en Clemente Castellanos y robo en bienes de propiedad del mismo y el jurado de conciencia lo declaró responsable del primer delito y se le impuso, en primera instancia, la pena principal de veintitrés años de presidio la cual se rebajó a diez y siete años por el juzgador de segundo grado".

"Agrega la Sala que el fallo de primera instancia, calendado el 5 de mayo de 1971, fue proferido por el Juzgado Quinto Superior de la ciudad nombrada, Despacho al cual correspondió el conocimiento del proceso tras una serie de incidentes procedimentales irrelevantes dentro del recurso extraordinario que aquí se resuelve".

La demanda de casación.

"Después de transcribir la demanda extensos apartes de varias piezas procesales, la acusación al fallo recurrido viene sólo a plantearse en las postreras páginas del libelo, invocando para ello la primera de las causales previstas en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal: Ser la sentencia violatoria de la ley sustancial, por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea. Dicho lo cual, el actor traduce su pensamiento en los apartados siguientes:

"Se ha violado la ley en lo sustancial y ello tanto por infracción directa como por aplicación indebida y también por interpretación errónea. Y como hay apreciación errónea en la estimación de la prueba, una vez determinada por el que suscribe la violación legal, paso a demostrar que se ha incurrido en error de derecho y error de hecho que se desprende de los autos.

"Según se desprende del sumario y por tanto de la sentencia recurrida en casación se ha hecho mala aplicación del artículo 363 del Códi-

go Penal vigente, y en consecuencia de los apartados que se han estimado sobre agravantes en contra de mi mandante.

"No existe prueba alguna sobre la existencia real de autoría de mi mandante en el hecho imputado como lo voy a razonar, y en consecuencia no hay prueba directa de ninguna clase que demuestre que él es el autor del homicidio, y por tanto al condenarle se ha violado el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal".

A partir de tal momento, todos los esfuerzos dialécticos del demandante se enderezan a demostrar que en el informativo no existe prueba alguna sobre la responsabilidad penal de su patrocinado. Y dentro de ese orden de ideas propone diez y ocho interrogantes, con la declarada finalidad de desquiciar el contenido probatorio del proceso respecto de la autoría material de los hechos juzgados. El actor se refiere luego a la prueba indiciaria en particular, para criticarla, y concluye así:

"Tampoco podría sacarse en la prueba existente la figura jurídica más lógica de la complicidad correlativa, pues tendría que estar demostrado el hecho, en la prueba de imputación a mi mandante, y además haber llegado al expediente las circunstancias de realización del homicidio, sin los detalles del acuerdo, el concierto de voluntades, las decisiones de lograr la intervención de cada uno de ellos. Nada de ello existe, y en consecuencia ha de ser de todo cuidado el estudio del expediente, para llegar a la conclusión de que mi pedimento es legal y justo, que consiste en que se case la sentencia, absolviendo a mi mandante por falta de prueba".

El Ministerio Público.

En opinión de la Procuraduría Segunda, la demanda formulada a nombre de Luis Francisco Castellanos o Luis Rivera ignora los principios de casación aplicables a los juicios en que interviene el jurado de conciencia, tan reiteradamente expuesto por la Corte. Y, en efecto, recuerda que en los procesos debatidos con intervención de los jueces populares "no es posible proponer la violación indirecta de la ley penal sustantiva", porque ésta ha reconocido al jurado libertad en la estimación de la prueba, hasta el punto de que si su veredicto no es desconocido en las instancias, la Corte carece de facultad para hacerlo en casación. En consecuencia —concluye el representante del Ministerio Público— los motivos de casación invocados carecen de respaldo legal y, por tanto, el recurso propuesto debe desecharse.

La Corte considera.

1. En su doctrina más constante y difundida ha expresado esta Sala que en los juicios debatidos con intervención del jurado de conciencia no procede proponer en casación un replanteamiento valorativo de la prueba referente a los elementos constitutivos del delito, o a los determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad de los autores o partícipes, fundando en tal examen, a través de errores de hecho o de derecho, una violación indirecta *de la ley sustancial, porque el Tribunal Popular goza de amplio y necesario arbitrio para apreciar los elementos probatorios conforme a su íntima convicción, y porque un análisis de esa naturaleza no tendría finalidad distinta a la de establecer una flagrante antinomia entre los hechos y el veredicto, hipótesis que sólo compete definir a los juzgadores de instancia y que, por tanto, escapa al ámbito claro y preciso que las normas legales, la jurisprudencia y la doctrina han trazado al recurso extraordinario de casación en materia penal.*

2. Por vía ilustrativa cabe observar, de otro lado, que el actor incurre en el protuberante error de alegar simultáneamente violación directa e indirecta *de determinados preceptos de la ley sustancial, quebrantando así el principio de contradicción, ya que, como lo ha explicado esta Sala en numerosas oportunidades, quien en casación aduce la primera (violación directa), acepta los hechos del proceso tal como los encuentra probados el fallo recurrido, mientras que quien sostiene la segunda (violación indirecta), está predicando que controvierte la prueba y que, consecuentemente, rechaza los fundamentos fácticos en que descansa la sentencia acusada.*

3. Es la casación un recurso exigente que —como lo ha escrito también la Corte en varias ocasiones— sólo prospera cuando la demanda cumple los requisitos formales y de fondo que le son propios, aduciendo de manera clara y precisa, en cuanto a los últimos se refiere, las razones concernientes al motivo invocado como causal invalidante de la sentencia recurrida, que una presunción de legalidad ampara o protege.

Decisión:

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con la Procuraduría Segunda Delegada y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *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 Bucaramanga.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Insértese en la *Gaceta Judicial*.

Luis Enrique Romero Soto, Humberto Barrera Domínguez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Julio Roncallo Acosta, Mario Alario Di Filippo, Alvaro Luna Gómez, Luis Carlos Pérez, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

ESTAFA

Elementos estructurales del delito de estafa.—Las maniobras engañosas como medio para la inducción al error deben ser previas al aprovechamiento económico, cuando no se trate de deducir provecho del anterior error ajeno.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, veintidós de febrero de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Alvaro Luna Gómez).

Aprobado: Acta número 5, febrero 22 de 1972.

Vistos.

Por sentencia de 7 de diciembre de 1970 el Juzgado Décimo Penal del Circuito de Cali condenó a Luis Alfredo Mejía Henao a la pena principal de un año de prisión, a las accesorias de rigor y, en abstracto, al pago de los perjuicios ocasionados, por el delito de estafa cometida en perjuicio de Paulina Rivera Gómez. Recurrida en apelación, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, desatendiendo la petición de su Fiscal 1º quien solicitó en su concepto de rigor que se decretara una nulidad de orden legal, la modificó para aumentar la pena privativa de la libertad en seis meses y la confirmó en todo lo demás. Contra este fallo el Fiscal antes indicado interpuso recurso extraordinario de casación y, como la tramitación correspondiente se encuentra agotada, ha de resolverse ahora lo que se estime de ley.

Hechos.

Ellos son presentados, según constancias procesales, de la siguiente manera por el recurrente:

"El chofer Luis Alfredo Mejía manejaba vehículos de servicio público y en razón de que trabajaba en una flota que estaba cercana a la residencia de la señora Paulina Rivera Gómez, prestaba servicio con frecuencia, a ésta o a los familiares de dicha señora. En virtud de esa frecuencia se le fue cogiendo confianza hasta el punto de que Mejía Henao le propuso a la señora Rivera que diera el valor de la cuota inicial de un taxi, que él se lo manejaría y lo libraría. Aceptada por la señora la propuesta consiguió el dinero, con el cual se pagó a la compañía Caribe Machinery Company la cuota inicial para un automóvil Warzawa, modelo 1968, color gris, motor número 2102768, el cual fue entregado a Luis Alfredo Mejía quien debía figurar como propietario en virtud de que de acuerdo con disposiciones legales, la importación sólo podía hacerse a nombre de un chofer asalariado, como lo era Mejía Henao. Además del valor de la cuota inicial se debían cancelar letras mensuales por la suma de $ 1.332.43, que también debían figurar a nombre de Mejía como girador, puesto que a nombre de él se hacía la adquisición del vehículo.

"Llegado el vehículo y entregado a Mejía Henao éste empezó a recoger letras a medida que se iban venciendo, llevando, además, del producido del carro, cantidades de dinero a la señora Paulina Rivera Gómez, en montos que fluctuaban entre cincuenta y ciento cincuenta pesos diarios. Las letras estaban también firmadas, como codeudor solidario por el señor José Cardona Marmolejo, cuñado de la señora Paulina.

"Cuando el vehículo se hallaba en explotación sufrió un daño en el motor y para arreglarlo se necesitaron cinco mil pesos que el señor Mejía Henao consiguió con el señor Antonio Giraldo R. garantizados con un cheque y una letra que firmó la señora Rivera Gómez y Mejía Henao. Comoquiera que al vencimiento no fue cancelada la obligación con Antonio Giraldo R., éste se presentó donde la codeudora Rivera a exigir el pago. Así las cosas y como la señora Rivera vio que Mejía Henao no había seguido recogiendo las letras y no pagaba la letra de Giraldo R., el señor José Cardona Marmolejo pagó la letra de Giraldo la cual le fue endosada. Con esa letra se siguió juicio ejecutivo y se secuestró el vehícu-

lo Warzawa que figuraba a nombre de Mejía. Ante esa situación Mejía vendió el vehículo a Jairo Antonio Ceballos Maturana, a quien no le alcanzó a hacer los papeles del carro y al fin deshicieron la venta". (Cuaderno de la Corte, Fls. 6 sgt.).

Actuación procesal.

El 9 de abril de 1970 el Juzgado 23 Penal Municipal de Cali inició esta investigación para averiguar la responsabilidad que podía corresponder a Luis Alfredo Mejía Henao, teniendo como fundamento la denuncia que el día anterior presentara Paulina Rivera Gómez, en la cual oportunamente se ratificó bajo juramento. Practicadas algunas diligencias y aceptada la constitución de parte civil, el 22 de junio siguiente el Juzgado Décimo Penal del Circuito (Fls. 47 ss.), al cual correspondió el conocimiento de estas diligencias, dictó auto de detención contra el acusado por delito de estafa. Posteriormente el mismo Despacho no accedió a la petición que le formulara el apoderado del sindicado (Fls. 128 ss.) de reponer, para revocar, el auto de detención (Fls. 134 ss.). Una vez cerrada la investigación (Fl. 156), el 2 de octubre del mismo año de 1970 Luis Alfredo Mejía Henao fue llamado a responder en juicio por el delito de estafa (Fls. 167 ss.). En la etapa respectiva se practicaron algunas pruebas. El 2 de diciembre se celebró la audiencia, se oyó a las partes las cuales, además, agregaron alegaciones escritas y, finalmente, cinco días más tarde, el Juzgado produjo la sentencia condenatoria de Luis Alfredo Mejía Henao, la cual fue confirmada por el Tribunal, pero con la modificación de la sanción privativa de la libertad a la cual se hizo referencia en los vistos de esta providencia. Se interpuso, entonces, el recurso extraordinario de casación que ahora ocupa a la Sala.

La demanda.

El Fiscal recurrente invoca como causal de casación la 4ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal; haberse dictado la sentencia en un juicio viciado de nulidad, la cual hace consistir en que "el artículo 210 del Código de Procedimiento Penal señala que es causal de nulidad el haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo a la denominación jurídica de la infracción y aquí existe tal error pues el delito cometido por Luis Alfredo Mejía Henao no fue el de estafa sino el de abuso de confianza".

Para fundamentarlo expone que según la ley "las maniobras engañosas deben ser anteriores a la entrega que del bien objeto del delito se haga o a la obtención del provecho ilícito y en el caso a examen la entrega fue anterior a la apropiación porque, cuando se hizo el documento de compra del vehículo 'Warzawa', lo que se agotó fue un contrato simulado que no constituye ilícito alguno. La apropiación tuvo lugar en el momento en que vendió el vehículo a Jairo Ceballos Maturana, pero en ese momento ya tenía la tenencia en su calidad de poseedor simulado, esto es, que no podía consumar el delito de estafa, puesto que el bien ya le había sido entregado a título no traslaticio de dominio. No existe prueba, en ninguna parte de que cuando sugirió a la señora Rivera Gómez que adquiriera el vehículo lo hizo con el único propósito de apropiarse de él". Luego entra a hacer algunas consideraciones de índole probatoria tendientes a demostrar la afirmación inmediatamente anterior, para concluir solicitando "la nulidad de lo actuado desde el auto de proceder" puesto que "no existiendo estafa sino abuso de confianza es claro que se ha incurrido en un error en la denominación de la infracción y por tanto se ha violado el ordinal 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, resultando que se ha dictado una sentencia en un juicio viciado de nulidad que es la causal invocada".

Concepto del Ministerio Público.

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal encuentra que los planteamientos de la demanda "están ajustados a derecho, compartiéndose con el señor Fiscal demandante el cargo que se ha formulado al fallo recurrido, por lo cual no es del caso ampliar la demanda sub examine". Se extiende en atinadas observaciones de índole probatoria y jurídica para cimentar su asentimiento con el censor y concluye coadyuvando la petición de nulidad correspondiente.

Consideraciones de la Corte.

Dispone el artículo 408 del Código Penal: "El que induciendo a una persona en error por medio de artificios o engaños, obtenga un provecho ilícito con perjuicio de otro, incurrirá...".

Quiere decir lo anterior que es esencial para la comisión del delito de estafa allí contemplado, el que el provecho ilícito con el correspondiente perjuicio de otro, sea obtenido por medio de artificios o engaños que induzcan a la víctima en el error.

En reciente providencia la Corte ha precisado los siguientes elementos como estructurales del delito de estafa:

"a. Despliegue de un artificio o engaño, dirigido a suscitar error en la víctima.

"b. Error o juicio falso de quien sufre el engaño, determinado por el ardid.

"c. Obtención, por ese medio, de un provecho ilícito.

"d. Perjuicio correlativo de otro.

"e. Sucesión causal entre el artificio o engaño y el error, y entre éste y el provecho injusto que refluye en daño patrimonial ajeno".

Y, con relación al artificio y al engaño, expuso: "Son fenómenos equivalentes, expresivos en el fondo de la misma cosa. Consisten en todo medio habilidoso para transfigurar la verdad. Son sinónimos de astucia, doblez, ardid, trampa, artimaña o maquinación empleada para dar apariencia de verdad a la mentira. El artificio o el engaño, con el que se inicia toda estafa, debe ser puesto en acción por el agente para inducir en error" (sentencia de 25 de octubre de 1971).

De otra parte "la audacia del estafador debe ir dirigida a suscitar un error en la víctima. Ese es el fin subjetivo y directo del ardid. El error es un concepto equivocado o juicio falso. Ese es el efecto psicológico de la maquinación del agente y debe ser de tal naturaleza que determine al engañado a hacer la prestación patrimonial que se le pide, de tal modo que de no mediar el error no accediera a ella. Vale decir, el error debe ser determinante y esencial". (Mesa Velásquez, "delitos contra la vida y la integridad personal y delitos contra la propiedad", Edit. Universidad de Antioquia —Medellín— 1968, pág. 167).

Entonces, la inducción en error exige una serie de maquinaciones fraudulentas previas —cuando no se trata de aprovechar el anterior error ajeno— las cuales deben estar plenamente acreditadas. No puede hablarse de estafa en donde no se dé esa condición. Así como tampoco puede hablarse de este delito cuando con posterioridad a la obtención del bien patrimonial, surge el artificio o el engaño tendiente a otros fines.

Aplicando lo dicho al caso sometido a examen y sin que sea necesario repetir ahora la relación de hechos, puesto que la antes transcrita, presentada por el Ministerio Público recurrente, se ciñe a la realidad procesal y, es pertinente anotarlo, recoge en forma sintética las circunstancias fundamentales que han sido aceptadas en las diversas providencias que de ellas se han ocupado, se llega a la conclusión de que Luis Alfredo Mejía Henao en ningún momento anterior a recibir el vehículo atrás identificado usó artificios o engaños para inducir en error a Paulina Rivera Gómez, con el fin de obtener para él un provecho ilícito con perjuicio de ella. Por lo menos no hay en el expediente prueba atendible que así lo demuestre. De ahí que con toda razón sobre este particular apunte el Procurador Primero Delegado en lo Penal:

"Débese tener en cuenta para tipificar la conducta delictiva, y en especial para poder establecer el dolo con que obró el sindicado, aquellos actos suyos anteriores, concomitantes y, aun, posteriores del hecho imputado. Mas, no se puede tener como argumentos o razonamientos para establecer esa intención criminosa la actividad desarrollada antes de haberse iniciado la relación personal o comercial entre él y su denunciante, pues ello equivaldría a presumir el dolo en el sujeto juzgado mucho antes de su materialización de la misma intención en actos positivos y concretos, lo cual es de rechazo total".

Agréguese a lo anterior —a manera de contraindicio en cuanto pueda hacer referencia a la presunta estafa—, que Mejía Henao, en los primeros meses posteriores a la adquisición del vehículo y a que éste quedara bajo su cuidado, vino dando estricto cumplimiento a las obligaciones que frente a la Rivera Gómez y con relación a ella había adquirido.

Otra figura delictiva es la que puede configurarse cuando habiéndosele confiado o entregado al agente una cosa mueble ajena, por un título no traslaticio de dominio, éste se apropia de ella en su propio provecho o en el de un tercero, puesto que en estas circunstancias, que son las que pueden llegar a campear dentro del expediente, se está frente a un delito de abuso de confianza, como lo sostienen el Fiscal recurrente y el Ministerio Público ante esta Corporación.

De todo lo cual conclúyese que el cargo formulado al amparo de la causal 4ª de casación invocada habrá de prosperar puesto que el fallo impugnado se dictó dentro de un juicio viciado de nulidad, nulidad ésta consagrada en el ordinal 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, consistente en que en el auto de proceder se incurrió en error relativo a la denominación jurídica de la infracción. Entonces, dando aplicación al numeral 3º de la norma 583 del mismo estatuto, habrá de decretarse la nulidad de lo actuado dentro de estas diligencias a partir del auto de proceder, inclusive, para que se continúe la tramitación correspondiente de acuerdo con la ley.

Sin lugar a más 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, *casa* la sentencia recurrida proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali el día 22 de junio de 1971 y *ordena* reponer el procedimiento a partir del auto de proceder, inclusive, proferido el 2 de octubre de 1970 por el Juzgado Décimo Penal del Circuito de Cali. Devuélvase el expediente a la oficina de origen para los fines de ley.

Cópiese, notifíquese, cúmplase.

Luis Enrique Romero Soto, Humberto Barrera Domínguez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Julio Roncallo Acosta, Mario Alario Di Filippo, Alvaro Luna Gómez, Luis Carlos Pérez, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

IMPEDIMENTOS

(Trámite).—El Código de Procedimiento Penal, no señala el grado de consulta para las providencias que declaran infundado el impedimento o recusación de los agentes del Ministerio Público, por lo cual la decisión que tome el Juez o la Corporación Judicial tiene carácter definitivo, si no fuese recurrida por las partes.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, marzo siete de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado ponente: Humberto Barrera Domínguez).

Acta número 6 de 1972.

Vistos.

Conoce el Tribunal Superior de Aduanas del recurso de apelación interpuesto por el Fiscal del Juzgado Superior de Aduanas de Cartagena, contra el proveído por el cual se abstiene este Despacho de proseguir la averiguación adelantada por el supuesto delito de contrabando, del que presuntamente se acusa al señor Miguel Calume, asunto en que se ordena, asimismo, la entrega de un vehículo automotor al acusado.

Al recibir el traslado correspondiente, el señor Fiscal 1º del Tribunal Superior de Aduanas expresa que se encuentra impedido para dar concepto, por el motivo que trae el ordinal 5º del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal.

El juzgador de segunda instancia rechaza el impedimento manifestado y dispone que la Corte examine lo resuelto.

Considera la Corte.

En providencias recientes, la última de las cuales está fechada el 14 de julio de 1971, la Corte ha ratificado la doctrina dejada en proveído de 14 de marzo de 1958 (G. J., T. LXXXVII, pág. 594), según la cual, de lo resuelto por el Juez o Corporación Judicial en el sentido de rechazar el impedimento que exprese el respectivo Agente del Ministerio Público, solamente conoce el superior si el colaborador Fiscal interpone el recurso de apelación.

Es cierto que el artículo 80 del Código de Procedimiento Penal, como lo hacía el 74 del estatuto derogado, da competencia al inmediato superior para que de plano resuelva en los casos allí señalados, si el impedimento ha sido correctamente rechazado por el juzgador a quo.

Mas no ocurre lo mismo en cuanto a las providencias que hacen la declaración de infundamento de la recusación o del impedimento de los Agentes del Ministerio Público, pues la solución que tome el Juez o la Corporación Judicial tiene el carácter de definitiva, dado que la ley de procedimiento no señala el grado de consulta con el superior en tales casos.

En efecto, el artículo 88 del Código de Procedimiento Penal no impone la revisión de lo resuelto en ese grado de consulta con el superior jerárquico, como se desprende del segundo inciso, a saber: "Del impedimento manifestado o de la recusación propuesta, conocerá el Juez del proceso o la respectiva Sala de Decisión, quien, si la hallare fundada, declarará separado al Agente del Ministerio Público o secretario impedido. Al mismo tiempo, nombrará un secretario ad hoc para el asunto en que se a reconocido el impedimento, cuando se trate de este empleado".

En la providencia de 14 de marzo de 1958, ya citada, dijo la Corte:

"Pero es distinto el caso en que el funcionario impedido sea un Fiscal. Estos tienen el carácter de partes en los procesos criminales, y la manifestación de impedimento que ellos hagan, es manifestación de parte, sobre cuyo fundamento o improcedencia parece lógico que decida la jurisdicción misma, por medio de sus jueces o magistrados, de manera que los trámites se agoten ante ellos, sin necesidad de ocurrir al superior, salvo a través de los recursos legales.

Si del impedimento del Fiscal aceptado nadie reclama, el incidente queda terminado. Si se declare improcedente, esta declaración es jurídicamente eficaz por sí misma, sin intervención del superior. A menos que la parte o las partes interesadas se manifiesten inconformes y ocurran ante aquél, a través de los recursos previstos en la ley".

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, se *abstiene* de conocer de la decisión tomada por el Tribunal Superior de Aduanas, respecto del impedimento expresado por el doctor Mario Castro Márquez, Fiscal Primero de esa Corporación Judicial, en cuanto al conocimiento del asunto de que se hizo referencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Luis Enrique Romero Soto, Humberto Barrera Domínguez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Julio Roncallo Acosta, Mario Alario Di Filippo, Alvaro Luna Gómez, Luis Carlos Pérez, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

PRESCRIPCION

Las faltas contra la ética en el ejercicio de la profesión tienen carácter permanente; por lo cual la perseguibilidad de la infracción, por el ejercicio de la acción correspondiente, debe ser el punto de partida para el inicio de la prescripción.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, marzo catorce de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado ponente: Humberto Barrera Domínguez).

Acta número 8 de 1972.

Vistos.

El Tribunal Superior de Bogotá —Sala de Decisión Penal—, mediante providencia de catorce de diciembre último, *declara* prescrita la acción penal adelantada contra el abogado, doctor Silvino Cardona García, quien fue acusado de faltas contra la ética en el ejercicio de su profesión.

Hechos.

El Procurador 2º Delegado en lo Penal hace la siguiente síntesis de lo ocurrido:

"Carmen Emilia y Rosa María Montoya Zuluaga confirieron poder al abogado Silvino Cardona García para el reconocimiento y pago de sus pensiones de jubilación, como servidoras del Estado en el ramo de la educación. Adelantada la correspondiente tramitación, Cardona García recibió la suma de $ 90.000 por concepto de prestaciones de Rosa María Montoya, y $ 29.895.94, por el mismo concepto, para Carmen Emilia Montoya, sin que entregara la totalidad de tales dineros a sus destinatarias. Con posterioridad, el abogado extendió tres cheques posdatados, para cubrir sumas de sus mandantes, cuando le hicieron el reclamo respectivo.

"Cometió un abuso —dice la denunciante— pretendiendo apropiarse indebidamente de los dineros restantes, pues me hizo firmar un papel cuando me hizo el primer pago, en el cual decía que quedaba a paz y salvo, lo que demuestra que la intención era apropiarse del dinero que no me había entregado, tanto a mí como a mi hermana".

Considera la Corte.

Piensa el Ministerio Público que la providencia objeto de la consulta debe ser revocada, pues el acusado "adquirió la obligación de entregar los dineros a sus poderdantes desde el 16 de diciembre de 1969, cuando los recibió, pero no es esta la fecha desde la cual empieza a correr el término prescriptivo, como el Tribunal Superior lo expresa, por cuanto tratándose de faltas a la moral profesional de carácter permanente o continuo, el día desde el cual empieza a correr la prescripción es aquél en que se comete el último acto, pero como en el presente caso la obligación subsiste, no se ha producido la extinción de la acción...".

Agrega el Procurador 2º Delegado en lo Penal que el juzgador de primera instancia "ni siquiera oyó al abogado en descargos".

Pues bien:

Estima la Corte procedente la solicitud del Ministerio Público, por las siguientes razones:

a) El día 6 de mayo de 1971 el Tribunal Superior de Bogotá, de conformidad con el artículo 73 del Decreto 196 de 1971 (Estatuto del Ejercicio de la Abogacía), abrió el proceso disciplinario contra el abogado Cardona García.

b) Como anota el Ministerio Público, se trata de una falta de carácter permanente, que aún persiste en sus efectos.

c) De acuerdo con el artículo 88 del estatuto citado, la acción disciplinaria "prescribe en dos años, que se contarán desde el día en que se perpetró el último acto constitutivo de la falta...", precepto que también trae el artículo 106 del Código Penal.

d) Dentro del régimen disciplinario anterior al vigente, la prescripción de la acción penal, como lo señaló la Corte, ocurría luego de un año (Art. 115) contado desde el día de la consumación o del último acto en las infracciones continuas (Art. 106 de la misma obra).

e) El criterio de favorabilidad, lleva a que se tomen en cuenta los preceptos citados del Código Penal, en este caso.

f) Ha dicho la Corte:

"I. No puede revocarse a duda que en los delitos continuos (e igual cosa puede predicarse de las faltas a la ética profesional que acusen ese carácter) el día desde el cual empieza a correr la prescripción es aquel en que se comete el último acto o cesa el estado de criminalidad, cuando tal cosa ocurra antes de que el Estado ejerza la acción represora, pues así se infiere por modo manifiesto de las voces del artículo 106 del Código Penal.

"II. También estima la Corte que la perseguibilidad de la infracción, por el ejercicio de la acción correspondiente, debe ser el punto de partida para el inicio de la prescripción en las transgresiones o ilicitudes de índole permanente, que se consuman cuando se cumplen los elementos del tipo penal, pero cuyo efecto de hecho se conserva al momento en que se excita la acción sancionadora, pues de no ser así habría que concluir que en ciertos casos se excepcionaría la regla general de prescriptibilidad de la persecución y que determinados actos jurisdiccionales, como el auto de proceder en el procedimiento ordinario y la iniciación del proceso disciplinario respecto de faltas de los abogados, no tendrían aplicación en infracciones cuyo estado de continuidad material persistiera al tiempo de aquellas actuaciones judiciales, exclusión que no está autorizada por la ley y a la que se llegaría por vía de interpretación desfavorable al sindicado".

Según lo antes indicado, ciertamente la acción penal en este asunto no se encuentra prescrita, puesto que el proceso disciplinario, como se anotó, fue iniciado el 6 de mayo de 1971 y para la presente fecha no ha transcurrido ese término de un año, de que trata el artículo 115 del Código Penal.

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 Procurador 2º Delegado en lo Penal, *revoca* la providencia del Tribunal Superior de Bogotá, de que se hizo mérito y *ordena* seguir el procedimiento en este asunto.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Luis Enrique Romero Soto, Humberto Barrera Domínguez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Julio Roncallo Acosta, Mario Alario Di Filippo, Alvaro Luna Gómez, Luis Carlos Pérez, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

EXTRADICION

De conformidad a lo establecido en el artículo 9º del Código Penal, la extradición se concederá u ofrecerá de acuerdo con los tratados públicos, que prevalecen sobre las normas generales establecidas en el Código de Procedimiento Penal.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, veinte de marzo de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Julio Roncallo Acosta).

Aprobado: Acta número 9 de 20 de marzo de 1972.

Procede esta Sala de la Corte a emitir el concepto de que tratan los artículos 9º del Código Penal y 735 del Código de Procedimiento Penal, respecto de la solicitud de extradición del ciudadano José Alvaro Córdoba Bojassen, formulada al Gobierno de Colombia por la Embajada de los Estados Unidos de América.

I. *Antecedentes.*

Importa precisar los siguientes, tomados de los documentos que, debidamente autenticados, acompañan la referida solicitud de extradición:

a) En la declaración juramentada del señor Anthony Boccichio, agente especial de la oficina de aduanas del Departamento del Tesoro de los Estados Unidos, se expresa textualmente:

"1. La investigación reveló que el acusado José Alvaro Córdoba Bojassen era un pasajero a bordo del vuelo número 976 de Braniff International Airlines con destino al aeropuerto Internacional John F. Kennedy en Queens, Nueva York, procedente de Cali, Colombia, vía Miami, Florida. Mientras el avión se hallaba en vuelo, todos los pasajeros de dicho vuelo, inclusive el acusado, fueron informados de que a su llegada al aeropuerto de Miami tendrían que someterse a una inspección de aduanas. En el aeropuerto de Miami funcionarios de la aduana hallaron una valija abandonada que había estado a bordo de este vuelo. Una inspección de la valija reveló que era propiedad del acusado José Alvaro Córdoba Bojassen y que contenía aproximadamente 16 kilogramos de cocaína.

"La valija a continuación se volvió a cargar a bordo del vuelo antes mencionado con destino al aeropuerto internacional Kennedy en Queens, Nueva York. El acusado fue observado como pasajero en dicho vuelo a Nueva York.

"2. A la llegada al aeropuerto internacional Kennedy se observó que el acusado José Alvaro Córdoba Bojassen recogió la valija antes mencionada y la llevó a un taxímetro donde fue arrestado por agentes de la oficina de aduanas.

"3. Un análisis químico del contenido de la valija antes mencionada confirma que contenía aproximadamente 16 kilogramos de cocaína.

"Por lo cual, se solicita respetuosamente que el acusado José Alvaro Córdoba Bojassen antes nombrado sea sometido a las disposiciones que dicta la ley". (Fl. 18).

b) En las actas de las actuaciones realizadas ante Jack Weinstein, Juez de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Oriental de Nueva York, se hicieron constar, entre otros, los siguientes datos:

9 de noviembre de 1970.

"Ante Weinstein, J. Apertura del caso; están presentes el acusado y su abogado. Se celebró y concluyó conferencia del Juez con las partes antes de iniciar el juicio. Han de entregarse al acusado copias de las declaraciones del acusado. Se fija fianza en $ 250.000 en efectivo. El caso se suspende hasta el 18 de noviembre de 1970 a las 10 a. m. para la celebración del juicio".

18 de noviembre de 1970.

"Se registra formulario Nº 2 correspondiente a la ley de reforma de fianzas. Se registra el consentimiento a la aceptación del Secretario del Tribunal de la fianza en efectivo (18-11-70 se deposita la suma de $ 25.000 en la oficina del Registrador del Tribunal).

27 de noviembre de 1970.

"Ante Weinstein, J. Apertura del caso. Reanudación del juicio. Petición del acusado de un veredicto de inculpabilidad mandado por el Juez. Petición negada. El Tribunal imparte instrucciones al Jurado. Pedidos de instruir al Jurado. Se despide a los Jurados Suplentes. Se toma juramento a los actuarios. El Jurado se retira a deliberar a las 2:25 p. m. El Jurado regresa a las 4:30 p. m. con un veredicto de culpable respecto de los cargos 1 y 2. Se interroga a los Jurados individualmente en cuanto a su conformidad con el veredicto. Se despide al Jurado. El Gobierno peticiona (sic) la reencarcelación del acusado. Petición negada. Continúase la fianza. Se pospone sentencia, sin fijación de fecha. Concluye el juicio. El acusado debe presentarse al Fiscal de los Estados Unidos todos los lunes a las 9:30 a. m. hasta tanto se dicte sentencia".

23 de diciembre de 1970.

"Ante Weinstein, J. Apertura del caso. El acusado no está presente. El abogado está presente. El Gobierno da cuenta de la violación por parte del acusado de las condiciones de la fianza. El Gobierno peticiona (sic) auto del Juez para detención".

"Se concede auto de detención y pérdida de la fianza.

"Emítese auto del Juez para detención".

11 de enero de 1971.

"Por Weinstein, J. Se registra orden para dictar fallo en favor de los Estados Unidos en un monto de $ 250.000 contra José Alvaro Córdoba Bojassen y Norma Córdoba mancomunada y solidariamente, y puede emitir ejecución respecto del mismo y se ordena además que se autorice al Secretario de este Tribunal a pagar y por los presentes se le ordena pagar por conducto de la oficina del Registrador del Tribunal la suma de $ 25.000 al Tesorero de los Estados Unidos a título de satisfacción parcial de dicho fallo. (Notifícase al Tesorero) y Estados Unidos".

15 de enero de 1971.

"Ante Weinstein, J. Apertura del caso. El acusado no está presente. Se concede la petición del Gobierno de aplazar la sentencia por posible extradición del acusado. Se aplaza la sentencia hasta el 16-4-71". (Fls. 15, 16 y 17).

c) La acusación formulada por el gran Jurado en el proceso se descompone en dos cargos, a saber:

"*Primer cargo.* El o alrededor del 14 de octubre de 1970, dentro de la jurisdicción del Distrito Oriental de Nueva York, el acusado José Alvaro Córdoba Bojassen, a sabiendas y fraudulentamente contrabandeó, importó y trajo a los Estados Unidos aproximadamente 15,495 kilogramos de clorhidrato de cocaína, de una pureza de 68,4%, una droga narcótica, con infracción a la ley en violación del Título 21 del Código de los Estados Unidos, 174.

"*Segundo cargo.* El o alrededor del 14 de octubre de 1970, dentro de la jurisdicción del Distrito Oriental de Nueva York, el acusado José Alvaro Córdoba Bojassen, a sabiendas y fraudulentamente transportó, ocultó y facilitó el transporte y ocultamiento en los Estados Unidos de aproximadamente 15,495 kilogramos de clorhidrato de cocaína, de una pureza del 68,4%, una droga narcótica, sabiendo que dicha cocaína había sido importada con infracción a la ley en violación del Título 21 del Código de los Estados Unidos, 174". (Fl. 20).

d) El texto de la sección 174 del Código de los Estados Unidos dice en lo pertinente:

"Todo el que fraudulentamente o a sabiendas importe o traiga drogas narcóticas a los Estados Unidos o a cualquier territorio bajo su control o jurisdicción, con infracción de la ley, o recibe, esconde, compra, vende o de cualquier manera facilita el transporte, la ocultación o venta de cualquiera de dichas drogas después de haber sido importadas o traídas a los Estados Unidos, sabiendo que las mismas han sido importadas o traídas a los Estados Unidos infringiendo la ley, o conspira para cometer cualquiera de dichos actos con infracción de la ley de los Estados Unidos, sufrirá prisión de no menos de cinco ni más de veinte años, y además se le podrá imponer multa de no más de 20.000 dólares. En caso de un segundo o subsiguiente delito (tal como dispone la sección 7237 (c) del Código de Rentas Internas de 1954), el delincuente sufrirá prisión de no menos de diez ni más de cuarenta años y, además, podrá imponérsele multa de no más de 20.000 dólares.

"Siempre que en el juicio por infracción de esta sección se demuestre que el acusado tiene o había tenido en su posesión una droga narcótica, tal posesión se considerará prueba suficiente para autorizar una condena a menos que el acusado explique dicha posesión a satisfacción del Jurado". (Fl. 10).

e) Charles J. Carroll, Abogado de la Sección de Narcóticos y Drogas Peligrosas —División de lo Criminal— del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, expresa en declaración ju-

rada, "que el procesamiento en el caso titulado los Estados Unidos de América contra José Alvaro Córdoba Bojassen es por violaciones de las leyes penales de los Estados Unidos, por cuyas violaciones José Alvaro Córdoba Bojassen ha sido declarado convicto, pero no ha sido sentenciado". (Fl. 7).

f) En declaración rendida ante el señor Joseph W. Ryan, Jr., Fiscal Auxiliar de los Estados Unidos, el nombrado agente especial de aduanas del Departamento del Tesoro, Anthony Boccichio, dijo:

"El 14 de octubre de 1970, el acusado José Alvaro Córdoba Bojassen fue arrestado en el aeropuerto internacional John F. Kennedy, Condado de Queens, Nueva York, por los delitos de introducir de contrabando a los Estados Unidos 16 kilogramos de cocaína y transportar dicha cocaína en los Estados Unidos.

... ...

"Según puede desprenderse del registro de impresiones digitales anexo, el acusado es de la raza blanca, sexo masculino de 5'7" de estatura, 198 libras de peso, tiene cabello negro y ojos marrones y nació el 28 de febrero de 1939 en Cali, Colombia. En la oportunidad de su arresto, el acusado llevaba un pasaporte diplomático emitido por la República de Colombia el 13 de febrero de 1970 en Bogotá, Colombia". (Fl. 62).

II. *El trámite.*

Como se advirtiese antes de imprimirle al asunto el trámite de rigor legal que se había pretermitido el concepto exigido por el artículo 3º del Decreto 2200 de 1938, se dispuso devolver las diligencias al Ministerio de Justicia, a fin de que inquiriese del Ministerio de Relaciones Exteriores "si es el caso de proceder con sujeción a convenciones o usos internacionales o si se debe obrar de acuerdo con los artículos 708 a 715 del Código de Procedimiento Penal", normas éstas sustituidas por los artículos 733 a 740 del estatuto vigente. Dijo entonces ese Despacho:

"En cumplimiento del auto de la honorable Corte Suprema de Justicia el Ministerio de Relaciones Exteriores se permite expresar que con los Estados Unidos existen los siguientes tratados de extradición vigentes:

"A) Convención bilateral, suscrita en Bogotá el 7 de mayo de 1888 y ratificada el 12 de noviembre de 1890 en Bogotá cuyo texto, en copia se acompaña.

"B) Convención firmada en Bogotá el 9 de septiembre de 1940 y aprobada por la Ley 8ª de 1943. La ratificación se hizo en Washington el 23 de junio de 1943 y empezó a regir para ambos países el 6 de julio del mismo año. Esta convención amplió el número de los delitos por los cuales se puede solicitar la extradición, incluyendo los que se cometen contra las leyes de represión del comercio de narcóticos, numeral 22 del artículo 1º. El texto, en copia, igualmente se acompaña.

"C) Existe además la Convención Interamericana sobre extradición, originaria de la Séptima Conferencia Internacional Americana celebrada en Montevideo el 26 de diciembre de 1933, de la cual hacen parte Colombia y Estados Unidos, aprobada por la Ley 74 de 1935. Contra el artículo 2º de esta Convención que estipula la entrega del reo, cuando éste fuere nacional del Estado requerido, hizo reserva Estados Unidos, *pero Colombia no.*

"D) Se proyectó al respecto una cláusula opcional por medio de la cual los Estados signatarios, no obstante lo establecido por el artículo 2º de la anterior Convención, convinieron entre sí "que en ningún caso la nacionalidad del reo pueda impedir la extradición". Sin embargo esta cláusula sólo la ratificaron Argentina y Uruguay y así no entró en vigencia.

"A la luz de lo expuesto es claro el artículo 9 de las disposiciones preliminares del Código Penal que dice textualmente: 'La extradición se concederá u ofrecerá de acuerdo con los tratados públicos'. Los demás artículos que la regulan, 703 a 715 del Código de Procedimiento Penal, son privativos de los Organos del Poder Público facultados legalmente para resolver la solicitud de manera definitiva".

Sustanciose luego la solicitud como articulación, según mandato del artículo 15 del Decreto 2200 de 1938. En consecuencia, se dispuso dar traslado de la misma al reclamado por el término de tres días. (Artículo 22 del Decreto 2204 de 1969). Conforme a la constancia secretarial visible al folio 23, el 1º de julio último se presentó a la Secretaría de la Sala Penal de la Corte el señor José Alvaro Córdoba Bojassen con el fin de notificarse del auto inicial del trámite y "hacerse parte en este incidente a que ha dado lugar la solicitud de extradición hecha por el Gobierno de los Estados Unidos". En efecto, el señor Córdoba se notificó de la referida providencia y se identificó con su cédula de ciudadanía —reza el informe del Secretario— corriéndosele el respectivo traslado por el término dicho. Cumplido el cual, abriose el incidente a prueba por cinco días. (Art. 22 del Decreto 2204 de 1969; Art. 699 del C. de P. C.; Decreto extraordinario 1400 de 1970). Confor-

me a nueva constancia secretarial, "las partes no solicitaron pruebas dentro de este término". (Fl. 23 y vto.). Así, el memorial que obra a folios 37 y 38 del informativo, en que el apoderado especial del señor Córdoba solicitó algunas, es evidentemente extemporáneo.

La Corte considera.

1. Se funda la extradición en un principio de solidaridad internacional, en virtud del cual los Estados comprometen su recíproca ayuda para que los postulados de la defensa social se cumplan mediante la represión de los delitos, cuando la persona que ha delinquido se refugia en Estado distinto de aquel en donde infringió la ley penal.

2. El concepto que a la Corte compete, según los artículos 9º del Código Penal y 735 del Código de Procedimiento Penal, debe estudiar primordialmente si se han satisfecho las condiciones que los acuerdos internacionales señalen para conceder la extradición, y en su defecto, las leyes internas del país. En realidad, el citado artículo 9º dispone que la extradición se ofrecerá o concederá de acuerdo con los tratados públicos y que a falta de éstos, puede el Gobierno ofrecer o conceder la extradición conforme a los trámites establecidos en el Código de Procedimiento Penal, "previo dictamen favorable de la Corte en el segundo caso".

3. La Convención bilateral suscrita en Bogotá el 7 de mayo de 1888 por el Ministro de Relaciones Exteriores de Colombia y el encargado de negocios ad interim *de los Estados Unidos de América, aprobada por la Ley 66 del mismo año y canjeada el 12 de noviembre de 1890, dice en su artículo 1º que los Gobiernos de los Estados signatarios, "con las restricciones que adelante se expresarán, convienen en entregarse recíprocamente todas las personas sindicadas o convictas como autores principales o como cómplices de cualquiera de los delitos enumerados en el artículo II de esta Convención, cometidos dentro de la jurisdicción del uno, las cuales se encuentren dentro de la jurisdicción del otro Gobierno".*

4. El artículo II indica, en doce numerales, las infracciones penales por las cuales se concede recíprocamente la extradición. El 6º preceptúa: "La solicitud de extradición se hará por medio de los agentes diplomáticos de las partes contratantes, y en el caso de hallarse éstos ausentes del país o de la capital, por los empleados consulares superiores. El prófugo no podrá ser entregado sino en tanto que las pruebas de su culpabilidad sean tales que justificarían el arresto y el seguimiento de causa conforme á las leyes del país en que se le halle si en ese país hubiere cometido el delito". Y el X expresa: "ninguna de las altas partes contratantes será obligada a entregar sus propios ciudadanos según las estipulaciones de esta Convención: el hacerlo o no, les será enteramente discrecional".

5. Mediante la Convención Suplementaria de Extradición celebrada en Bogotá el 9 de septiembre de 1940, aprobada por la Ley 8ª de 1943 y canjeadas en Washington las respectivas ratificaciones el 23 de junio del mismo año, se amplió la lista de las infracciones enumeradas en la Convención de 7 de mayo de 1888, incluyendo en el numeral 22 del artículo 1º "delitos contra las leyes de represión del comercio de narcóticos".

6. Suscribió también Colombia, como lo recuerda el Ministerio de Relaciones Exteriores, la Convención sobre Extradición, originaria de la VII Conferencia Internacional Americana, de la cual hace parte los Estados Unidos de América, celebrada en Montevideo el 26 de diciembre de 1933 y aprobada por la Ley 74 de 1935.

A ese Convenio multilateral pertenecen, entre otras, las siguientes disposiciones:

"Artículo 1º Cada uno de los Estados signatarios se obliga a entregar, de acuerdo con las estipulaciones de la presente Convención, a cualquiera de los otros Estados que la requiera, a los individuos que se hallen en su territorio y estén acusados o hayan sido sentenciados, siempre que concurran las circunstancias siguientes:

"a) Que el Estado requirente tenga jurisdicción para juzgar el hecho delictuoso que se imputa al individuo reclamado.

"b) Que el hecho por el cual se reclama la extradición tenga el carácter de delito y sea punible por las leyes del Estado requirente y por las del Estado requerido con la pena mínima de un año de privación de la libertad".

"Artículo 2º Cuando el individuo fuese nacional del Estado requerido, por lo que respecta a su entrega, ésta podrá o no ser acordada según lo que determine la legislación o las circunstancias del caso a juicio del Estado requerido. Si no entregare al individuo, el Estado requerido queda obligado a juzgarlo por el hecho que se le imputa, si en él concurren las condiciones establecidas en el inciso b) del artículo anterior, y a comunicar al Estado requirente la sentencia que recaiga".

. . . . . .

Artículo 21. La presente Convención no abroga ni modifica los tratados bilaterales o colectivos que en la fecha del actual estén en vigor entre

los Estados signatarios. No obstante, si alguno de aquéllos dejara de regir, entrará a aplicarse de inmediato la presente Convención entre los Estados respectivos, en cuanto cada uno de ellos hubiere cumplido con las estipulaciones del artículo anterior". (Requisitos referentes a ratificación y canje, aclara la Corte).

7. Importa observar, de otro lado, que el hecho que se le imputa a Córdoba Bojassen y por el cual se solicita su extradición está previsto como delito en la ley colombiana y reprimido con una sanción privativa de la libertad no inferior a cuatro años. (Art. 5º del Decreto 522 de 1971 —marzo 27—, incorporado al capítulo 2º, Título VIII del Código Penal, en virtud del artículo 10 del mismo Decreto).

8. Con fundamento en los presupuestos anteriores resultan ineludibles las siguientes conclusiones:

a) Corresponde a la Rama Ejecutiva, por medio del Ministerio de Justicia, ofrecer o conceder la extradición de un procesado o condenado en el exterior, en los casos autorizados por el Código Penal. (Art. 733 del C. de P. P.).

b) El artículo 9º del Código Penal sienta el principio de que la extradición se concederá u ofrecerá de acuerdo con los tratados públicos, que prevalecen sobre las normas generales establecidas en el Código de Procedimiento Penal. Esta es la interpretación que la Corte ha hecho de ese precepto en numerosas oportunidades. Así, en concepto de 9 de abril de 1945 (LIX, 209) decía: "Conforme a las normas del acuerdo bolivariano de 1911, aún vigente, basta que se haya dictado auto de detención para que se pueda conceder la extradición, lo que constituye una excepción al régimen del estatuto procesal penal colombiano, que requiere auto de proceder". En dictámenes de 27 de marzo de 1947 y 25 de agosto de 1951 (LXIII, 145 y LXX, 192) expresaba: "Como entre Colombia y el Ecuador existe un acuerdo sobre extradición, suscrito por los países bolivarianos el 18 de julio de 1911, y ratificado en nuestro país por la Ley 26 de 1913, las disposiciones del acuerdo privan sobre los principios generales". Y en concepto de 11 de mayo de 1944 (LVII, 614) dijo: "Aun cuando el artículo 709 de la Ley 94 de 1938 exige además de otros requisitos, que por lo menos se haya dictado en el exterior auto de proceder o su equivalente para que sea factible ofrecer o conceder la extradición, lo cierto es, en armonía con los principios del derecho internacional, que esa Ley 94 no modificó la 26 de 1913, ni podía variarla, pues no queda al arbitrio o a la sola voluntad de una de las partes introducir ningún cambio en un tratado público, que es un contrato o pacto solemne entre dos o más Estados o potencias, pacto o contrato de obligatoria observancia mientras no se abrogue o reforme con arreglo a los usos o prácticas que el derecho internacional permite".

c) Prevaleciendo el principio de que en la materia rigen preferentemente los tratados públicos, es preciso aceptar que la norma contenida en el último inciso del citado artículo 9º, según la cual "no se concederá la extradición de colombianos ni la de delincuentes político-sociales", sólo habrá de aplicarse cuando dichos tratados —que son leyes de la República— guarden silencio sobre el particular, o cuando no contengan estipulaciones contrarias o diferentes.

d) Según el artículo 20 de la Ley 66 de 1888, es enteramente discrecional de las altas partes contratantes (Colombia y Estados Unidos de América) entregar sus propios ciudadanos, estipulación que desde luego difiere de la tajante prohibición que el artículo 9º del Código Penal consagra en su tercer inciso. Prevalece, en consecuencia, aquélla sobre ésta, y ello significa que es facultativo para el Gobierno de Colombia, en el presente caso, entregar al ciudadano reclamado.

e) Los documentos auténticos que acompañan la solicitud de extradición demuestran que las pruebas de culpabilidad del reclamado son tales que justificarían el arresto y el seguimiento de causa en Colombia. Recuérdese, por lo demás, que cuando por vía diplomática se formuló la referida solicitud, al sindicado ya se le había declarado convicto en el juicio respectivo.

f) No existe, por lo visto, obstáculo de orden legal que impida en el caso aquí contemplado conceder la extradición solicitada. Compete a la Rama Ejecutiva, en último término, hacer uso de la facultad que le confiere el citado artículo 10 de la Convención bilateral de 7 de mayo de 1888.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— emite concepto favorable sobre la solicitud de extradición a que se refiere el presente dictamen.

Cópiese y devuélvase al Ministerio de Justicia.

Luis Enrique Romero Soto, Humberto Barrera Domínguez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Julio Roncallo Acosta, Mario Alario Di Filippo, Alvaro Luna Gómez, Luis Carlos Pérez, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

EXCESO EN LA VEREDICCION

En los juzgamientos con intervención del Jurado, debe existir una necesaria armonía en las actuaciones procesales, como son el auto de proceder, la cuestión propuesta al Jurado, el veredicto y el fallo. En consecuencia no puede el Jurado desbordar, agravándolo, el cargo que se haga al sindicado en el auto de proceder. Lo que con tal alcance resulte del veredicto no puede ser acogido por el Juzgador en derecho pues la sentencia debe estar en consonancia con el pliego de cargos.—Alcances de la causal 2ª de casación.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, abril siete de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado ponente: Humberto Barrera Domínguez).

Acta número 11 de 1972.

Vistos.

Agotado el trámite correspondiente, entra la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de veintiuno de julio último, por la cual se le impuso al procesado Luis Gabriel Rivera Buitrago la pena principal de ocho años de presidio, como responsable de homicidio cometido en la persona de Gustavo Bonifacio Garzón, proceso del que conoció en primera instancia el Juzgado 12 Superior de esta misma ciudad.

Hechos y desarrollo del proceso.

En las instancias se hizo la siguiente síntesis de lo ocurrido, al ser calificado el mérito del sumario:

"Los que sirvieron de base para iniciar el presente averiguatorio ocurrieron la noche del veintisiete de diciembre último, en la localidad de Villeta, en el momento en que dos unidades policivas procedieron a requisar a Ernesto Carrillo y Gustavo Bonifacio Garzón a solicitud del soldado Luis Gabriel Rivera Buitrago, quien le manifestó a los agentes del orden que desde el café en donde se encontraba venía siendo ultrajado por éstos, y que además lo venían persiguiendo, posiblemente con fines obvios y peligrosos, y que cuando dicha requisa se desarrollaba normalmente, el precitado Rivera Buitrago hizo un disparo con su revólver, lesionando de gravedad a Gustavo Bonifacio Garzón, quien falleció esa misma noche en el hospital 'Salazar', de dicha ciudad".

En cuanto al trámite del asunto, el Procurador 1º Delegado en lo Penal dice lo que pasa a transcribirse:

"El Juzgado Promiscuo Municipal de Villeta, con base en las primeras diligencias practicadas por la Inspección Primera de Policía Municipal de la misma localidad, dictó el auto cabeza de proceso e inició la investigación del homicidio denunciado con recepción de múltiple prueba, enviando posteriormente lo actuado a los señores Jueces Superiores de Bogotá, tocándole, por razón del reparto, conocer al Juzgado 12 Superior.

"Al estimarse perfeccionada la investigación, se decretó su clausura, calificándose el mérito del sumario con providencia por la cual se ordenó 'abrir causa criminal por intermedio del Jurado a Luis Gabriel Rivera Buitrago... como responsable del delito de homicidio agotado en la persona de Gustavo Bonifacio Garzón...'.

"El Juez *a quo,* en los considerandos del vocatorio a juicio...", reconoció como probada la circunstancia atenuante de la responsabilidad prevista en el artículo 28 del Código Penal.

"La causa se rituó en forma legal, y en el debate del juzgamiento, el Juez de derecho sometió al *juri* el siguiente cuestionario:

'*Cuestión única*: El acusado, Luis Gabriel Rivera Buitrago, de condiciones civiles y personales conocidas en el proceso, es responsable, ***sí*** o ***no,***

de haber causado la muerte violenta con la intención de matar a Gustavo Bonifacio Garzón, produciéndole lesiones con arma de fuego (revólver), obrando en estado de ira causado por grave e injusta provocación en el desarrollo de los hechos que tuvieron ocurrencia en la noche del veintisiete (27) de diciembre de mil novecientos sesenta y nueve, dentro del perímetro urbano de la población de Villeta?'.

"Al interrogatorio el Jurado respondió:

'Sí es responsable de la muerte violenta, pero no obró en estado de ira causado por grave e injusta provocación'.

"Los sentenciadores de primero y segundo grado acogieron íntegramente el veredicto y dictaron los fallos a que ya se hizo referencia, así el del *ad quem* hubiese sido contrariando la petición de su colaborador Fiscal, enrutada hacia la revocatoria del que revisaba".

Demanda y respuesta del Ministerio Público.

El apoderado del recurrente invoca las causales cuarta y segunda de casación, así:

a) *Causal cuarta:* "Cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad".

A través de este motivo de impugnación señala el actor dos cargos, a saber:

1º Violación de las formas propias del juicio.

Anota el demandante que la respuesta dada por el Jurado constituye una violación del artículo 26 de la Carta, pues éste "solo tiene facultad para modificar el pliego de cargos reconociéndole al procesado circunstancias aminorantes de responsabilidad encaminadas a atemperar la sanción, pero carece de facultad legal para modificar el auto de proceder en sentido desfavorable al procesado, desechando una circunstancia de favorabilidad para recoger otra de mayor gravedad. Al ejercitar el Jurado la facultad de modificar el auto de proceder en el sentido como lo hizo se abrogó una facultad que no le correspondía, desvertebró el pliego de cargos que era ley del proceso y con su respuesta afirmativa de responsabilidad dentro del grado de voluntariedad del acto, dio motivo a que al procesado se le juzgara y condenara con violación del artículo 26 de la Constitución Nacional, que manda observar 'la plenitud de formas propias de cada juicio' ".

Y luego de transcribir algunas partes de providencias de la Corte (casación de 15 de abril de 1931, G. J., T. XXXVIII, pág. 532; casación de 13 de agosto de 1940, G. J., T. L, pág. 532; casación de 19 de febrero de 1941, G. J., T. LI, pág. 85, y casación de 17 de agosto de 1945, G. J., T. LIX, pág. 498), expresa que el fallo recurrido es violatorio del artículo 26 de la Carta, pues su mandante fue condenado por un cargo más grave del deducido en el auto de proceder.

2º Incompetencia del Juez.

Observa el actor que el procesado Luis Gabriel Rivera Buitrago, "por la época de la comisión del delito, tenía la calidad de militar en servicio activo y su juzgamiento está atribuído a la justicia penal militar y no a la justicia ordinaria...", de acuerdo con el ordinal 2º del artículo 308 del Código de Justicia Penal Militar, por lo que "surge en este negocio la nulidad prevista en el numeral 1º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal.

b) *Causal segunda:* "Cuando la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder o esté en desacuerdo con el veredicto del Jurado".

Como cargo único propuesto a través de este otro motivo de casación, afirma el demandante que el fallo objeto del recurso no está en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder, pues en la parte motiva de esa providencia se reconoció para su mandante el caso de atenuación previsto en el artículo 28 del Código Penal y tal circunstancia no se tuvo en cuenta en la sentencia para aminorar la sanción.

Y luego de transcribir buena parte de la sentencia de casación de José de Jesús López Marín, fechada el 30 de junio de 1964 (G. J., T. CVII, Nº 2272, pág. 589 y ss.), pide que se invalide el fallo recurrido y dicte la Corte el que, en su lugar, deba reemplazarlo.

El Procurador 1º Delegado en lo Penal, luego de un detenido examen del primer cargo que el demandante propone con invocación de la causal cuarta, dice que es de plena aceptación la tacha y corresponde hacer la declaración solicitada por el actor.

Considera la Corte.

Para un mejor entendimiento de las tachas que el demandante propone a la sentencia acusada, cabe anotar previamente:

a) Salvo el cargo que aduce el actor con apoyo en una supuesta incompetencia del Juez (numeral 1º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal), el segundo también señalado a través de la causal cuarta de casación y el que anota con invocación de la causal segunda, tie-

nen igual fundamento: que la sentencia superó, agravándolo, el cargo hecho al sindicado en el auto de proceder, no estando en consonancia con este proveído la sentencia objeto del recurso.

b) Ciertamente, al procesado Luis Gabriel Rivera Buitrago se le llamó a juicio por homicidio voluntario (Art. 362 del Código Penal), dentro de la circunstancia atenuadora del estado de ira causado por grave e injusta provocación (Art. 28 Ib.), respecto de lo cual se preguntó al Jurado, el que, al dar respuesta, acepta la responsabilidad del encausado, pero anotando que "no obró en estado de ira causado por grave e injusta provocación".

El Juez de derecho acogió tal veredicto y, como consecuencia, profirió sentencia que no está en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder.

c) Encontrándose prevista tal discordancia del fallo con el auto de vocación a juicio, en lo atinente a los cargos hechos al procesado, como motivo de casación en el numeral 2º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, no es dable que la misma tacha se aduzca con invocación de la causal cuarta de que trata el mismo artículo, para "cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad", pues las consecuencias de la prosperidad del recurso, en uno y otro caso, son distintas, a saber:

"Artículo 583. Aceptación de causales.—Procedimiento.

"Cuando la Corte aceptare como justificadas alguna o algunas de las causales propuestas, procederá así:

"1. Si la causal fuere la primera o la segunda, casará el fallo y dictará el que deba reemplazarlo;

"2. . . . . .

"3. Si la causal aceptada fuere la cuarta, declarará en qué estado queda el proceso y dispondrá que se envíe al Tribunal de origen para que proceda con arreglo a lo resuelto por la Corte".

De conformidad con lo que acaba de ser observado, corresponde concluir en que no procede, técnicamente, el cargo que propone el demandante por "violación de las formas propias del juicio", pues la tacha que al respecto hace también la trae con invocación de la causal segunda, que expresamente se ocupa de ella.

Y en cuanto al segundo cargo que aduce el actor, sobre supuesta "incompetencia del Juez", se rechaza, por las siguientes razones:

a) Los hechos ocurrieron el veintisiete de diciembre de 1969. Para esa fecha el país gozaba de normalidad jurídica, pues la situación de estado de sitio por que pasaba la totalidad del territorio nacional desde el 21 de mayo de 1965 dejó de existir, en virtud del Decreto 3070 de 16 de diciembre de 1968.

b) No es pertinente, por tanto, la regla de competencia de la jurisdicción penal militar que trae el ordinal 2º del artículo 308 del Código de Justicia Penal castrense, pues esta norma se refiere a delitos comunes cometidos por militares en servicio activo o por civiles que están al servicio de las Fuerzas Armadas, en tiempo de guerra, de turbación del orden público o de conmoción interior.

Es, pues, competente la justicia penal ordinaria para conocer de este proceso, y, en consecuencia, no resulta demostrado, como se dijo, el cargo de "incompetencia del Juez" en este caso.

Causal segunda.

Prospera este motivo de casación, pues aparece probado el cargo de que la sentencia recurrida no está en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder.

En efecto:

a) Ya se dijo como *es cierto que en el auto de proceder se da por probado que el sindicado cometió el hecho en estado de ira causada por grave e injusta provocación. Al Jurado le fue propuesta dicha circunstancia atenuadora de la responsabilidad, y en su respuesta expresamente la rechazó.*

Y al acoger el juzgador en derecho la totalidad de aquel veredicto, hizo caso omiso del motivo de atenuación que había reconocido en el auto de proceder, prescindiendo, así, de regular la sanción de acuerdo con lo que señala el artículo 28 del Código Penal.

Por tanto, el fallo acusado no se encuentra en consonancia con el cargo por que fue llamado a juicio el recurrente, pues se le acusó de homicidio con dolo de ímpetu (Arts. 362 y 28 del Código Penal) y se le condenó por homicidio voluntario (Art. 362 únicamente), habiéndose prescindido de la circunstancia atenuadora prevista en el referido artículo 28 de la misma obra.

b) No puede el Jurado desbordar, agravándolo, el cargo que se haga al sindicado en el auto de proceder. Lo que con tal alcance resulte del veredicto no puede ser acogido por el juzgador en derecho, pues la sentencia debe estar en consonancia con el pliego de cargos.

En fallo de 13 de agosto de 1940 (G. J., T. L, pág. 532), dice la Corte que "los límites del auto

de proceder no pueden traspasarse sin quebrantar los principios normativos del procedimiento penal y la garantía consignada en el artículo 26 de la Constitución".

Igualmente, en sentencia de 19 de febrero de 1941 (G. J., T. LI, pág. 85), expresa esta Corporación:

"El auto de proceder es la base de la sentencia en el juicio penal. Dentro de cada categoría o género de delitos debe ceñirse el sentenciador a la calificación hecha en el auto de proceder... Aún más: existiendo las circunstancias denominadas modificadoras, que dentro de determinada especie de delito crean o constituyen sub-especie, en caso de que el auto de proceder haya afirmado una de aquellas modificaciones favorables al reo, no podrá desecharse en la sentencia. Por ejemplo: si el enjuiciamiento por homicidio afirma que el delito fue preterintencional, la sentencia no podrá declararlo intencional o simplemente voluntario, ni imponer la sanción correspondiente a esta clase de homicidio. Supóngase que a un sindicado se le haya llamado a juicio por homicidio simplemente voluntario, descartando la premeditación, y el Jurado no sólo dé una respuesta afirmativa al cuestionario, sino que le agregue expresamente la circunstancia de la premeditación. Podría, entonces, el Juez de derecho condenar al reo por homicidio premeditado? No, porque ese cargo no se le había hecho en el auto de proceder, que equivale a la demanda formulada por el Poder Público en contra del reo, y al penarlo por un cargo más grave del propuesto o planteado en el enjuiciamiento se le condenaría sin oírlo debidamente en juicio".

Insiste la Corte en esta doctrina en la providencia de 17 de abril de 1961 (G. J., T. XCV, págs. 553 a 571), de la cual se transcribe el siguiente párrafo:

"Cuando el Jurado afirma una responsabilidad criminal en circunstancias más gravosas a las que se le sometieron a su juicio, contraviene el pliego específico de cargos y lo que en tal sentido exprese, no obliga al fallador, quien ha de tener por no escrito lo que el Jurado exprese más allá de la cuestión sometida a su examen. Aceptar un pronunciamiento excedido, virtualmente coloca en pugna la sentencia con el auto de proceder, e incluso con el mismo veredicto, que sólo es atendible en lo pertinente y da fundamento a la causal tercera de casación".

Y también la anterior doctrina fue reiterada por la Corporación en la sentencia de 30 de abril de 1964, publicada en el Tomo CVII (2ª parte) de la Gaceta Judicial (págs. 475 y 487), casación de Manuel Tiberio Marín.

c) Sabido es que la sentencia debe ser proferida por el juzgador en derecho tomando en cuenta el veredicto del Jurado, cuando a éste le corresponde intervenir en el juicio. Pero si la respuesta de los jueces de conciencia excede el pliego de cargos hecho al sindicado en el auto de proceder, es obvio que acogido en tal forma deja de existir esa armonía que debe darse entre la providencia vocatoria a juicio y el fallo. Esa concordancia no debe alterarse para agravar la situación del acusado, la que queda enmarcada dentro de las especificaciones del auto de proceder, pues de otra manera se excedería en la sentencia lo que el Poder Público ha demandado a quien se le sindica de delito, que tiene derecho a ser oído, a realizar su defensa dentro del ámbito que el Juez le señala al llamarlo a juicio.

Corresponde, según lo dicho, invalidar la sentencia impugnada y proferir la que deba reemplazarla, pues prospera la causal segunda de casación invocada.

A tal efecto, habida cuenta de que en las instancias fue señalada la sanción mínima prevista en el artículo 362 del Código Penal, y siendo aplicable el precepto que trae el artículo 28 de la misma obra, según el cual en la situación que contempla "se impondrá una pena no mayor de la mitad del máximo ni menor de la tercera parte del mínimo, señalados para la infracción", la pena privativa de la libertad que corresponde imponer al procesado Luis Gabriel Rivera Buitrago es la de treinta y dos (32) meses de presidio.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del Procurador 1º Delegado en lo Penal, *invalida* parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá de que se ha hecho mérito y *dispone* reducir la pena de ocho años de presidio que fue impuesta al procesado Luis Gabriel Rivera Buitrago, como responsable del delito de homicidio, a treinta y dos (32) meses de presidio. Las sanciones accesorias que entrañen duración, quedan reducidas al mismo término. En lo demás rige la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Luis Enrique Romero Soto, Humberto Barrera Domínguez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Julio Roncallo Acosta, Mario Alario Di Filippo, Alvaro Luna Gómez, Luis Carlos Pérez, José María Velasco Guerrero.

Evencio Posada, Secretario.

ESTAFA Y EXTORSION

Diferencias básicas entre estos dos tipos delictuales. El efecto sicológico producido en la víctima es el que permite señalar de qué delito se trata; si el sujeto pasivo fue determinado sólo por el error, se tiene estafa; pero si fue obligado por el temor, se da el delito de extorsión, siempre y cuando que entre el cumplimiento de lo pretendido por el delincuente y el mal amenazado no tenga contemporaneidad.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, abril siete de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado ponente: Humberto Barrera Domínguez).

Acta número 11 de 1972.

Vistos.

Entra la Corte a resolver la colisión negativa de competencias planteada entre la jurisdicción penal castrense y la ordinaria, en cuanto al conocimiento del proceso que se sigue contra Carlos Antonio Castro Bedoya y Gustavo Osorio López, acusados de extorsión.

Se dice por el Juzgado 4º Penal Municipal de Armenia que los sindicados procedieron de la siguiente manera: "Primero: Osorio López se sustrajo un radio-receptor, según denuncia que cursa en otro de los Juzgados Penales Municipales de esta ciudad. Ya en posesión de este aparato y previamente inteligenciado con su cómplice, lo vendió por $ 180.00 al ciudadano Obdulio Celis, quien lo dio a guardar de inmediato en un bar de las cercanías. Acto seguido apareció en escena el sindicado..." Carlos Antonio Castro Bedoya, quien para la fecha de los hechos estaba suspendido de sus funciones de agente de la Policía Nacional, según informe del Comando del Departamento de Policía Quindío...,, "identificándose como miembro del F-2, e intimó al comprador para que le entregara el radio en el acto, acusándolo de reducidor. Celis, entonces, colocó el aparato a su disposición en el lugar donde lo había guardado. El vendedor del aparato también estaba presente, y a ambos les manifestó el ex-agente de la Policía que los conduciría al cuartel. En realidad, no se dirigieron allí, sino hacia la salida de la vecina ciudad de Calarcá. Por el camino, tanto el ex-agente como su cómplice, le insinuaban que el asunto podría arreglarse con plata. En esas estaban cuando fueron capturados por la Policía".

Anota el Comando de la Octava Brigada del Ejército que el asunto no es de su competencia, pues se trata de un delito de estafa, pues si bien Castro Bedoya se hallaba, para entonces, suspendido de la calidad de agente de la Policía Nacional, no por ello había dejado de pertenecer a esa institución, y por tanto, no puede aseverarse que simuló autoridad, para que se tengan los hechos que se investigan como constitutivos de un delito de extorsión.

En cambio, el Juzgado 4º Penal Municipal de Armenia estima que se tiene la infracción últimamente citada, "porque la entrega del radio la realizó la víctima bajo la presión de encontrarse frente a un miembro del F-2, y, por tanto, no fue engañada sino coaccionada... y todas las maniobras estaban encaminadas a exaccionarle más dinero al señor Celis. El hecho de conducirlo para el cuartel de policía, bajo la sindicación de reducidor, constituye una amenaza contra el bien jurídico de la libertad, que tenía por objeto preparar el ánimo de la víctima para que entregara más dinero...".

Pues bien:

Considera la Corte que en el estado actual de la investigación, el conocimiento de este asunto le corresponde a la justicia penal castrense, por las siguientes razones:

a) *Los hechos tuvieron ocurrencia el veintiocho de enero último, y la calificación de extorsión dada a los mismos está conforme con el precepto que la define, que alude a quien, "por*

medio de amenazas o violencia o simulando autoridad pública o falsa orden de la misma, y con el fin de obtener para sí o para un tercero un provecho ilícito, obligue a otro a entregar, enviar, depositar o poner a su disposición, cosas, dinero o documentos capaces de producir efectos jurídicos...". (Art. 406 del C. P., en concordancia con el artículo 13 del Decreto 1988 de 1971).

En la supuesta coparticipación de los sindicados, el medio puesto en juego por éstos para buscar que el denunciante (Obdulio Celis Santiago) les entregara alguna suma de dinero fue el de intimidarlo con la amenaza de ser acusado de reducidor, en la que también tuvo parte la simulación de facultades policivas de las que carecía el ex-agente de la Policía Nacional (Castro Bedoya), quien estaba para entonces suspendido de la calidad de miembro de esa institución.

Y si la razón determinante del daño económico que sufra la víctima (en este caso no tuvo ocurrencia, por lo que está bien que el juez penal ordinario califique los hechos como una extorsión tentada) es el temor, la infracción a considerar no es la de estafa, así la simulación de autoridad o la falsa orden de la misma lleven a engaño, sino la de extorsión, pues es esencial de esta última que el consentimiento del sujeto pasivo respecto de las pretensiones del delincuente se obtenga en razón de la amenaza de un mal futuro, siempre que entre aquéllas y éste no exista contemporaneidad.

Anota el maestro Carrara ("Programa del curso de derecho criminal", *Edit. "Depalma", Buenos Aires, 1944, parágrafo 2135), que "si el engaño sirvió de medio para infundir temor, es violencia que según los casos constituye los títulos de hurto violento y de extorsión. En cambio, si el temor fue medio para engañar, nunca se sale de los requisitos del simple fraude".*

Y también Alfredo J. Molinario ("Derecho penal argentino", *Buenos Aires, Editorial "Emilio Bustos", 1944, págs. 505 y 506), siguiendo los pasos de Carrara, expresa que "en los casos de simulación de autoridad o de invocación de falsa orden de la misma, la extorsión presenta elementos afines con la estafa y resulta dudoso, a veces, determinar frente a cuál de ambos delitos se está. El criterio rector, en esos supuestos, debe ser el de establecer cuál elemento ha privado en el ánimo de la víctima: si el temor o el engaño".*

Es, pues, el efecto sicológico producido en la víctima el que permite señalar de qué delito se trata en ese supuesto: si el sujeto pasivo fue determinado sólo por el error, se tiene estafa; pero si fue obligado por el temor, se da el delito de extorsión, siempre y cuando que entre el cumplimiento de lo pretendido por el delincuente y el mal amenazado no se tenga contemporaneidad.

b) De acuerdo con lo averiguado hasta ahora, cabe admitir que el nombrado Celis Santiago accedió a acompañar a los procesados para procurarles el dinero que éstos buscaban por razón del temor a que llegó, al ser amenazado por el supuesto agente del F-2, Castro Bedoya, de acusarlo de receptador y llevarlo hasta el cuartel, si no arreglaba con dinero su situación.

Y en estas circunstancias, el delito que se averigua no es el de estafa, como anota el juez castrense, sino el de extorsión, cuyo conocimiento está atribuido a la jurisdicción penal castrense, de acuerdo con lo que dispone el artículo 1º del Decreto 254 de 1971.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *dirime* la colisión negativa de competencias de que se hizo mérito en el sentido de *declarar* que el conocimiento de este proceso le corresponde al comando de la Octava Brigada del Ejército, con sede en Armenia, a donde se enviará el expediente.

Remítase copia de este proveído al Juzgado 4º Penal Municipal de Armenia.

Cópiese y notifíquese.

Luis Enrique Romero Soto, Humberto Barrera Domínguez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Julio Roncallo Acosta, Mario Alario Di Filippo, Alvaro Luna Gómez, Luis Carlos Pérez, José María Velasco Guerrero.

Evencio Posada, Secretario.

COMPETENCIA.—VISITADORES FISCALES DE LAS CONTRALORIAS

El Decreto 2267 de 1969 que entró en vigencia el 4 de febrero del año inmediatamente siguiente, no incluyó a los visitadores fiscales en las Contralorías General de la República, Departamentales y del Distrito Especial de Bogotá, entre los funcionarios de instrucción, en consecuencia cualquier actuación de estos funcionarios en tal sentido, posterior a la fecha ya indicada, se encuentra viciada de nulidad.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, siete de abril de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Alvaro Luna Gómez).

Aprobado: Acta número 11, abril 7 de 1972.

Vistos.

Corresponde a la Sala decidir acerca del recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado Darley Toro Quintero contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia el 19 de julio de 1971 por medio de la cual confirmó la de primera instancia del Juzgado Primero Superior de Armenia que condenó a Toro Quintero a la pena principal de cuatro años y un mes de presidio, a más de las accesorias de rigor "como autor responsable de los delitos de falsedad en documentos públicos y peculado agotados en la Tesorería de Fomento de Barcelona Q.".

Hechos.

En atención a lo probado en el expediente, de manera acertada han sido presentados en diversas oportunidades procesales, así:

"...El señor Corregidor Departamental de Policía de Barcelona por decreto fechado el 3 de abril del calendario de 1967 designó como Tesorero de Fomento de ese corregimiento al señor Darley Toro Quintero quien tomó posesión del mismo el 20 del mes y año citados...

De manera que se acreditó la calidad de funcionario público de Toro Quintero y en razón de las funciones inherentes a su cargo le correspondía recaudar dineros que por diferentes motivos pagaban los contribuyentes, pero llegó el momento en que decidió apropiarse indebidamente de parte de aquéllos para lo cual ideó la patraña consistente en el hecho de expedirle al usuario el recibo original por el mismo valor que éste pagaba y al duplicado que quedaba en la oficina le estampaba cantidad inferior a la real, situación anómala que se registró durante el lapso comprendido entre el 13 de mayo de 1969 y el 14 de agosto de 1970 según se colige de los recibos originales allegados al informativo y sus correspondientes duplicados...

De lo anotado en acápite anterior plena confesión hizo el acriminado Toro Quintero y para justificar su aviesa conducta dice que ello obedeció a su precaria situación económica y en lo que hace relación a la adulteración de la verdad en los duplicados o copias de los recibos expedidos a los contribuyentes, afirma que lo hacía "de una manera ingenua ya que no tenía conocimiento que eso fuera un perjuicio para mí". (Fl. 175).

Actuación procesal.

Por Resoluciones números C-405 de 1º de septiembre de 1970 y 407 del día siguiente, la Contraloría General del Departamento del Quindío designó a sus funcionarios Jaime Soto Mejía y Orlando A. González Londoño para que adelantaran "investigación penal en el corregimiento de Barcelona". (Fls. 1 sgt.).

En desarrollo de tal encargo el funcionario, luego de recibir una declaración y de practicar una visita a la Tesorería de Fomento de Barcelona, el día 9 de septiembre de 1970 dictó auto cabeza de proceso (Fl. 7 vto.). Inició la investigación, oyó en indagatoria al sindicado Darley Toro Quintero (Fl. 53), decretó y practicó numerosas pruebas y por auto de 22 de esos mismos

mes y año decretó la detención preventiva del sindicado y dispuso enviar las diligencias al Juez Penal del Circuito de Calarcá (Fls. 70 ss). El primero de éstos lo envió por competencia al Juez Superior para reparto (Fl. 85). El Primero Superior a quien correspondió, avocó el conocimiento, decretó algunas pruebas, negó el envío de las diligencias al Juzgado Penal del Circuito y tras nuevas actuaciones declaró cerrada la investigación (Fl. 136). Por auto de 25 de enero de 1971 el sindicado Darley Toro Quintero fue llamado a responder en juicio por falsedad en documentos y peculado (Fls. 149 ss.), providencia que fue confirmada por el Tribunal cuando hasta él llegó en virtud de apelación interpuesta por el defensor. El 19 de mayo del mismo año se celebró la audiencia pública (Fls. 188 ss.), luego se produjo la sentencia condenatoria de primera instancia (Fls. 192 ss.) y, finalmente la del Tribunal que vino a confirmarla y que ha sido objeto del recurso extraordinario de casación que ahora se desata.

La demanda.

El demandante formula tres cargos contra la sentencia: el primero, al amparo de la causal cuarta y los dos siguientes, al de la primera. Como aquél ha de prosperar y en tal forma que la nulidad abarcará todo lo actuado, la Corte se abstiene de presentar y considerar los cargos formulados con invocación de la causal primera.

Cargo. La sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad constitucional.

Para fundamentarlo manifiesta: funcionarios de la Procuraduría Departamental del Quindío fueron designados para adelantar esta investigación, por resoluciones de septiembre de 1970. El 22 de los mismos mes y año, el visitador fiscal dictó auto de detención contra Toro Quintero. Y, agrega:

"Empero, de conformidad con el Decreto 2247 del 31 de diciembre de 1969, los funcionarios instructores designados por las contralorías departamentales, quedaron sin funciones, no pudiendo de consiguiente iniciar investigaciones de carácter penal, ni menos proferir autos de detención preventivas, siendo como es ésta, una facultad adscrita por entero a la Rama Jurisdiccional del Poder Público, a quien en consecuencia, privativamente, corresponde encargarse de las investigaciones pertinentes sobre el peculado. En nuestro caso, tenemos que la investigación en contra del señor Darley Toro Quintero, fue iniciada el día 9 de septiembre de 1970, valga decir con posterioridad a la puesta en vigencia del Decreto 2247 ya citado, y, consecuencialmente, se ha incurrido en una nulidad de carácter constitucional, porque "nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias del juicio". (Cuaderno de la Corte, Fls. 8 sgt.).

Consideraciones de la Corte.

1. Concepto del Ministerio Público:

Esta entidad, representada por el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal termina su concepto con la petición de que se "decrete la nulidad de todo el proceso y se ordene compulsar copia de lo pertinente para que por funcionarios de competencia legal se proceda a la investigación de rigor". Para llegar a esta conclusión, expone:

"Aunque el señor demandante erradamente cita el Decreto 2247 del 31 de diciembre de 1969, cuando en realidad de verdad es el 2267 de la misma fecha, el cargo que le formula al fallo recurrido es de plena aceptación y por lo tanto a criterio de esta Procuraduría Delegada la providencia condenatoria debe invalidarse, por las razones siguientes:

"Con fecha 31 de diciembre de 1969 el Presidente de la República haciendo uso de las facultades extraordinarias que le concedió la Ley 16 de 1968 dictó el decreto distinguido con el número 2267, el cual, según su artículo 32 entraba a regir 'desde su expedición', decreto que fue publicado en el Diario Oficial 32985 de febrero 4 de 1970. En su artículo 1º taxativamente señala los funcionarios de instrucción, y que son:

" "Los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia que integran la Sala Penal;

"Los Magistrados de las Salas Penales de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial;

"Los Jueces Superiores;

"Los Jueces Penales y Promiscuos;

"Los Jueces de Instrucción Criminal;

"Los Jueces Penales y Promiscuos Municipales;

"Las autoridades de policía en los asuntos de su competencia;

"El Senado de la República en los casos determinados por la Constitución y

"Los demás funcionarios señalados por la ley para las jurisdicciones especiales" ".

"Como se ve no están incluidos allí los funcionarios de las Contralorías Departamentales quienes, si anteriormente tenían la facultad instructora, les fue suprimida por la norma legal de carácter general prescrita por el decreto que se comenta.

"La instrucción o formación del sumario en el caso sub judice se inició en septiembre 9 de 1970 fecha en la cual se dictó el auto cabeza de proceso por el funcionario instructor comisionado por la Contraloría Departamental del Quindío en septiembre 1º, por Resolución número 405 de 1970. Este recibió varias declaraciones, oyó en indagatoria al sindicado (Toro Quintero) y produjo un acto jurisdiccional de entidad respetable, fuera del que ordenó abrir investigación, como lo es aquél por el cual se resuelve la situación jurídica del sindicado, con el agravante de haberse decretado su detención preventiva.

"Posteriormente el negocio pasó al Juzgado del Circuito de Calarcá, Despacho que ordena el envío de las diligencias, por razón de competencia, a los jueces superiores de Armenia, donde el Juzgado 1º avoca su conocimiento y, sin subsanar la nulidad de todo lo actuado por quien no era competente continúa el impulso procesal; como en acápite anterior se especificó.

"De tal suerte que es innegable la existencia de la nulidad alegada por el señor demandante y evidenciada en la incompetencia de jurisdicción del funcionario que dictó auto cabeza de proceso e inició la formación sumarial, privando de la libertad al sindicado, lo cual, demostrado como está, es de por sí suficinte para que prospere el único cargo postulado a través de la causal 4ª invocada. La acción penal, que corresponde al Estado no fue ejercida por funcionario de instrucción (Art. 10 C. de P. P.), quien es el único facultado para iniciar el sumario con el auto cabeza de proceso, cuando se reúnen las condiciones procesales exigidas (Art. 318 y 319 del C. de P. P.).

"Sólo quien está facultado para ejercer un poder legal puede, para configurar un acto jurisdiccional, manifestar su voluntad a fin de hacer real una situación jurídica, poder legal del que carecía el funcionario de la Contraloría del Quindío para dar vida jurídica a los actos jurisdiccionales ya anotados, o sea ordenar la iniciación del sumario y privar de la libertad al sindicado. No se puede olvidar que la competencia sólo puede ser dada por la ley a los funcionarios, y, justamente, una norma legal expresa había suprimido a los funcionarios fiscales la competencia instructora" (id. Fls. 19 ss.).

2. La Sala hace suyas las anteriores argumentaciones de la Procuraduría colaboradora, porque ellas, teniendo en cuenta las fechas correspondientes a las actuaciones procesales destacadas en la demanda y en el concepto del Ministerio Público, así como las de las disposiciones invocadas, encuentra que aquéllas se ciñen a éstas y a un recto criterio jurídico. Y sólo para mayor precisión quiere destacar: El Decreto 1358 de 1964 que devolvió a los Visitadores Fiscales de las Contralorías General de la República, Departamentales y del Distrito Especial de Bogotá su competencia para continuar "ejerciendo las funciones de instrucción que les señalan las leyes vigentes sobre la materia", la cual habían perdido en virtud del Decreto 528 de 1964, tuvo vigencia hasta el día 4 de febrero de 1970, fecha en que fue expedido el Decreto 2267 del año inmediatamente anterior. Esto, porque el estatuto últimamente citado no incluyó a tales Visitadores entre los funcionarios de instrucción, de donde debe concluirse con el Ministerio Público que aquella facultad instructora "les fue suprimida por la norma legal de carácter general prescrita por el decreto que se comenta".

Entonces, cuando los funcionarios de la Contraloría General del Departamento del Quindío fueron designados como de instrucción penal 1º y 2 de septiembre de 1970, cuando dictaron auto cabeza de proceso para adelantar una investigación penal, cuando dentro de ello decretaron y practicaron numerosas pruebas, oyeron en indagatoria al sindicado y le dictaron auto de detención, estaban obrando sin competencia alguna y, en consecuencia, toda esa actuación es nula. Mas como posteriormente esa nulidad no fue decretada ni subsanada la investigación por medio ninguno, conclúyese que toda la actuación está afectada de nulidad por lo cual la sentencia acusada, que fue dictada dentro de un juicio viciado por aquélla, habrá de casarse y en atención a las razones anteriores se decretará la nulidad de lo actuado a partir del auto cabeza de proceso y se ordenará, en virtud de lo dispuesto en el ordinal 3º del artículo 583 del Código de Procedimiento Penal que se envíen las diligencias al Tribunal de origen para que se siga el procedimiento legal correspondiente.

3. Como Darley Toro Quintero se encuentra actualmente detenido por razón de estas diligencias en la Cárcel de Armenia, se ordenará su inmediata libertad incondicional si no está reclamado por otra autoridad en atención a ilícito distinto.

Sin lugar a más 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,

Resuelve:

Primero. *Casar* la sentencia recurrida proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia el día 19 de julio de 1971.

Segundo. *Decretar* la nulidad de todo lo actuado dentro de estas diligencias, a partir del auto cabeza de proceso, inclusive, de fecha 9 de septiembre de 1970, visible al folio 7 vuelto del primer cuaderno.

Por el Tribunal de origen se ordenará continuar la tramitación legal correspondiente.

Tercero. *Decretar* la inmediata libertad incondicional del sindicado Darley Toro Quintero, para lo cual se librará despacho telegráfico al Director de la Cárcel Nacional de Armenia.

Cópiese, notifíquese, devuélvase. Cúmplase.

Luis Enrique Romero Soto, Humberto Barrera Domínguez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Julio Roncallo Acosta, Mario Alario Di Filippo, Alvaro Luna Gómez, Luis Carlos Pérez, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

CASACION.—CAUSALES 4ª Y 1ª

Las diligencias que se hayan realizado por los visitadores e investigadores de la Contraloría General de la República, antes de promulgarse el Decreto 2267 de 1967, tienen plena validez.—Cuando del auto de proceder se puede deducir con precisión el delito imputado al sindicado, no puede alegarse cualquier irregularidad cometida en dicha providencia, como causal de nulidad por errónea calificación del proceso.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, siete de abril de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Alvaro Luna Gómez).

Aprobado: Acta número 11, abril 7 de 1972.

Vistos.

Por sentencia de 18 de noviembre de 1970 el Juzgado Quinto Superior de Cali condenó a Ramiro Triana Hormaza, Armando Sanclemente González, Omar Duval Ortiz y Víctor Manuel Giraldo Camacho, a la pena principal de seis años y tres meses de presidio, cada uno, a más de las accesorias de rigor, por los delitos de peculado y falsedad en documentos "en virtud de hechos ocurridos con ocasión de la liquidación y adjudicación de bonos del impuesto predial de la 'C. V. C.' ". La anterior decisión fue confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, cuando conoció de ella en virtud del recurso de apelación, por medio de la suya de 25 de mayo de 1971. Contra esta última el sentenciado Víctor Manuel Giraldo Camacho y su defensor interpusieron recurso extraordinario de casación y, como la tramitación correspondiente se encuentra agotada, ha de resolverse ahora lo que se estimare legal.

I. *Hechos.*

En la sentencia recurrida en casación, se hace la siguiente esquemática y exacta presentación de ellos:

"El señor Alvaro E. Ordóñez, en su calidad de Auditor Fiscal de la Corporación Autónoma Regional del Cauca, en oficio número 203 de 27 de septiembre de 1968, pidió al señor Contralor General de la República su intervención, a fin de que se investigaran irregularidades que se habían observado en dicha Corporación. Practicadas que fueron varias visitas, los Visitadores Fiscales de la Contraloría General de la República, señores José Luis Sepúlveda Pabón y Jaime Castilla Camacho, formularon ante el Juzgado Penal Municipal de Cali el respectivo denuncio criminal, contra Omar Duval Ortiz, Ramiro Triana Hormaza, Víctor Manuel Giraldo Camacho, por hurto continuado de bonos de propiedad de la Corporación Autónoma Regional del Cauca 'C. V. C.', en cuantía de $ 132.395 moneda corriente, para lo cual hicieron la siguiente relación de hechos: Que por Decreto 914 de 1966, el Gobierno Nacional autorizó la emisión de bonos de la C. V. C. y reglamentó la adjudicación a los contribuyentes que hubieran pagado el impuesto de que trata la Ley 25 de 1959; que los bonos se venían adjudicando a los contribuyentes en forma normal, hasta que un día se presentó Gilberto González Correa a reclamar unos bonos, por llamado que le hiciera el Tesorero señor Julio César Salcedo y que al ir a efectuar la entrega, se estableció que Víctor M. Giraldo, con cédula 2420629, de Cali, había sido autorizado para reclamar estos documentos negociables por el señor Eduardo Correa. El señor Salcedo, junto con Rafael Pino, Jefe de Impuestos de la entidad, comisionaron a Eduardo Toro Gutiérrez para que adelantara investigación administrativa, mediante revisión y confrontación de los recibos originales con los duplicados que reposaban en la oficina de impuestos de la C. V. C. (sobre impuesto predial); que hecha la revisión por

Toro, se concluyó que las relaciones números 688 por $ 17.765..., relación 689 por $ 24.150, relación número 7006 por $ 14.335, relación número 790 por $ 58.825 se habían adjudicado bonos por parte de la C. V. C., 'sin que se hubiera presentado y adjuntado los recibos originales del impuesto predial, expedidos por los Tesoreros Municipales y en la relación número 789 por un valor de $ 17.860 expedidos al señor Eduardo Correa, se habían relacionado recibos doblemente y se habían anotado otros que no existían'. —Con base en el informe número 1333— Memo. número F-163-68 —dicen los denunciantes— el día 13 de septiembre de 1968, fue llamado al despacho de Roberto Moncada, Jefe de Personal, el señor Omar Duval Ortiz, a quien se le informó que la adjudicación de bonos contenía irregularidades violatorias de la reglamentación y controles establecidos, contestando Duval Ortiz que aceptaba los hechos pero que había sido inducido a proceder así por el Auditor Fiscal de la Contraloría General de la República, Ramiro Triana y por el particular Víctor Manuel Giraldo, quien había presentado autorizaciones escritas de presuntos contribuyentes para que se le entregaran los bonos que se adjudicaran a determinadas solicitudes presentadas en forma aparentemente normal y regular. Que por este sistema se sustrajeron bonos en cuantía inicial de $ 132.935''. (Fl. 608 y vto.).

II. *Actuación procesal.*

Como quedó indicado, la Contraloría General de la República inició las diligencias tendientes a investigar las irregularidades que se habían presentado en la Corporación Autónoma Regional del Cauca. La Visitaduría Fiscal e Instructora de aquella Contraloría, por auto de 21 de noviembre de 1968, decretó la detención preventiva de Armando Sanclemente González y de Omar Duval Ortiz dentro de estas diligencias, por los delitos de ''peculado y falsedad en documentos, cometidos en la Sección de Impuestos de la Corporación (C. V. C.)''. Siete días más tarde la Visitaduría resolvió enviar las diligencias al Juzgado del Circuito Penal de Cali ''por encontrarse concluidas las diligencias sumarias'' en cuanto a ella le correspondían y por ser de competencia del Juzgado acabado de indicar (Fl. 195). Este Despacho, por auto de la misma fecha avocó el conocimiento y por otro de 4 de febrero del mismo año ordenó la práctica de algunas otras pruebas (Fl. 200). Posteriormente y junto con otras providencias, tomó la de dictar auto de detención contra Ramiro Triana Hormaza por los mismos ilícitos ya dichos (Fls. 231 ss.), providencia que no accedió a revocar, como le fue solicitado pero, concedió, sí, el recurso de apelación que subsidiariamente había sido interpuesto (Fls. 333 ss.).

Víctor M. Giraldo y Omar Duval, cuya captura había sido solicitada, con el cumplimiento de las formalidades legales fueron emplazados y declarados reos ausentes, habiéndoseles designado apoderado de oficio (Fl. 338). El 16 de julio de 1969 se declaró cerrada la investigación (Fl. 340 vto.). 15 días más tarde los sindicados Armando Sanclemente González, Ramiro Triana Hormaza, Omar Duval Ortiz y Víctor Manuel Giraldo fueron llamados a responder en juicio por los delitos de falsedad documental y peculado, ''en la modalidad de *continuados*. Ambos reatos''. (Fls. 355 ss.). Recurrida la providencia en apelación, el Tribunal la confirmó en todas sus partes, pero la adicionó en el sentido de que se sacaran copias a fin de investigar por separado ''todo lo relacionado con posibles otros partícipes de las infracciones aquí investigadas'' (Fls. 425 ss.). La audiencia pública, con intervención de las personas que a ello tenían derecho y, además, presentación también de escritos de acusación y defensa, el primero de la parte civil, se inició el 16 de octubre de 1970 y concluyó el día 21 de los mismos mes y año (Fls. 528 ss.). Luego, como atrás quedó dicho, se produjeron las sentencias condenatorias de primera y de segunda instancia, contra la última de las cuales se interpuso el recurso extraordinario de casación, en nombre del sentenciado Giraldo Camacho, quien fue capturado el 28 del mes últimamente indicado, recurso que es el que ahora ocupa a esta Sala.

III. *La demanda.*

En ella el apoderado del recurrente luego de hacer la presentación de los hechos, ataca la sentencia de segunda instancia bajo el amparo de las causales cuarta y primera de casación. Invoca la cuarta, porque en su concepto se emitió en un juicio viciado de nulidad. A este respecto, formula cuatro cargos. E invoca la primera, porque la considera violatoria de la ley sustancial.

Por cuestión de método se estudiará separadamente cada uno de los cargos, haciendo en su lugar, las citas pertinentes de la respuesta del Ministerio Público, representado en esta ocasión por el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal.

Causal cuarta. Haberse dictado la sentencia de segunda instancia en un juicio viciado de nulidad.

Primer cargo. Lo hace consistir en que "los señores Visitadores Fiscales de la Contraloría General de la República no podían instruir, dictar auto cabeza de proceso, de detención preventiva y ordenar practicar pruebas".

Para fundamentarlo, cita una providencia del Tribunal Superior de Bogotá, en que se sostiene tal tesis, teniendo en cuenta según la transcripción que el demandante hace, que el Decreto 528 de 1964, al no señalar a los Visitadores Fiscales de las Contralorías entre los funcionarios de instrucción, les quitó tales funciones, que sólo vinieron a readquirir por virtud del artículo 66 del Decreto 1358 del mismo año y también habida consideración del Decreto 2267 de 1969 que de nuevo les privó de ellas.

De la transcripción de la providencia indicada, concluye el demandante: "Carecían, pues, los señores Visitadores de jurisdicción y viciaron, por ello, de nulidad todo lo actuado".

Consideraciones de la Sala.

1. El Procurador Segundo Delegado en lo Penal estima que este cargo no puede prosperar porque cuando se dictó el Decreto 2267 invocado en la demanda, el expediente ya había pasado al Juzgado Penal del Circuito de Cali y, más aún, se encontraba en el Tribunal en virtud de apelación contra el auto enjuiciatorio.

2. Tiene razón el señor Procurador: Como se anotó antes, las diligencias se iniciaron en octubre de 1969 por la División de Visitadores e Investigadores de la Contraloría General de la República, cuando estaba en vigencia el Decreto 1358 de 1964 cuyo artículo 66 dispuso que "los Visitadores Fiscales de la Contraloría General de la República, de las Contralorías Departamentales y de la Contraloría del Distrito Especial de Bogotá, continuarán ejerciendo las funciones de instrucción que les señalan las leyes vigentes sobre la materia".

Ahora bien: el 28 de noviembre de 1968 el Juzgado Penal del Circuito de Cali avocó el conocimiento de estas diligencias y a continuación siguió la tramitación legal correspondiente (Cfr. Fls. 198 ss.). De tal manera que cuando se produjeron el Decreto 2267 de 1969 y la Ley 16 de 1968, las diligencias habían salido de la esfera de los Visitadores de la Contraloría, por lo cual la actuación que éstos desarrollaron con anterioridad es perfectamente válida y no está afectada de nulidad ninguna.

En consecuencia, este cargo no prospera.

Segundo cargo. Sostiene que el fallo se dictó en juicio viciado de nulidad porque en el auto de proceder no se concretaron debidamente los cargos al acusado.

Para fundamentarlo hace una exposición acerca de qué es el auto de proceder y cuáles son los requisitos que debe llenar. Agrega:

"Caprichosamente, en la sentencia de primero y de segundo grado se dice que fue la 240 del Código Penal, pero sin explicar por qué.

"Inclusive, no se dejó bien claro cuál el libro, el título, el capítulo, pues a folios 361 se lee: '7º El delito evidenciado en las presentes diligencias no es otro que el delito de peculado, en la modalidad de continuado y el de falsedad en documentos, el cual se halla sancionado según lo previsto en el Título III, Capítulo (no dice cuál), y Título V, Capítulo III del Libro II del Código Penal, en concordancia con el artículo 3º del Decreto 1858 de 1951...' sabemos que el título VI es el de la falsedad, omitido, luego, no hubo legal pronunciamiento.

"Y, a folios 367 se dice:

" "En síntesis: Sanclemente González, será llamado a responder en juicio como autor material y los demás, esto es, Triana, Giraldo y Ortiz como co-autores, de los delitos de falsedad en documentos y peculado, de que trata nuestro Código Penal, en su libro 2º, Título III, Capítulo I, en concordancia con el artículo 3º del Decreto 1858 de 1951; y *Capítulo VI, Capítulo II,* en armonía con los artículos 32 y 33 de la misma obra citada" ". (Cuaderno de la Corte, Fls. 17 sgt).

También manifiesta que el Tribunal "carecía de jurisdicción para estudiar el auto de proceder en cuanto hace relación a mi defendido pues ni éste ni su defensor lo apelaron según se desprende de los folios 418 y 418 Vts (sic) indicativos de que la Sala únicamente podía estudiar la situación jurídica del señor Armando Sanclemente González". (Id. Fls. 20).

Consideraciones de la Sala.

1. Es cierto que en la parte motiva del auto de proceder en cuanto hace relación al delito de falsedad documental, se incurrió en una equivocación al precisar su ubicación dentro del Código Penal, pues se consignó: "y capítulo VI, Capítulo III" (Fl. 367). Pero esta equivocación que es apreciable a simple vista y que, por tanto, no viene a lesionar los derechos de la defensa ni a traer confusiones en cuanto al cargo extensamente formulado, fue reparado, si así puede decirse, en la parte resolutiva de la misma provi-

dencia, ya que en ésta sí se consigna, expresa, clara y correctamente la ubicación del delito imputado, dentro de las normas del Código Penal.

En cuanto hace relación a los demás fundamentos de este cargo, la Sala comparte las siguientes apreciaciones del señor Procurador:

"La demanda se refiere a la imprecisión del auto de proceder en relación con el delito contra la fe pública, pero resulta claro que el proveído cuestionado se refirió a la falsedad en documento privado, ilícito por el cual se condenó a Giraldo Camacho y a los demás acusados. Por lo demás, el cargo está ausente de razones pues a este respecto la demanda se ocupó de él en el penúltimo párrafo del folio 19 del cuaderno correspondiente a este recurso.

"Por último, el Tribunal Superior de Cali al revisar el auto de proceder en virtud de la apelación interpuesta por el apoderado de Armando Sanclemente, en nada modificó la situación jurídica de Giraldo Camacho y por tanto el cargo resulta inane por este aspecto". (Cuaderno de la Corte, Fl. 50).

En consecuencia, este cargo no prospera.

Tercer cargo. Sostiene que el fallo se dictó en un juicio viciado de nulidad, con fundamento en lo siguiente:

Cita varias constancias procesales de acuerdo con las cuales algunas actividades que vinieron a culminar con los delitos investigados, tuvieron su ocurrencia en diversas partes, por ejemplo, en Obando, en Cartago, en Buga, en La Victoria, de donde concluye que "no se ve muy claro por qué el conocimiento de las situaciones jurídicas hayan (sic) sido para el señor Juez de Cali y no para el de una de aquellas ciudades". De manera que no habiéndose despejado esa situación, "el señor Juez Penal del Circuito de Cali, en un principio y el señor Juez Superior ulteriormente carecían de jurisdicción y de competencia para aprehender y menos calificar el sumario". (Id. Fl. 24).

Consideraciones de la Sala.

Como lo anota la Procuraduría "la documentación falsa produjo efectos jurídicos en la ciudad de Cali cuando se presentó a las oficinas de la Corporación en esta ciudad para obtener los bonos, es decir, el momento consumativo de los delitos se realizó en la misma ciudad".

En la ciudad de Cali se consumó el delito, en ella se inició la investigación y entonces, por mandato del artículo 57 del antiguo Código de Procedimiento Penal (42 del actual), los jueces de Cali eran competentes para conocer de estas diligencias. Finalmente, de acuerdo con la relación de hechos, fue en la ciudad últimamente nombrada en donde el procesado desplegó su actividad delictuosa, por lo cual la observación del demandante no cuenta con relación a su patrocinado.

En consecuencia este cargo no prospera.

Cuarto cargo. Sostiene que el fallo se dictó en un juicio viciado de nulidad, "por otros aspectos, el de la errónea denominación del delito, por ejemplo".

Para fundamentarlo cita disposiciones legales referentes a la tipificación del delito de peculado. Luego agrega que el principal sindicado, Armando Sanclemente González, no era tesorero, ni jefe de la sección de presupuesto ni de la de finanzas, en fin que "no era el funcionario o empleado público que 'por razón de sus funciones esté encargado de recaudar, o pagar, o administrar, o guardar' y por ello, mal podía ser sindicado del delito de peculado. Si ello se puede predicar de este procesado es obvio que mayormente de los otros, luego no se podía enjuiciar por tal ilícito". Que a su defendido no se le podía enjuiciar por falsedad en documento público en forma continuada, porque, en gracia de discusión, "únicamente podía responder por un solo acto"; que como él, Giraldo, no falsificó ningún documento, la denominación del delito a él imputable era la de encubrimiento. Finalmente y, luego de transcribir alguna doctrina de la Corte, afirma que dadas las circunstancias en que ocurrieron los hechos, "se debió, en consecuencia, enjuiciar por el ilícito de asociación para delinquir".

Consideraciones de la Sala.

De acuerdo con el Memo. Nº T-208/68 que obra al folio 71, de fecha 31 de octubre de 1968, originario de la Sección de Finanzas de la C. V. C., Armando Sanclemente, Visitador Administrativo de la Sección de Impuestos, sí era funcionario de manejo, puesto que se le adjudicó "la labor de recoger las solicitudes de adjudicación de bonos y llevar los liquidados" y en ese tiempo "le fueron entregados por el suscrito a dicho funcionario los bonos que se detallan en la relación adjunta, por valor total de $ 168.400".

Con relación a los otros fundamentos del cargo en estudio, comparte la Sala las siguientes consideraciones del Procurador Segundo Delegado en lo Penal y que sería inoficioso repetir con otras palabras:

"La objeción formulada al auto enjuiciatorio de la continuación respecto de los delitos atribuidos a los acusados y, en particular a Giraldo, se replica que se trata de una forma de ejecución de las infracciones pero no es un tipo delictivo; además, el acusado Giraldo realizó diversas conductas en épocas distintas según se infiere de los documentos que aparecen a los folios 43 y 241 del informativo, ya que tomó parte en los actos de defraudación cometidos con los nombres de los señores Eduardo Correa y Humberto Patiño.

"El actor se limita a afirmar que Giraldo debía responder por encubrimiento y no por otros delitos pero no ofrece demostración a este respecto. Por último, sorprende a este Despacho que el demandante pretenda hacer más gravosa la situación jurídica de su patrocinado afirmando que a él y a los demás ha debido hacérseles responder por el delito de asociación para delinquir. Es claro que el motivo de nulidad a que se refiere el numeral 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal es 'el error en la denominación jurídica del delito' y no a su 'ignorancia', ya que para esta situación existen otras medidas en el estatuto mencionado". (Cuaderno de la Corte, Fls. 51 sgt.).

En consecuencia este cargo tampoco habrá de prosperar.

Causal primera. La sentencia acusada es violatoria de la ley sustancial, con invocación de la segunda parte del numeral 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal.

En su fundamentación luego de transcribir algunos apartes de la sentencia acusada, en los cuales se hace relación a la autenticación falsa de la firma de Humberto Patiño, a la solicitud falsa de la liquidación de los bonos de Saulo Patiño Becerra y a las discrepancias que sobre el particular se presentan en las exposiciones de Sanclemente y Triana, llega a la conclusión de que surge la inocencia de su defendido, porque "hay apreciación errónea de la prueba y de qué manera pues el error de hecho es manifiesto puesto que en la falsificación sólo intervinieron los señores Sanclemente y Triana según sus propias confesiones y la declaración del señor Salcedo". Agrega que de acuerdo con el dictamen del perito grafólogo, no fue su poderdante quien falsificó los documentos, que la declaración de Julio César Salcedo quien "dice que Giraldo se presentó a cobrar los bonos de Eduardo Correa con cédula 2420629 de Cali", no es suficiente para condenar a su defendido, ya que aquella declaración carece de valor por haber sido tomada por los visitadores de la Contraloría, que "no tienen facultad para instruir" y porque "el declarante no probó sus afirmaciones... Testis unus, testis nullus". Dice que hubo errónea apreciación de la prueba al afirmar que la firma de Correa es falsa por haber fallecido cuatro meses antes, sin haberse aportado la partida de defunción; que también la hay, porque el grafólogo dijo que el documento falso no había sido confeccionado por Giraldo. Y, concluye: "Al apreciarse erróneamente la prueba referente a don Víctor Giraldo Camacho se violó la ley sustancial y en vez de aplicarse el artículo 215 del Decreto 409 de 1971 se dictó sentencia condenatoria conforme a las voces de los artículos 240 del Código Penal y 3º del Decreto extraordinario 1858 de 1951".

Consideraciones de la Sala.

Sobre este cargo conceptúa el Ministerio Público:

"La acusación formulada en los términos anteriores no se ajusta a las normas legales que gobiernan el recurso de casación. En efecto no se dice claramente si se trata de error de derecho o de error de hecho manifiesto en los autos; no se señalan los preceptos reguladores de la prueba que se suponen infringidos; no se demuestra el error en que pudo incurrir el juzgador pues apenas se expresa el concepto personal sobre los diversos elementos de juicio fundamento del fallo; no se prueba la infracción de la ley penal sustantiva —ni siquiera se menciona—. Al final del libelo se transcribe el segundo párrafo del numeral primero del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal sin ninguna precisación". (Cuaderno de la Corte, Fls. 53 sgt.).

La Sala comparte la réplica anterior y también aquí sería inútil entrar a repetirla en diferentes palabras. Pero lo cierto es que el demandante no precisa si se trata de un error de hecho o de derecho el que llevó a la violación de la ley, lo cual "es necesario que se alegue por el recurrente", hasta llegar a demostrar que ese error precisado aparece "manifiesto" en los autos (C. P. P. Art. 580, Ord. 2º). No dice ni precisa cuáles normas, en concreto han sido violadas, como reguladoras de las pruebas y, a los razonamientos del juzgador en torno a la valoración de aquéllas, opone sus propios razonamientos personales.

En tales condiciones este cargo tampoco puede prosperar.

Decisión:

En mérito de lo expuesto y dando aplicación al artículo 582 del Código de Procedimiento Penal (569 del antiguo), como los cargos contra la sentencia impugnada no pueden prosperar, habrá de desecharse el recurso extraordinario interpuesto.

Sin lugar a otras consideraciones la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, oído el concepto del Ministerio Público y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *desecha* el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 25 de mayo de 1971, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali dentro de las presentes diligencias.

Cópiese, notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Luis Enrique Romero Soto, Humberto Barrera Domínguez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Julio Roncallo Acosta, Mario Alario Di Filippo, Alvaro Luna Gómez, Luis Carlos Pérez, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

VEREDICTO

(Interpretación).—Cuando se alega nulidad por errada denominación jurídica de los hechos, no se discuten éstos en sí mismos, sino su calificación jurídica.—El hecho de interrogar separadamente en sendos formularios, por la responsabilidad del procesado en la comisión del homicidio intencional y luego por las circunstancias de agravación del homicidio, no constituyen nulidad sino una simple irregularidad, ya que las dos preguntas se refieren al mismo delito.—Alcances jurídicos del ordinal 5º del artículo 363 del Código Penal.—En los juicios por jurados, los cuestionarios sometidos a su decisión, deberán redactarse con ceñimiento estricto a las constancias y conclusiones del auto de proceder.—Si en la veredicción se estipulan circunstancias diversas de las contenidas en el respectivo cuestionario, éstas podrán ser acogidas por el Juez de Derecho, cuando sean favorables al sindicado. Y se tendrán como no dichas aquellas expresiones incluidas en el veredicto, en las cuales se afirme del procesado circunstancias intensificadoras de la responsabilidad por las que el Juez no hubiere sido expresamente preguntado.—Cuando el Juez de Derecho traduce en la sentencia las demasías del veredicto, la sentencia es acusable por el motivo primero de la causal 2ª de casación. Mas cuando los excesos del veredicto obedecen a los excesos de los cuestionarios, porque éstos contengan imputaciones o circunstancias modificadoras de la responsabilidad, intensificándola, extrañas al auto de proceder y si dicha situación ha tenido incidencia en las decisiones de los juzgadores de instancia, los vicios de nulidad entrañados en ellas, son remediables en casación a través de la causal cuarta.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, 8 de abril de 1972.

(Magistrado ponente: doctor José María Velasco Guerrero).

Aprobado: Acta número 11 de 1972.

Vistos.

Procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto por el procesado Martín Gutiérrez, contra la sentencia de ocho de mayo del año próximo pasado, proferida por el Tribunal Superior de Tunja, mediante la cual, confirmando la de primer grado, lo condenó a la pena principal de 20 años y seis meses de presidio, a las accesorias de rigor y al pago, en abstracto, de los perjuicios morales y materiales causados con la infracción.

Hechos y actuación procesal.

Los que dieron origen a estas diligencias los narra el Juez Primero Superior de Tunja, en el auto de proceder, en la siguiente forma:

"En las horas de la tarde del siete de mayo del año pasado, Luis Alfredo Molina se encontraba en esta ciudad en compañía de su esposa en la plaza de mercado comprando algunos víveres para su hogar. Igualmente María Molina Orjuela, hermana de la víctima se encontraba en los mismos menesteres. Esta última se aprestaba a pagar el valor de alguna compra y al efecto sacó del seno una billetera que contenía apreciable suma de dinero, y en ese momento se le acercó un sujeto quien resultó ser el sindicado, éste en forma sorpresiva y con argucias tendientes a apoderarse de la billetera de la señora le dio un golpe en el pecho alcanzando a un niño que llevaba en los brazos causándole un pequeño rasguño y tumbándolos al suelo.

"Tanto María Molina de Orjuela como Baldomero Cardozo le llamaron la atención al intruso por su actitud, cuando acertó a pasar por allí Luis Alfredo Molina y como era natural reaccionó en favor de su hermana y propinó a Gutiérrez un puñetazo, y éste persiguió a Molina armado de cuchillo. Molina ante el peligro se refugió en un restaurante y allí Gutiérrez le propinó tremenda puñalada que le ocasionó la muerte". (Fls. 159 y 160, C. Nº 1º).

El Juzgado Segundo Penal Municipal de Tunja en 28 de mayo de 1966 dictó auto cabeza de proceso y practicó numerosas diligencias y oyó en indagatoria al sindicado. El 4 de junio, inmediatamente siguiente, profirió auto de detención y ordenó allegar varias pruebas. Por competencia avocó el conocimiento el Juzgado Primero Superior.

En mayo 31 de 1967 fue cerrada la investigación y se ordenó traslado común a las partes, por el término de cinco días, para alegar de conclusión. Hecho lo anterior, en septiembre 28 del mismo año se abrió causa criminal contra Martín Gutiérrez por los delitos de homicidio y lesiones personales. De esta decisión apelaron el procesado y el fiscal, providencia que fue confirmada por el *ad quem,* con la adición de reconocer a cargo del procesado la causal de asesinato que contempla el artículo 363, ordinal 5º del Código Penal. El juicio se abrió a prueba por el término legal y, previa solicitud del Agente del Ministerio Público, se ordenó la práctica de varias diligencias. Por reparto avocó el conocimiento el Juez Cuarto Superior. La audiencia pública se llevó a efecto el 9 de julio de 1970 y el 30 de enero del año próximo pasado, el Juzgado Cuarto Superior de Tunja profirió sentencia condenando a Martín Gutiérrez a la pena principal de 20 años y 6 meses de presidio, a las accesorias de rigor y a pagar en abstracto los perjuicios morales y materiales. De esta decisión apelaron el procesado y su defensor.

Surtida la segunda instancia en forma legal, se corrió traslado al Agente del Ministerio Público y el Tribunal sentenciador, acogiendo el concepto de su colaborador fiscal, confirmó en todas sus partes la providencia apelada.

Contra esta decisión interpuso el procesado el recurso de casación.

El doctor David Melo Cifuentes formuló la correspondiente demanda de casación y se corrió traslado de ella, por el término legal, a la parte no recurrente.

Demanda de casación.

Con fundamento en la causal cuarta de casación propone cuatro cargos a la sentencia —Art. 580, numeral 4º—, con base en la segunda sustenta dos y, por último, invoca la primera, formulando un cargo a la sentencia recurrida.

CAUSAL CUARTA.—*Primer cargo.*

Haberse dictado la sentencia en juicio viciado de nulidad, con violación del numeral 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal vigente. El sentenciador incurrió en el auto de proceder en error relativo a la denominación jurídica de la infracción.

Para demostrar el cargo afirma el recurrente que el Tribunal Superior de Tunja reformó el auto de proceder proferido por el Juez 1º Superior y acogiendo el concepto de su colaborar fiscal admitió como probado "que el veterano delincuente" acribilló a su víctima de mortal puñalada en circunstancias en que ella se encontraba indefensa. Al dar por demostrada la indefensión al tenor del numeral 5º del artículo 363 del Código de Procedimiento Penal, aduciendo que el procesado "corría detrás de la víctima, cuchillo en mano y la acribilló de mortal puñalada", incurrió el sentenciador en el error anotado, "pues la simple carrera del victimario, cuchillo en mano, detrás de la víctima, no demuestra su seguridad en el estado de indefensión de aquélla". Se transcriben a continuación los testimonios de Luis Eduardo Hernández, Rosa María Orozco de Morales, Baldomero Cordero, María Molina de Orjuela y María Elisa Chivatá, esposa de la víctima y con base en una interpretación de la prueba testimonial que se contrasta con el auto de proceder reformado por el setenciador de segundo grado, se concluye que la calificación de homicidio voluntario es la única que se acomoda a la realidad procesal. Luego de transcribir algunas jurisprudencias de la Corte y el concepto de tratadistas notorios, el recurrente condensa el cargo en el siguiente resumen:

"Impugno la sentencia del honorable Tribunal Superior con fundamento en la nulidad prevista en el numeral 5º, del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, vigente, por haber incurrido el honorable Tribunal en el auto de proceder en error en la denominación jurídica de la infracción puesto que no se trata de un homicidio calificado, sino de un homicidio voluntario. El primero está previsto en el ar-

tículo 363 del Código Penal, y el segundo en el 362 de la misma obra. Observando los principios de favorabilidad en la aplicación de las normas sustantivas penales, tenemos que la norma que se debe aplicar al caso del procesado recurrente es el artículo 362 del Código Penal, que tiene una penalidad de ocho a catorce años de presidio, y no el artículo 363 donde la pena oscila entre los quince y veinticuatro años de presidio''.

Concepto del Procurador.

Hace notorio cómo el motivo de nulidad contemplado por el ordinal 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal se refiere al error en la denominación jurídica del delito y no al de las circunstancias que lo especifiquen, como lo pretende el demandante en el cargo que se examina. Recuerda que el artículo 431 del Código de Procedimiento Penal inmediatamente anterior al vigente prohibía expresamente determinar el delito en la parte resolutiva del auto de proceder con denominación distinta de la contemplada por el Código Penal en el capítulo y título correspondiente, cuando el respectivo título no se dividiera en capítulos. Por lo cual y como el delito que se investiga es el de homicidio, contemplado por el Código Penal en el capítulo I del título XV, no se da ciertamente la violación que, por este concepto, se carga a la cuenta del sentenciador.

Dice el Procurador que la agravación del homicidio se propuso al ''Jurado'' como cuestión separada (Fl. 267), ''en acuerdo con el auto de proceder (Art. 28 de la Ley 4ª de 1943) y sobre ella se pronunció el Jurado en forma afirmativa con la fórmula indicada en la misma ley''.

Agrega que si tanto los juzgadores de derecho como los de conciencia encontraron probada dicha circunstancia, queda demostrado el cargo, pues la sentencia no hizo cosa diversa que ajustarse a los pronunciamientos de los jueces.

Anota, por último, que la enumeración a que se contrae el numeral 5º del artículo 363 del Código Penal no es de carácter taxativo. Por ello lo importante para el juzgador, con vista a la agravación del homicidio, en el punto cuestionado, es hallar probada una actividad del agente que le hubiese permitido atacar a su víctima en condiciones de indefensión. Comenta las pruebas transcritas por el demandante y con base en ellas justifica la sentencia recurrida.

Se considera.

Bastarían las argumentaciones anteriores, que la Sala comparte en su totalidad, para desechar el cargo que se examina.

Sin embargo, no sobra resaltar cómo *el recurrente discute la denominación jurídica que se dio a los hechos por el sentenciador de segundo grado, y la califica de errada, cuestionando las pruebas, puntualizando que no encuentra en ellas la demostración de circunstancia alguna de inferioridad de la víctima que permitiera al Tribunal Superior de Tunja modificar el auto de proceder dictado por el Juez de primera instancia y llegar a la calificación de asesinato.*

Cuando en los juicios por jurados se alega la nulidad pretendida por el recurrente —errónea denominación jurídica de los hechos— no se discuten éstos, en sí mismos, sino su calificación jurídica, porque habiéndose demostrado en el proceso un delito determinado específicamente, se impute al sindicado, en el auto de proceder, otro distinto, o cuando se refiere el delito a título o capítulo que no le corresponde. Así lo ha reiterado la Corte en jurisprudencia constante. El cargo no prospera.

Segundo cargo.

Violación del artículo 26 de la Constitución Política, por cuanto el sentenciador eludió el cumplimiento de las normas que reglan la redacción del auto de proceder por inobservancia de sus requisitos formales, habiéndose limitado a reproducir, en lo atinente a la agravación del homicidio, lo que sobre el particular contiene la vista del Ministerio Público. El siguiente es el resumen que el propio demandante ofrece al análisis de este segundo cargo.

''Impugno la sentencia del honorable Tribunal Superior de Tunja, con motivo de que el fallo fue proferido en un proceso viciado de nulidad supralegal con arraigo en el artículo 26 de la Constitución Política por violación del artículo 483 del Código de Procedimiento Penal vigente que manda establecer y analizar en forma precisa los cargos que se le formulan al procesado en el auto calificatorio y hacer un somero análisis de las pruebas sobre las que se basa su responsabilidad criminal. Y la omisión en que incurrió el honorable Tribunal tienen bastas (sic) proyecciones sobre la norma constitucional invocada en esta demanda, razón por la cual la nulidad debería decretarse a partir del auto que declaró cerrada la investigación''.

Concepto del Procurador.

Advierte la inocuidad del cargo, pues el recurrente se limita a reclamar de la Corte el reconocimiento de la violación constitucional pretendida —sin demostrarla— sino que si el Tri-

bunal acogió las razones de su calaborador fiscal y tuvo como demostrada una agravante del homicidio imputado, ordinal 5º del artículo 363 del Código Penal, no por ello incurrió en nulidad.

Se considera.

En repetidas ocasiones ha explicado la Corte que el artículo 26 compendia un complejo de garantías, cuyo estudio en casación, cuando se acusa su desconocimiento por el juzgador, ha de reclamarse separadamente, individualizando el cargo, con señalamiento expreso de la garantía o garantías frustradas por el sentenciador. No basta pues invocar el artículo 26 de la Constitución Política en su conjunto, dejando a la Corte el señalamiento oficioso de cuál de las garantías sustanciales contenidas en el ordenamiento ha sido violada por el juzgador, pues la competencia de la Corte en el recurso extraordinario de casación no ha de rebasar el marco que le precisa la demanda, estándole prohibido salir en busca de motivos de censura distintos de los indicados por el impugnador.

Por lo demás, no es discutible que si el Tribunal Superior de Tunja prohijó las tesis que sobre agravación del homicidio sostuvo su colaborador fiscal y modificó el auto de proceder originario del Juzgado Primero Superior, especificando la circunstancia de indefensión de la víctima, y transcribió en el suyo los apartes principales del concepto del Ministerio Público, el acto de simple consecuencia intelectual, de repetir entre comillas, lo que se tiene por cierto en la argumentación ajena, no conlleva nulidad legal ni demuestra falta de estudio en el sentenciador, si, por otra parte, como en el caso que se ventila, el auto de proceder recoge con amplitud suficiente los hechos demostrados en el proceso y sobre los cuales se pronunció el jurado afirmativamente. El cargo no prospera.

Tercer cargo.

Violación del artículo 26 de la Constitución.

Consta de autos que al Tribunal le fueron sometidos diversos cuestionarios. Uno, el primero, en el cual se le preguntó si el procesado Martín Gutiérrez "...hijo de Hilda Gutiérrez, de veintinueve años de edad, natural y vecino de Sogamoso, soltero, sabe firmar, carpintero de profesión, ¿es responsable 'sí' o 'no', de haber ocasionado la muerte con intención de matar, a Luis Alfredo Molina, quien falleciera a consecuencia de la herida producida con instrumento corto-punzante —cuchillo—, de cuya localización y estragos en el cuerpo de la víctima habla la correspondiente diligencia de autopsia; hecho que tuvo ocurrencia en horas de la tarde del día siete (7) de mayo de mil novecientos sesenta y seis (1966), en el perímetro urbano de esta ciudad? Mayo 27/66. Respuesta: sí".

Otro, el segundo, que es del siguiente tenor: "Serie segunda —cuestión primera—. El procesado Martín Gutiérrez, de las condiciones civiles y personales descritas en la serie primera de este cuestionario, ¿es responsable 'sí' o 'no', de haber causado la muerte a Luis Alfredo Molina, poniendo a éste en circunstancias de indefensión e inferioridad? Respuesta: sí".

Y por último, uno tercero, para averiguar por la autoría material y la responsabilidad que le cabía al procesado en el delito de lesiones personales, cuyo texto es como sigue:

"Serie tercera —cuestión segunda—. El acusado Martín Gutiérrez, hijo de Hilda Gutiérrez, de veintinueve años de edad, natural y vecino de Sogamoso, soltero, sabe firmar, carpintero de profesión, ¿es responsable 'sí' o 'no', de haber causado lesiones con intención de herir a María Elsa Chivatá de Molina, mediante el empleo de cuerpo contundente, de cuya localización y estrago en el cuerpo de la víctima habla la pericia médica; hecho que tuvo ocurrencia en las horas de la tarde del día siete (7) de mayo de mil novecientos sesenta y seis (1966), en el perímetro urbano de esta ciudad? Mayo 27/66. Respuesta: 'sí' ". (Fls. 18 y 19, C. Nº 8).

Afirma el recurrente que solamente el primero y el último de los tres cuestionarios sometidos a la consideración del "Jurado" se compadecen con las prescripciones legales sobre la materia. Así pues la violación del artículo 26 de la Carta se contrae al segundo cuestionario, porque en él se omitió incluir el propósito de matar, desintegrando la figura delictiva del homicidio, que es irrelevante jurídicamente, sin su elemento intencional o subjetivo, al dolo.

El recurrente lo sintetiza en la forma que aparece a continuación:

"Impugno la sentencia acusada con base en lo preceptuado por el artículo 26 de la Constitución Política, por haberse omitido en el segundo cuestionario que contemplaba circunstancias de agravación el propósito criminoso que hubiera inducido al homicida a dar muerte a Luis Alfredo Molina".

Concepto del Procurador.

Argumenta "respecto de este motivo de imputación que en la segunda cuestión propuesta

al Jurado (Fl. 267) no había necesidad de incluir el propósito de matar puesto que ya aparecía en la pregunta relativa al delito de homicidio y, además, aquella se refería a una circunstancia y no al delito en sí. La infracción al artículo 26 de la Constitución Nacional ni siquiera se intentó demostrar''.

Consideraciones.

Respecto de este cargo tercero, en lo pertinente, cabe lo que ya se dijo al analizar las censuras primera y segunda. Como lo anota el Procurador y lo reconoce el recurrente, si el cuestionario primero estuvo bien formulado, y éste se refería al delito de homicidio en sí, no había para qué repetir en el cuestionario segundo la pregunta sobre el propósito de matar, ya que se le formuló al Jurado exclusivamente para inquirirle por una circunstancia específica del homicidio, mas no sobre el homicidio mismo. Así las cosas no aparece demostrado el cargo por este concepto.

Tiene razón el recurrente cuando afirma que ''...uno de los elementos constitutivos del homicidio simple previsto por el artículo 362 del Código Penal y, por consiguiente, de la figura agravada que contempla el 363, es el propósito de matar. Si el Jurado no fue interrogado ni se pronunció sobre él, no existe veredicto que permita al juzgador condenar ni absolver por esa infracción''. (Casación, 25 de marzo de 1958, LXXXVII, 599).

Pero nada tiene que ver el caso cuestionado en la demanda con la cita que se contiene en el párrafo anterior. El cuestionario que se formula al ''Jurado'' para inquirirle por la responsabilidad del procesado respecto de un delito concreto ha de reflejar la situación exacta que resulte demostrada en el proceso, con especificación de las circunstancias de tiempo, lugar y modo en que los hechos tuvieron ocurrencia, precisando aquellas que modifican la responsabilidad o son elementos constitutivos de la infracción. No procedió así el juzgador. Preguntó separadamente, en sendos formularios, por la responsabilidad del procesado en la comisión del homicidio, intencional y luego por las circunstancias de agravación del homicidio. Pero las dos preguntas se refieren al mismo delito. Procedió en forma irregular, es cierto, pues ya se ha dicho que la legislación vigente exige la confección de un solo cuestionario en el cual se pregunta al Jurado por el delito y por las circunstancias que modifican la responsabilidad o son elementos configurantes de la infracción. Pero esta irregularidad no comporta nulidad del proceso, si, como ocurre en el presente caso, tales circunstancias constan en el auto de proceder y por ellas se preguntó expresamente al Jurado, ofreciéndole ocasión de hacer pronunciamiento sobre puntos que son de su competencia exclusiva, sin restringir los derechos y garantías procesales debidos a la defensa, que tuvo conocimiento oportuno de los cargos formulados en el auto de proceder, y de los cuestionarios con destino al Jurado. La irregularidad imputable al sentenciador no mengua la validez del procedimiento, pues ya se ha visto cómo el legislador no erigió dicho motivo en causal de nulidad de las enumeradas taxativamente en el artículo 210 del Código de Procedimiento Penal ni cabe dentro de las precisiones del artículo 26 de la Carta, expresamente señalado como infringido. También sobre este punto es abundante, reiterada y clara la doctrina de la Corte. Siempre se dijo que toda nulidad entraña irregularidad en el procedimiento. Pero que no toda irregularidad vicia de nulidad la actuación procesal. Uno es omitir las formas propias del juicio, y otro, muy distinto, los defectos de forma de una actuación aislada del proceso. El artículo 533 del Código de Procedimiento Penal vigente ordena la confección del cuestionario incluyendo en él las preguntas por el hecho o hechos que constituyan la infracción imputada, con la determinación específica de las circunstancias que la constituyan, sin darles denominación jurídica. Lo cual no fue omitido, sino cumplido por el juzgador de instancia. Solamente que luego de preguntar al Jurado por la responsabilidad que pudiera caber al procesado en la muerte de Luis Alfredo Molina, en cuestionario separado inquirió por una circunstancia específica, modificadora de la responsabilidad, en forma irregular, pero absolutamente clara, refiriéndose a un mismo hecho delictuoso, sin perjuicio para los intereses de la defensa. El cargo no prospera.

Cuarto cargo.

Nuevamente se acusa la violación del artículo 26 de la Carta, con base en que el auto de proceder —lo dice el recurrente— se refería ''a la circunstancia de indefensión de la víctima'', y en el segundo cuestionario sometido a la decisión del Jurado, el juzgador, por su cuenta, agregó una circunstancia más de agravación de la delincuencia, ''la inferioridad''. El reconocimiento por el Jurado de estas circunstancias de agravación, sirvieron al Tribunal Superior para dictar la sentencia condenatoria acusada.

Sobre el particular, escuchamos el resumen ofrecido por el recurrente:

"Impugno la sentencia del honorable Tribunal Superior de Tunja, con base en este cuarto cargo por haberse pretermitido en el juzgamiento del procesado recurrente elementales formalidades del juzgamiento las que tienen proyecciones sobre el artículo 26 de la Constitución Política". (Fs. 21 ib.).

Concepto del Procurador.

Advierte que "el auto de proceder se refirió al artículo 363 del Código Penal en su ordinal 5º y en el cuestionario se hizo expresa mención de las circunstancias de indefensión e inferioridad pero lo que importa destacar es que la pena impuesta al acusado partió del mínimo (Fl. 291) el cual se incrementó exclusivamente por el factor de la reincidencia. Significa esta consideración que el reconocimiento de la 'inferioridad de la víctima' no tuvo trascendencia jurídica en el fallo impugnado".

Se considera.

Es inexacto que en el cuestionario se hubiese agregado sorpresivamente, una circunstancia no conocida por la defensa, omitiendo formalidades sustanciales de la ley procedimental que gobiernan el modo como deben ser redactados los cuestionarios con miras a la veredicción de los jueces de conciencia, irrogando, de paso, inexcusable ofensa al artículo 26 de la Carta, por inobservancia de las formas propias del juicio.

En realidad el auto de proceder se refirió específicamente al estado de indefensión de la víctima.

El ordinal 5º del artículo 363, remite al caso en que el agente hubiera cometido el homicidio "con cualquier circunstancia que ponga a la víctima en condiciones de indefensión e inferioridad, como la insidia, la asechanza, la alevosía, el envenamiento". El ordinal 5º al referirse a circunstancias como la insidia, la alevosía, el envenenamiento y la asechanza, les antepone el adverbio "como", para donotar que si las menciona expresamente lo hace a manera de ejemplo, sin excluir "cualquiera circunstancia" similar que implique "estado de indefensión o inferioridad de la víctima". Consta de autos y así lo reconoce paladinamente el recurrente, que la muerte (de Luis Alfredo Molina) se produjo, dentro de un cafetín o restaurante de la ciudad de Tunja, luego de haber sido perseguido "cuchillo en mano" por el procesado, quien lo ultimó de violenta puñalada en el cuello.

No es discutible que en aquellas condiciones registradas por el auto de proceder —reconocidas por el recurrente—, y *ratificadas por el Jurado, la víctima fue colocada en circunstancias de indefensión e inferioridad, o fue atacada dentro de esas precisas circunstancias. Es cierto que los autores distinguen las circunstancias de indefensión e inferioridad procuradas por el agente, de aquellas otras simplemente aprovechadas por él. Dentro de una interpretación estricta, es evidente que unas y otras difieren. Pero referidas a la peligrosidad del delincuente, procurar un estado de indefensión o inferioridad, y aprovechar dicho estado preexistente, son extremos similares. Poner en fuga a quien se amenaza con afilado cuchillo, perseguirlo por la espalda mientras pretende alejarse precipitadamente, ultimarlo, finalmente, de violenta puñalada en el cuello, cuando aparentemente había logrado refugiarse y eludir el peligro, a la vista de las personas que allí estaban presentes, es colocar a la víctima —no cabe duda— en condiciones de inferioridad y aprovecharse de ellas.*

Queda pues aclarado con abundancia que el sentenciador se ajustó a las formalidades del juicio en la redacción del auto de proceder y que tradujo a los cuestionarios la circunstancia de agravación anotada en el proveído enjuiciatorio, sin agregar circunstancias modificadoras de la responsabilidad no especificadas en él, pues a los efectos del ordinal 5º del artículo 363 del Código Penal "indefensión e inferioridad" son locuciones equivalentes. El cargo no prospera.

Dos nuevos cargos se formulan a la sentencia del Tribunal Superior de Tunja, esta vez con fundamento en la causal segunda de casación.

Primero.

No estar la sentencia en consonancia con el auto de proceder.

Dice el recurrente que el desacuerdo enunciado consiste en que en el auto de proceder se le imputó al procesado "la circunstancia de agravación del homicidio por haber dado muerte a Luis Alfredo Molina aprovechando el estado de indefensión" y en la sentencia se agrega que en la consumación del ilícito actúo en forma aleve y cobarde "a sabiendas de que su víctima se encontraba indefensa", cuando la verdad que emerge del sumario —previene el demandante— no es otra sino que dicho elemento "a sabiendas" no aparece demostrado.

Concepto del Procurador.

Señala cómo este primer cargo es similar al cuarto formulado al amparo de la causal cuarta de casación, con la indicación de que el elemento "a sabiendas", incluido en la sentencia, estuvo ausente del auto de proceder. Agrega que este nuevo motivo de impugnación carece de trascendencia jurídica por no ser de recibo en los juicios con intervención del Jurado, en los cuales la sentencia ha de estar de acuerdo con el veredicto y no con el auto de proceder. Anota la impertinencia de referir la censura al factor "a sabiendas", que por hacer parte del cuerpo del delito (Art. 273 del C. de P. P.) tampoco encuentra asidero cuando en el juicio intervienen los jueces del pueblo. Por último, llama la atención de la Sala hacia el hecho de que, una vez más, el recurrente, en la demostración de este cargo, ensaya la revisión de las pruebas allegadas al informativo, procedimiento inadmisible en los juicios con intervención del Jurado.

Se considera.

Los razonamientos para desechar este cargo se hicieron ya para contestar los anteriores, el último de los cuales —reclama el Procurador— es sustancialmente el mismo que ahora se propone, con la sola adición de que el "a sabiendas", incluido en la sentencia, no figura en el auto de proceder.

Las anotaciones del Procurador excusan a la Sala de insistir en digresiones que le sirvieron para refutar las argumentaciones del recurrente. *No está por demás destinar unas cuantas líneas para explicar cómo en los juicios por Jurados sí cabe alegar, en su caso pertinente, el motivo primero de la causal segunda de casación, o sea, "no estar la sentencia en consonancia con el auto de proceder", pues el legislador no la excluye y, por el contrario, su posibilidad se ofrece al examen de los jueces con no escasa frecuencia, no obstante que en aquellos, en los juicios por Jurados, la sentencia debe ser dictada de acuerdo con el veredicto que dieren los jueces de conciencia respecto de los hechos sobre los cuales haya versado el debate (Art. 519 del C. de P. P.).*

Débese recordar que corresponde al Juez de derecho la calificación de las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, cuando no modifican la responsabilidad o son elementos constitutivos de la infracción. Por el contrario, cuando dichas circunstancias modifican la responsabilidad o son elementos constitutivos de la infracción, su reconocimiento corresponde al "Jurado". Con este fin el cuestionario o cuestionarios que, en los casos pertinentes, se someten a su consideración, deberá contemplar la "determinación del hecho o hechos materia de la causa conforme al auto de proceder, determinando las circunstancias que lo constituyan, sin darle denominación jurídica". (Art. 533 del C. de P. P.).

Sabido es por otra parte que el "Jurado" es soberano en la apreciación de los hechos sometidos a su consideración, y que por ningún motivo, bajo ningún pretexto, puede el Juez de derecho sustituir con la suya lo fundamental de la decisión del "Jurado". En la primera de las hipótesis entrañadas en la causal segunda —"no estar la sentencia en consonancia con el auto de proceder"— su reconocimiento por la Corte, en los juicios por Jurados, no implica necesariamente la invalidación de la sentencia recurrida, siendo suficiente, en la mayoría de hipótesis posibles, un pronunciamiento en derecho que armonice lo fundamental del veredicto del Jurado con los cargos formulados en el auto de proceder, cuyo rigor no debe rebasar el primero, en ningún caso, pudiendo, en cambio, atemperarlo en favor del sindicado, sin otros límites que los oponibles por el Juez cuando declare contraevidente el veredicto.

En los juicios por Jurados, los cuestionarios sometidos a su decisión, deberán redactarse con ceñimiento estricto a las constancias y conclusiones del auto de proceder, y éste debe recoger con fidelidad la situación facticia emergente del sumario. Los "Jurados", en su veredicto, limitarán sus respuestas a las materias sobre las cuales fueren preguntados, afirmándolas o negándolas con claridad, haciendo constar, si tal fuere su deseo, aquellas circunstancias, diversas a las expresadas en el respectivo cuestionario, que, en su concepto, hubieren informado el hecho sometido a su pronunciamiento. En este caso, el Juez de derecho, podrá recogerlas en el suyo, cuando fueren favorables al procesado. Y se tendrán como no dichas aquellas expresiones incluidas en el veredicto, en las cuales se afirme del procesado circunstancias intensificadoras de su responsabilidad por las que el jure no hubiere sido expresamente preguntado o se formulen imputaciones sin consecuencia con los hechos sometidos a su contestación. Es deber del Juez de derecho, en estos casos, armonizar la sentencia con el veredicto del "Jurado" en aquello que éste se ajuste a lo fundamental del cuestionario. Cuando así no procede y traduce en la sentencia las demasías del veredicto, la sentencia es acusable por el motivo primero de la causal segunda. Mas cuando los excesos del veredicto obedecen a

los excesos de los cuestionarios, porque éstos contengan imputaciones o circunstancias modificadoras de la responsabilidad, intensificándola, extrañas al auto de proceder, es claro que si dicha situación incide en las decisiones de los juzgadores de instancia, los vicios de nulidad entrañados en ellas, son remediables en casación al través de la causal cuarta. En las hipótesis antecedentes el Juez que por tal modo actúa, falta a la lealtad procesal, sorprende al sindicado y dificulta su defensa. Socava, en una palabra, las bases mismas del juicio, por inobservancia de sus formalidades específicas, y menoscaba los intereses y garantías constitucionales debidos a las partes.

Pudiera sí darse el caso, de común ocurrencia en los juicios por Jurados, de que se conteste un cuestionario, correctamente formulado, aceptando la responsabilidad del sindicado por el delito que se le impute en el auto de proceder, pero cargándole en cuenta circunstancias modificadoras de la responsabilidad no especificadas en la parte motiva de aquella providencia. O que el "Jurado" niegue la responsabilidad del sindicado por el delito a que se contrae el cuestionario sometido a su consideración, y le imputa, en cambio, uno distinto por el que no ha sido llamado a responder en juicio.

En estos supuestos, la sentencia que se redacta de conformidad con la totalidad del veredicto —en los dos— estará en desacuerdo con el auto de proceder. Efectivamente, si se precisa la cuestión y se aprecian los hechos en el fondo, no resulta difícil comprender que el veredicto ha sido erróneamente interpretado por el Juez, que no ha debido reflejar en la sentencia, en el primero, aquellas circunstancias extrañas al auto de proceder, que intensifican la responsabilidad del sindicado. Lo propio ocurre en la segunda hipótesis planteada, pues si el Jurado niega el delito de homicidio preterintencional imputado al sindicado, no puede motu proprio atribuirle a su antojo el de lesiones personales. La sentencia en este caso debe ser absolutoria, y si condena por el delito no controvertido en el juicio, sería eventualmente atacable en casación por el motivo primero de la causal segunda, por cuanto si bien absuelve por la infracción que fue materia del debate y por la cual se interrogó en los cuestionarios, condena en cambio al sindicado por un hecho afirmado en el veredicto, extraño al auto de proceder y por el cual no fue preguntado el Jurado.

En los dos casos anteriores, la sentencia dictada en concordancia con el veredicto, disuena con el auto de proceder, cuyas precisiones excede, irrogando, de paso, ostensible agravio al procesado. En ambas situaciones el remedio en casación obliga a dictar un pronunciamiento que atempere la sentencia al rigor del auto de proceder y a lo fundamental del veredicto. Desde luego, estas hipótesis tienen aplicación sin perjuicio de la facultad de los juzgadores de las instancias para repudiar el veredicto cuando sea contrario a la evidencia de los hechos.

No sobra advertir, por último, que el auto de proceder, una vez ejecutoriado, es ley del proceso. Sus precisiones obligan por igual al Juez y a las partes en cuanto delimitan el ámbito de la controversia. Por ello, la apertura a pruebas, dentro del juicio, prevista por el artículo 500 del Código de Procedimiento Penal, y, en los casos pertinentes, por el 502 ibídem, *tiene por objeto, privativamente, que la parte civil, el Ministerio Público y el procesado, respectivamente, soliciten las pruebas conducentes a la demostración de sus pretensiones, dentro del marco estricto del auto de proceder. Igualmente en los juicios que se ventilen ante los jueces de derecho, la sentencia tendrá que ceñirse rigorosamente a las prescripciones del auto de proceder sin que le sea permitido al juzgador deducir cargos o circunstancias modificadoras de la responsabilidad, no previstos en él, a menos que favorezcan la situación del sindicado.*

Cuando en los juicios por Jurados el cuestionario traduce con exactitud jurídica los cargos formulados en el auto de proceder, por este mismo hecho constituye el marco de limitaciones y posibilidades dentro del cual el Jurado debe pronunciar su veredicto, en cada caso concreto.

La autonomía del Jurado para calificar los hechos sometidos a su decisión no es un arbitrio sino una potestad que debe ejercer dentro del ámbito preciso que le señala la ley.

El veredicto del Jurado tampoco es un acto aislado en el juicio. Por el contrario, es uno de sus momentos, decisiones o instancias trascendentales, cuya concatenación causal con el auto de proceder y el cuestionario, refluye en la sentencia y conforma con ella la estructura del juicio, entendida como el conjunto de una pluralidad de elementos solidarios entre sí, articulados funcionalmente, en consonancia mutua y compenetración con el todo.

Por ello cuando el veredicto niega una circunstancia modificadora de la responsabilidad, favorable al sindicado, reconocida en el auto de proceder y consignada expresamente en el cuestionario, el sentenciador ha de pasar en silencio dicha negativa, como si jamás hubiera sido pronunciada, y armonizará su decisión con lo sus-

tancial del veredicto, es decir con aquello que en él es trascendencia de sus obligados antecedentes —el auto de proceder y los cuestionarios— cuyo rigor no ha de exceder el veredicto si, en armonía con ellos, deberá consonar en la sentencia.

Cuando la ley afirma que en los procesos con intervención del Jurado, la sentencia se dictará de acuerdo con el veredicto, dice, no más, que el juzgador deberá valorar jurídicamente el pronunciamiento que aquél diere a los hechos sobre los cuales haya versado el debate.

La tarea del juzgador es una labor de adecuación de los hechos afirmados por el Jurado, a los preceptos legales. En dicha operación, estrictamente jurídica, deberá cuidarse bien de que la sentencia, si ha de armonizar con el veredicto, se compenetre con el auto de proceder y con los cuestionarios, de cuyo conjunto articulado y solidario fluya aquélla como acción final y totalizadora del proceso.

Si lo anterior no ocurre y la sentencia disuena, finalmente, porque ha traducido a sus cláusulas los excesos del veredicto, sin atender a la armonía y a la unidad del proceso, no estará en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder, cuando han sido vertidos con fidelidad a los cuestionarios.

Entendido el proceso como totalidad armónica y no como la simple reunión de actos independientes, cada uno de los cuales pueda ser aislado de los demás, como realidad autónoma, se comprenden las razones por las cuales el Juez puede desechar como inocuas aquellas expresiones del veredicto que desconozcan hechos o circunstancias modificadoras de la responsabilidad, que consten en el auto de proceder y por las cuales el Jurado ha sido preguntado expresamente en los cuestionarios, o, cuando excediendo el rigor del vocatorio, deduce en contra del inculpado circunstancias que agravan su responsabilidad.

En estos supuestos, no obstante que la sentencia haya sido dictada en consonancia con el veredicto del Jurado, no estará en consonancia con el auto de proceder y es acusable en casación por el motivo primero de la causal segunda.

La declaratoria de contraevidencia del veredicto suele ser la consecuencia de que el Jurado desconozca la unidad integradora del proceso, o de la absolución del inculpado, a contrario de la verdad inconcusa demostrada en aquél.

El desconocimiento de estas evidencias no discutibles a la luz de un raciocinio lógico, que por todos sus aspectos se compadece con las exigencias de la más estricta hermenéutica, pudiera conducir al desplazamiento perentorio de la causal segunda de casación, para abrir paso a una discutible nulidad constitucional, cuyos reales motivos de sustentación no serían distintos de los muy concretos de la causal segunda, cuyas mutuas implicaciones, en los juicios por Jurados, los muestran en interacción recíproca.

En el supuesto de la nulidad constitucional aquí anotada, curiosamente se invocarían, en el fondo, los motivos de la causal segunda, adjetivándola en forma diferente, para obviar las aparentes dificultades que su aplicación suscita en algunas de las hipótesis posibles en los juicios por Jurados.

Por no ser el veredicto un acto independiente del proceso, solo puede armonizar con la sentencia, cuando ésta recoge lo que en él es fundamental y se refleja en ella como una emanación de sus obligados antecedentes.

Los excesos del veredicto, sin vinculación causal con los demás actos del proceso, serán afirmaciones inocuas; que no obligan al sentenciador, cuya decisión sí deberá dictarse en consonancia medular con dicho pronunciamiento, pero sin exceder jamás el rigor de las imputaciones contenidas en el auto de proceder.

Parece ya suficientemente explicado que el motivo primero de la causal segunda de casación sí es alegable en los juicios por Jurados.

El cargo no prospera.

Se acusa ahora la discrepancia entre el veredicto y la sentencia. Se alega que el único veredicto que tiene validez jurídica es el relativo al homicidio intencional.

Concepto del Procurador.

Censura la falta de consecuencia exhibida por el recurrente cuando a reglón seguido, con numeración diversa, propone el mismo cargo anterior, por el segundo motivo contemplado en la causal segunda de casación, es decir, estar la sentencia en desacuerdo con el veredicto, y advierte que la cuestión fue analizada por el Ministerio Público en su respuesta a cargos anteriores, en los cuales fue planteada por el impugnador bajo rubros distintos. Los cuestionarios primero y segundo sometidos al Jurado de conciencia, los dos se refieren a un mismo hecho delictuoso, sino que en el segundo se inquirió por una circunstancia específica, modificadora de la responsabilidad, de la competencia exclusiva del "Jurado", en forma irregular, aunque no configurante de la nulidad pretendida por el recurrente en cargos anteriores.

Se considera.

Como ya se ha visto, los dos cuestionarios sometidos al "Jurado", guardan entre sí íntima vinculación y están referidos al homicidio intencional y a una circunstancia de agravación de la misma figura delictiva. El "Jurado" contestó a los dos afirmativamente.

La sentencia del Tribunal Superior de Tunja confirmó la del Juez Primero Superior, trasunto fiel del veredicto. En estas condiciones, huelga decirlo, no es posible la falta de consonancia reclamada por el recurrente.

El cargo no prospera.

Ultimo cargo.

Violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida de los artículos 363 y 36 del Código Penal. El primero por cuanto el sentenciador tomó en cuenta el cuestionario relativo a las circunstancias de agravación del homicidio, sin embargo de que jurídicamente carecía de validez, "por no reunir las condiciones del artículo 28 de la Ley 4ª de 1943, entre las cuales cuentan la falta de fecha de la comisión del delito y la inclusión del propósito de matar". La aplicación por el sentenciador del artículo 363, no obstante la defectuosa redacción del cuestionario número dos, fue indebida. Así debe declararlo la Corte, reclama el recurrente. El segundo —Art. 36 del C. P.—, se violó, afirma, por interpretación errónea, en forma indirecta, porque su aplicación condujo al reconocimiento de circunstancias de mayor peligrosidad, que, de otra parte, eran de la incumbencia del Juez de derecho, con exclusión del Jurado. Se aplicó así indebidamente el artículo 363, se dejó de aplicar el 362, y se violó, en forma indirecta, el artículo 36.

Consideraciones.

Al referirse a este último cargo el Procurador anota que en él se acusan al tiempo violaciones sustanciales distintas. Directamente, y en forma indirecta. Este cargo —afirma— es repetición de los dos últimos que lo antecedieron. Manifiesta no comprender lo que en él se pretende por el recurrente. El sentenciador tuvo en cuenta el artículo 36 para favorecer al procesado, y al aplicarle la pena señalada al asesinato, partió del mínimo y la incrementó por el único factor de la reincidencia, haciendo caso omiso de las circunstancias de peligrosidad.

Basta lo anteriormente dicho y la notoriamente defectuosa formulación del cargo, en el cual se involucra al tiempo, sin la debida separación, cuestiones diferentes y conceptos distintos de violación de la ley sustancial, infracciones a las que habría llegado el sentenciador por inobservancia de las formas propias del juicio tales como la defectuosa redacción de los cuestionarios y otras de pareja factura, para que este último cargo también se desestime.

Decisión:

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia recurrida por el procesado Martín Gutiérrez, proferida por el Tribunal Superior de Tunja.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Enrique Romero Soto, Humberto Barrera Domínguez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Julio Roncallo Acosta, Mario Alario Di Filippo, Alvaro Luna Gómez, Luis Carlos Pérez, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

CASACION.—SU TECNICA. CAUSAL 1ª

La violación directa e indirecta de la ley, son dos formas de impugnación de la sentencia que presuponen fundamentos antagónicos. Los elementos de hecho del proceso permanecen intangibles al formularse el cargo por violación directa, en tanto que la indirecta se basa en un desconocimiento de los mismos por parte del recurrente.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, abril diez de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Luis Eduardo Mesa Velásquez).

Aprobado: Acta número 11 de abril de 1972.

Vistos.

Procede la Corte a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de segunda instancia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de fecha 20 de agosto de 1971, mediante la cual se condenó a José Francisco Sánchez Valenzuela a la pena principal de 35 meses de prisión y a las accesorias correspondientes por el delito de violencia carnal cometido en la menor Flor Angela Villamil Ruiz, y se absolvió al mismo procesado por el cargo de corrupción de menores en la persona de la misma ofendida.

La impugnación fue propuesta por el defensor del sentenciado y se declaró admisible por esta Sala en auto de 3 de noviembre último.

Hechos y desarrollo del proceso.

En resumen, los hechos acriminados a José Francisco Sánchez Valenzuela fueron los de haber sometido al acceso carnal, repetidas veces, a la niña Flor Angela Villamil Ruiz, de diez años de edad por aquella época, sobrina política del acusado, y realizado con ella otra clase de actos erótico-sexuales, todo lo cual ocurrió en la casa de habitación del procesado, situada en el Barrio Cundinamarca de esta ciudad, a donde iba a dormir con frecuencia la menor perjudicada, en el año de 1966.

En razón de esos hechos el Juzgado Veinticinco Penal del Circuito de Bogotá, al que correspondió su conocimiento, una vez concluida y clausurada la investigación, llamó a responder en juicio por la vía ordinaria al sindicado Sánchez Valenzuela, imputándole los cargos de violencia carnal y corrupción de menores, por medio de auto proferido el 14 de diciembre de 1970, consentido por las partes puesto que contra él no se interpuso ningún recurso.

Sustanciada la causa con sometimiento a la ley procesal se celebró la audiencia pública y se finalizó la instancia con sentencia de 2 de junio de 1971, en la que se condenó al incriminado a la sanción principal de cuarenta y seis meses de prisión y a las accesorias pertinentes, por los referidos delitos.

Contra ese fallo interpuso apelación el defensor del acusado, y el Tribunal Superior de Bogotá lo reformó en el suyo de 20 de agosto de 1971, en el que condenó al citado Sánchez Valenzuela a la pena de treinta y cinco meses de prisión, en lugar de la de cuarenta y seis meses que le había impuesto el Juzgado de primer grado, y absolvió a aquél por el cargo de corrupción de menores, como se dijo al comienzo de esta providencia.

Demanda de casación.

En libelo que se declaró por la Sala ajustado en su forma a las exigencias legales, el defensor del procesado Sánchez Valenzuela acusa la sentencia del *ad quem* con invocación de la causal de casación contemplada en el ordinal 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, a cuyo amparo sostiene que el fallo es violatorio

de la ley penal sustancial, por indebida aplicación de los artículos 316, 317, numerales 1º y 3º, y 32 del Código Penal.

No obstante que el demandante plantea una violación directa de la ley penal, "por indebida aplicación" de normas del estatuto represor, desarrolla el cargo diciendo que el Tribunal sentenciador, al estimar el recaudo probatorio, incurrió en errores de hecho y de derecho que lo llevaron a la aplicación indebida de los mencionados artículos del Código Penal.

El error de hecho del fallador lo hace consistir el actor en que no apreció la declaración de la cónyuge del procesado Mercedes González de Sánchez, visible al folio 98, según la cual la niña Flor Angela Villamil, quien figura como ofendida, nunca durmió en casa de aquél, como sin razón se afirma en el proceso y se acepta en la sentencia recurrida, y no tuvo tampoco en cuenta el dictamen psiquiátrico que obra al folio 112, de conformidad con el cual el imputado Francisco Sánchez "no padece de impulsos ni sicopatías sexuales", lo que demuestra que Sánchez no pudo cometer el delito por el cual fue declarado responsable, pues actos de la naturaleza del juzgado en esta causa son propios de quienes padecen perturbaciones del instinto sexual.

El error de derecho del sentenciador, expresa el demandante, radica en que tuvo por demostrado el delito de violencia carnal y la responsabilidad del inculpado Sánchez con los testimonios de la menor Flor Angela Villamil, de su señor padre Julio A. Villamil y de su prima Marlén González, como también con el dictamen médico legal sobre la desfloración de aquélla, y la prueba así constituida no es plena o completa, no sólo por las circunstancias en que se produjeron esos elementos, sino también porque aparecen contradichos con la declaración de la esposa del procesado y la pericia médica sobre su normalidad sexual. Al tener por comprobado el hecho constitutivo del delito y la responsabilidad del acusado con los deficientes medios probatorios citados, violó el Tribunal —dice el abogado demandante— numerosos preceptos del Código de Procedimiento Penal, entre ellos el artículo 215, que exige para condenar la prueba plena de la infracción por la cual se llamó a juicio y de la responsabilidad del procesado.

El censor resume su demanda de la siguiente textual manera:

"Impugno el fallo proferido por el honorable Tribunal sentenciador por aplicación indebida de la ley sustancial, en el presente proceso violación de la ley sustancial artículo 316 inciso 2º, asimismo el artículo 317, números 1º y 3º, 32 Código Penal infringiéndose indirectamente los artículos 215, 216, 217, 218, 230, 231, 234, 235, 310, 278 del Código de Procedimiento Penal. Me permito sintetizar los dos puntos en que apoyo la impugnación a la sentencia recurrida con invocación de la causal primera de casación prevista en el artículo 580, numeral 1º del Código de Procedimiento Penal.

"A) Se violó el artículo 316, inciso 2º por no haberse apreciado en el considerando primero de la sentencia condenatoria de agosto 20 de 1971 proferida contra mi patrocinado por el honorable Tribunal Superior de Bogotá, las pruebas visibles al folio 98 y folio 111 que contradicen las pruebas de cargo cuestionadas, generándose error de hecho y violándose indirectamente el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal por no obrar en el proceso la prueba plena o completa tanto de la infracción y de la responsabilidad de Sánchez, es decir por aplicación indebida de la ley. En subsidio:

"B) Como consecuencia de lo anterior el *ad quem* incurrió en errores de derecho; a *las pruebas de cargo* se les revistió con la fuerza de plenas o completas no obstante las ostensibles contradicciones indicadas en las pruebas visibles a los folios 98 y 111 del expediente, lo que llevó al sentenciador a violar el artículo 215, 216, 217, 218, 230, 231, 234, 235, 310, 278 del Código de Procedimiento Penal indirectamente y la ley sustancial en el artículo 316 inciso 2º, 317, números 1º, 3º y 32 del Código Penal".

Concluye el recurrente solicitando de la Corte que invalide el fallo ameritado y en su lugar profiera el que ha de reemplazarlo, dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 583 del Código de Procedimiento Penal.

Concepto del Ministerio Público.

Con oportunidad del traslado que se le dio de la demanda, el Ministerio Público, representado por el Procurador Primero Delegado Penal, emitió concepto adverso a la pretensión del actor. Después de relacionar los hechos y el curso del proceso, critica con amplitud aquel libelo, en orden a demostrar que el cargo contra el fallo recurrido está mal formulado, pues el demandante postula una violación directa de la ley penal sustancial, por indebida aplicación de la misma, en el marco de la causal primera de casación, y desarrolla la acusación alegando errores de hecho y de derecho en la estimación del acervo probatorio, desplazando de ese modo la impugnación a la violación indirecta de la ley e incurriendo en yerro de técnica que la Corte

no puede enmendar y que impide el estudio de fondo de "la temática cuestionada por el señor demandante".

Dice el Procurador, apoyándose en la doctrina de esta Sala, que cuando se aduce en casación la violación directa de la ley penal sustancial, por parte del Tribunal sentenciador, se aceptan los hechos que en la sentencia se tuvieron por comprobados, y que la discusión sobre la prueba sólo es de recibo cuando se plantea violación indirecta de norma sustantiva, por lo cual la demanda aquí presentada se resiente de grave defecto que impide el examen de los cargos en ella propuestos.

Se considera.

Como apunta el colaborador fiscal, *la demanda de casación formulada en este juicio contiene una seria contradicción que la hace sustancialmente inidónea, pues el actor invoca en ella, como motivo de acusación y único cargo, el ser la sentencia violatoria de la ley penal sustancial, por indebida aplicación de normas sancionadoras (Art. 316, 317 y 32 del C. P.), que es una de las formas de transgresión directa de las previstas en el cuerpo primero del ordinal 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, todas las cuales tienen como presupuesto el acogimiento de las consideraciones del fallador sobre los hechos del proceso y su prueba, y sustenta la impugnación sobre la base de que el juzgador* ad quem *incurrió en errores de hecho y de derecho en la valoración del material probatorio, por no haber tenido en cuenta algunos de los elementos de convicción que obran en el proceso y por haber dado a otros un valor distinto del que les correspondía con arreglo a las normaciones del Código de Procedimiento Penal, situación a la cual se refiere el miembro segundo del referido ordinal, desviando así la censura al quebranto indirecto de la ley sustancial, modalidad ésta que tiene su propia y peculiar regimentación.*

La equivocada elaboración del ataque al fallo de última instancia, en aspecto tan fundamental, impide ciertamente el examen de las cuestiones que esboza el demandante, pues la casación es un recurso exigente, sometido a reglas y principios de necesaria observancia, que en este caso no tuvo en cuenta el recurrente, como que involucró en su alegato circunstancias o motivos que tienen campos de actuación singularizados y que operan sobre supuestos antagónicos.

Cuando se alega en el recurso extraordinario de casación error jurídico del juzgador, por alguna de las hipótesis a que se contrae el primer apartado del ordinal 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal (infracción directa, aplicación indebida o interpretación errónea de norma o normas penales sustanciales), causal aquí esgrimida por el censor, debe el actor fundamentar el motivo en razones de estricto derecho, edificadas sobre juicios puramente jurídicos, dirigidas a poner de resalto que el fallador dejó de aplicar al caso controvertido en juicio una determinada disposición que lo regula, o aplicó una norma prevista para otro evento, o le dio al precepto un alcance distinto del verdadero, todo ello en el entendimiento de que en la evaluación de la prueba no hubo errores de ninguna clase en los considerandos del juzgador. El demandante, sin disentir de la valoración de los elementos de juicio hecha en la sentencia, debe demostrar por modo directo que el sentenciador ignoró una determinada disposición de la ley material, o aplicó una norma no pertinente a los supuestos de hecho, o le dio a la elegida alcances extraños a los de su imperio, sin replantear, se repite, debate acerca de los hechos procesales para que éstos se aprecien de manera distinta a como se estimaron en la causa, pues la controversia probatoria, como se ha dicho, es propia de la modalidad de violación indirecta de la ley sustantiva.

Importa reproducir lo que expresó esta Sala en sentencia de 22 de agosto de 1969 y que ha reafirmado en posteriores decisiones:

"El artículo 56 del Decreto 528 de 1964 (hoy Art. 580 del C. de P. P.) contempla como motivo de casación, en su ordinal 1º, la violación de la ley sustancial, bajo dos formas bien definidas y con supuestos propios y característicos: la violación directa y la violación indirecta.

"La primera de dichas formas, la violación directa de la ley, se presenta cuando en la sentencia acusada se ha dejado de aplicar una determinada disposición legal atinente al caso probado (infracción directa), o se ha aplicado una norma que no es la que corresponde al hecho demostrado (aplicación indebida), o se ha dado a la ley un alcance distinto del querido por ella (interpretación errónea). En todas las hipótesis de la violación directa de la ley el recurrente que alega esta infracción en casación acepta los hechos en la forma plasmada en el fallo; discute o contravierte el aspecto de sus consecuencias jurídicas, vale decir, critica únicamente la selección de la norma hecha por el fallador o el contenido que éste le atribuyó en la sentencia.

"La segunda forma, la violación indirecta de la ley, se tiene cuando el quebranto de la ley

se origina en la falta de apreciación o en la apreciación errónea de determinada o de determinadas pruebas, de tal manera que por error de hecho (suponer una prueba inexistente en el proceso, dejar de estimar prueba o pruebas legalmente producidas) o por error de derecho (apreciar una prueba de irregular asunción en el proceso, tener como indicio un hecho no probado debidamente, dar valor de plena prueba a un solo indicio no necesario, dividir una confesión judicial que no ha sido desvirtuada, etc.) se llega a una indebida aplicación o formulación del derecho.

"A la violación directa de la ley sustancial se refiere el inciso 1º del ordinal antes citado. Este específico motivo de casación se presenta y es susceptible de demostración a través de un razonamiento directo, a base de juicios lógicos y jurídicos, sobre el contenido intelectual del fallo, es decir, sobre el derecho en él aplicado, pero admitiendo en todo caso la verdad de la fundamentación fáctica de la sentencia.

"A la violación indirecta de la ley se refiere el inciso 2º del mismo ordinal, en los siguientes términos:

"Si la violación de la ley proviene de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba, es necesario que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haberse incurrido en error de derecho, o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos".

"A diferencia de lo que ocurre en la violación directa, en la indirecta el recurrente rechaza los presupuestos de hecho de la sentencia que acusa y tiene el deber de demostrar que por un error de derecho o de hecho, que aparezca ostensible y notorio, en la estimación del contenido probatorio del proceso, se llegó al quebrantamiento de la ley, que no se habría aplicado como se aplicó de no haber mediado esa clase de error.

"Claramente se ve, según lo expuesto, que cada una de las dos formas de violación de la ley tiene su peculiar fundamentación, su propio campo de acción, y que no es posible alegar simultáneamente sin faltar a la lógica y sin desconocer el principio de contradicción, infracción directa e indirecta de la ley en un mismo fallo, como que no es concebible que se acepten y nieguen a la vez los hechos en que se apoya la decisión, ni es tampoco admisible que se sostenga una impugnación de infracción directa de la ley a través de una crítica de las premisas de hecho de la sentencia, esto es, sobre una estimación de la prueba con alcances opuestos y consecuencias jurídicas diversas a los que se le atribuyeron en el fallo, porque ello es contrario a la técnica y a los principios normativos de la casación".

Como el recurrente, al postular el único cargo contra el fallo acusado, manifiesta que lo ataca por violación directa de la ley sustancial, por indebida aplicación de la misma, a términos del inciso 1º del ordinal 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, y lo desarrolla como si se tratara de una infracción indirecta de normas penales por yerros del juzgador en los considerandos sobre la prueba aportada a los autos, que en su sentir no es apta para condenar al procesado, resulta palmar la contradicción en el planteo de la demanda, como también la imposibilidad de su estudio de fondo por la Corte, por lo cual el recurso tiene que ser desechado y así se resolverá.

Decisión:

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el Procurador Primero Delegado Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *desecha* el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado José Francisco Sánchez Valenzuela contra la sentencia de 20 de agosto de 1971 del Tribunal Superior de Bogotá, por la cual se condenó al último de los nombrados a la pena de treinta y cinco meses de prisión y a las accesorias de rigor por el delito de violencia carnal cometido en la menor Flor Angela Villamil Ruiz.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la *Gaceta Judicial*.

Luis Enrique Romero Soto, Humberto Barrera Domínguez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Julio Roncallo Acosta, Mario Alario Di Filippo, Alvaro Luna Gómez, Luis Carlos Pérez, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

PECULADO

Cuando la cuantía del delito es motivo específico de agravación o de atenuación de la sanción, es indispensable que se haga esta determinación antes de proferir el auto enjuiciatorio. De lo contrario se estaría violando el artículo 483, ordinal 3º, del Código de Procedimiento Penal, y socavando la garantía de defensa que le asiste al encausado por no encontrarse delimitado el ámbito de la acusación.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, abril veintiséis de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado ponente: Humberto Barrera Domínguez).

Acta número 12 de 1972.

Vistos.

Consulta el Tribunal Superior de Villavicencio el proveído de veintisiete de enero último, por el cual sobresee definitivamente en favor del ex-Juez Promiscuo Territorial de Puerto Rondón, universitario José Gregorio Beltrán Martínez, quien fue acusado por el Visitador de la Procuraduría del Distrito de aquella ciudad del delito de peculado.

El Procurador 1º Delegado en lo Penal, luego de detenido examen del proceso, pide que se llame a juicio al citado Beltrán Martínez por el delito de peculado y se ordene, mediante copias, la averiguación del posible delito de falso testimonio en que haya podido incurrir el declarante José María Candela Núñez.

El Magistrado Miguel Tarazona Gutiérrez, miembro de la Sala de Decisión que conoció de este negocio, salva su voto.

Hechos.

Dice el Visitador de la Procuraduría Distrital de Villavicencio en oficio dirigido al Presidente del Tribunal Superior de esa ciudad que de la visita que esa corporación le ordenó practicar llega "a las siguientes conclusiones: 4ª Negoció el Juez Beltrán Martínez con el señor José Candela Núñez una escopeta por la suma de mil pesos ($ 1.000.00), que formaba parte de uno de los sumarios que se tramitaban en su Juzgado, según declaración juramentada que rindió ante el suscrito el citado Candela Núñez".

Expresa el Ministerio Público colaborador de la Corte que aparece demostrado lo siguiente:

"1. Que el señor José Gregorio Beltrán Martínez fue designado Juez Territorial de Puerto Rondón por medio del Acuerdo número 44, de agosto 19 de 1969, emanado del Tribunal Superior de Villavicencio (Fl 11).

"2. A virtud de ese nombramiento, tal individuo tomó posesión del cargo en septiembre 2 de 1969, ante el Corregidor Intendencial del lugar. (F. 29).

"3. El Tribunal de Villavicencio, por Acuerdo número 17 de abril 2 de 1970, declaró insubsistente tal nombramiento, encargando al Secretario del Juzgado. (F. 123).

"4. Según acta de inventario de elementos pertenecientes a sumarios y juicios cursantes en el mencionado Juzgado, la cual se levantó con ocasión de la recepción que de ese despacho hizo el señor Beltrán Martínez, y que lleva fecha septiembre 5 de 1969, aparece incluida en ella una 'carabina calibre 22 Remington Nylon, sin la varilla de sujetar los cartuchos por la culata, en regular estado y perteneciente al occiso Carlos Páez, sin cartuchos. (F. 52).

"5. Con ocasión del retiro del Juzgado, el señor Beltrán Martínez hizo entrega de tales elementos a quien lo reemplazó en el cargo, que fue el señor José Joaquín Vélez García, para lo cual se produjo nuevo inventario, dentro del cual no aparece relacionada el arma antes indicada. Tal inventario tiene fecha 6 de abril de 1970. (Fls. 129 y 130).

"6. Por auto de 8 de julio de 1971 del Juzgado 3º de Instrucción Criminal, el cual fue pronunciado en Puerto Rondón, se ordenó recibir declaración al señor Juez Territorial de ese sitio, 'que actualmente se encuentra en ese despacho', con respecto a lo ocurrido con tal arma, y dicho funcionario, al rendir su declaración jurada, dijo cómo no había recibido de su antecesor, señor Vélez García, la carabina o escopeta mencionada. Que revisó el acto por medio de la cual éste recibió el Juzgado de Beltrán Martínez y allí tampoco aparece relacionada. Agrega que por haber recibido varias declaraciones en procesos contra el ex-Juez Beltrán Martínez llegados en comisión a su despacho, supo por algunos de tales deponentes que dicho ex-funcionario había vendido al señor José Candela una carabina, por lo cual el declarante insinuó en forma verbal a Candela que si no le era difícil pusiera a disposición del Juzgado el arma que le había vendido Beltrán Martínez; y que ello, en efecto, ocurrió más tarde, habiéndole expedido el Juez declarante a Candela el correspondiente recibo. (F. 21, 23 y 57).

"7. Llamado a rendir declaración José Candela, dijo al interrogársele sobre si conocía al ex-Juez Beltrán Martínez y qué negocios había tenido con él, lo que textualmente se transcribe: 'Sí conocí al Juez Beltrán Martínez cuando él vino aquí de empleado del Juzgado, que vino de Juez . . .y simplemente el único negocio que realicé con él fue que me vendió una escopeta que es de la U, calibre 22, que la caja es de pasta, de doce tiros, pero no los dispara porque le hace falta la varilla y ésta me la vendió por la suma de un mil pesos, no me acuerdo bien la fecha y se la pagué en dos contados. . ., me entregó la carabina que la tenía en su pieza donde dormía, en seguida del Juzgado, y hasta por cierto que la llevamos a la rural y ahí la probamos; inclusive dispararon con ella el mismo Juez, el rural Guevara (a. Cámara Velo) y hace unos días el Juzgado Territorial de aquí me la pidió y yo la entregué'.

"8. El señor Jesús Alfredo Vergara (que no Guevara), depone al folio 46, y al reconocer la carabina que el Juzgado 3º de Instrucción Criminal, a cuyo cargo estaba el adelantamiento de la investigación, le puso de presente, dijo que sí la conocía ya que había disparado con ella cuando era agente rural en Puerto Rondón, y en el puesto del DAS rural, con oportunidad de haber llegado allí el señor Beltrán Martínez y el señor Candela a dispararla, y dice cómo el arma la llevaba el ex-Juez Beltrán Martínez. Manifiesta que luego de ello se retiraron de allí y que no sabe de quién sea el arma, que, de otra parte, afirma había visto en el Juzgado".

Luego de negarle credibilidad a la explicación que da el sindicado y de rechazar la nueva versión que presentan, en la ampliación de sus declaraciones, los testigos Candela y Vergara, expresa el Ministerio Público colaborador de la Corte que "existe prueba suficiente para llamar a juicio, por el delito de peculado, a José Gregorio Beltrán Martínez, toda vez que éste, en su calidad de Juez Promiscuo Territorial de Puerto Rondón, usó indebidamente, enajenándolo, de un bien que por razón de sus funciones estaba obligado a guardar. Hecho éste que ocurrió entre el día cinco y el día seis del mes de septiembre de 1970".

Agrega el Procurador 1º Delegado en lo Penal que, "para tal pronunciamiento, no se hace necesario en este procesal conocer el monto del valor del bien sobre el cual recayó la aludida venta, puesto que, siendo elemento que mira a la graduación de la pena, deberá en el período probatorio de la causa producirse el correspondiente avalúo".

Considera la Corte.

No obstante el juicioso examen de las pruebas cumplido por el Procurador 1º Delegado en lo Penal, la Corte estima que en el estado actual de la averiguación no puede proferirse auto de proceder en contra del sindicado Beltrán Martínez, pues la determinación del valor de la cosa objeto del delito de peculado de que se le acusa se hace necesaria para especificar el cargo, en el evento de que se le llame a juicio.

Se tiene, en efecto:

a) El delito de peculado por apropiación tiene señaladas penas privativas de la libertad distintas, según llegue su cuantía a tres mil pesos o suba de esta suma.

Dice, al respecto, el artículo 3º del Decreto 1858 de 1951: "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".

b) Señala el artículo 483 del Código de Procedimiento Penal, al referirse a los requisitos formales del auto de proceder, que en la parte

motiva de esta providencia, a más de otros, debe constar "la calificación genérica del hecho que se imputa al procesado, con las circunstancias conocidas que lo especifiquen".

Y en el caso de peculado de que se hizo mención, la cuantía hasta tres mil pesos o superior de esa suma es circunstancia especificadora de la pena privativa de la libertad, no sólo en cuanto al lapso sino también respecto a la calidad de la misma.

c) Sin el previo avalúo del arma cuya apropiación se imputa al citado ex-Juez Beltrán Martínez no es posible especificar el cargo que, de ser llamado a juicio, hubiera de hacérsele.

Y a más de no cumplirse, así, con lo que manda el aludido artículo 483 del Código de Procedimiento Penal (ordinal 3º), se incurriría en desconocimiento de garantías que le asisten al sindicado, pues al ser llamado a juicio se debe indicar el ámbito del cargo que se le hace para que respecto de él lleve a cabo su defensa.

Sobre este particular, ha dicho la Corte:

"El auto de enjuiciamiento 'constituye el pliego de cargos que se presenta al acusado, para que se defienda' ". (Cas. de 15 de abril de 1931, G. J., t. XXXVIII, pág. 532).

"Es doctrina sentada por la Corte que en la parte motiva del auto de enjuiciamiento deben ser concretados los cargos, con expresión de las circunstancias que le dan gravedad específica mayor al hecho punible. De tal suerte que si en aquella pieza no se le imputan al acusado la premeditación o las cualificativas de asesinato, por ejemplo, no pueden tampoco figurar después ni en el cuestionario para los jueces de hecho ni en la sentencia. Claro es que la condenación no estaría entonces en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder, y que no tendría el acusado las garantías fundamentales de su defensa, puesto que imputándosele determinado cargo para responder dentro del juicio habría la imposibilidad moral de defenderse de otro más grave que no se formuló, y también la imposibilidad legal y constitucional de condenarlo sin haberlo oído y vencido en juicio en lo relativo a ese mismo cargo más grave". (Cas. de 29 de noviembre de 1933, G. J., t. XLI, pág. 162).

"El auto de enjuiciamiento es la base de la sentencia en el juicio penal. Dentro de cada categoría o género de delitos debe ceñirse el sentenciador a la calificación hecha en el auto de proceder. Así, el robo y el hurto tienen casi las mismas notas comunes y una sola que los especifica, a pesar de lo cual el enjuiciado por hurto no podrá ser condenado por robo o viceversa. Aún más: existiendo las circunstancias denominadas modificantes que dentro de determinada especie de delitos crean o constituyen una subespecie, en caso de que el auto de proceder haya afirmado una de aquellas modificadoras favorables al reo, no podrá desecharse en la sentencia". (Cas. de 19 de febrero de 1941, G. J., t. LI, pág. 85).

"De la misma manera, cuando el delito de robo se ha cometido con alguna de las circunstancias previstas por el artículo 404 del Código Penal, por ejemplo, haberse realizado en despoblado, es preciso anotarlo así en el auto de proceder. La razón jurídica de tal actitud es clarísima. Puesto que el auto de proceder, como tantas veces se ha dicho y repetido, es el pliego de cargos que la justicia formula al procesado para que éste se defienda, mal puede entonces en su sentencia el Juez condenar con imputación a una circunstancia modificadora de la responsabilidad o de la sanción cuando el enjuiciado no tuvo oportunidad de defenderse de esa particular situación, ella no se le atribuyó en el auto de proceder". (Cas. de 5 de noviembre de 1947, G. J., t. LXIV, pág. 156).

d) La cuantía del delito juega como circunstancia específica modificadora de la responsabilidad, por caso, en los delitos contra la propiedad (Arts. 398, ord. 2º; 399; 410; 414) y en el delito de peculado, como se dejó anotado.

Hacer al procesado el cargo al ser llamado a juicio por esta última infracción o por alguno de aquellos delitos contra la propiedad, sin especificarlos en razón de la cuantía, cuando ésta la toma la ley como motivo específico de agravación o de atenuación de la sanción prevista, lleva, como se dejó dicho, al incumplimiento del mandato que trae la ley de procedimiento penal (Art. 483 citado) y a socavar la garantía de defensa que le asiste al acusado, pues no se delimita el ámbito de la acusación que se le hace.

Corresponde, según lo dicho, revocar el sobreseimiento definitivo proferido por el juzgador *a quo* en este negocio, y, en cambio, sobreseer temporalmente en favor del sindicado José Gregorio Beltrán Martínez, pues, de otra parte, se tiene que los elementos de juicio examinados por el Procurador 1º Delegado en lo Penal excluyen aseverar que esté plenamente comprobado que el hecho imputado no ha existido, o que el procesado no lo ha cometido, o que la ley no lo considera como infracción penal (numeral 1, del Art. 491 del C. de P. P.).

La reapertura de la investigación se hace indispensable para fijar la cuantía del delito que

se atribuye al nombrado ex-Juez Beltrán Martínez, según lo que dejó observado la Corte.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del Ministerio Público, *revoca* la providencia del Tribunal Superior de Villavicencio, por la cual sobresee definitivamente en favor del ex-Juez Promiscuo Territorial de Puerto Rondón, señor José Gregorio Beltrán Martínez y en su lugar *sobresee temporalmente* en favor de éste, a fin de que se reabra la averiguación penal y se practique la prueba de que se hace alusión en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Luis Enrique Romero Soto, Humberto Barrera Domínguez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Julio Roncallo Acosta, Mario Alario Di Filippo, Alvaro Luna Gómez, Luis Carlos Pérez, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

JUSTICIA PENAL MILITAR

El Decreto 271 de marzo 3 de 1971 aclaró el ámbito temporal de la nueva competencia otorgada a los jueces castrenses al afirmar que la justicia penal militar conocerá de los procesos indicados en el Decreto 254 de febrero 27 de 1971, que se cometan durante su vigencia.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, abril veintiséis de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado ponente: Humberto Barrera Domínguez).

Acta número 12 de 1972.

Vistos.

Entra la Corte a resolver la colisión de competencia negativa surgida entre el Juzgado 5º Penal del Circuito de Palmira (Valle) y el Comando de la Tercera Brigada del Ejército, con sede en Cali, en cuanto al conocimiento del proceso que se sigue en averiguación del delito de secuestro de que fue víctima el menor Juan Clímaco Manián Gutiérrez, según hechos ocurridos en aquella ciudad el seis de octubre de mil novecientos sesenta y nueve.

Luego de señalar el juzgador penal ordinario que el Decreto 284 de 1966, al ocuparse de señalar en la justicia penal militar la competencia para conocer del delito de secuestro y de otras infracciones, hizo expresamente la salvedad de que ese "decreto se aplicará solamente a los procesos que se inicien a partir de su vigencia", entiende que, por no aparecer la misma salvedad en el Decreto 254 de 1971, que en nueva situación de estado de sitio restableció tal competencia de los jueces castrenses para conocer del secuestro y otros ilícitos punibles, "hay que considerar que la justicia castrense conocerá de todos los delitos que se encuentren estipulados en el artículo primero ya citado, pues es principio general de derecho que donde la ley no hace distinciones, no le es dado al intérprete hacerlas".

Dice el Juez Penal Militar, al rechazar el punto de vista del juzgador penal ordinario, que "teniendo en cuenta el Decreto 271, de 3 de marzo de 1971, es innecesario argumentar contra la tesis que esboza el señor Juez 5º Penal del Circuito de Palmira, pues este Decreto aclaró el 254 del mismo año, en lo que respecta a la competencia de la justicia penal militar, por hechos ocurridos con anterioridad a la vigencia del citado decreto, o sea, que no tiene efecto retroactivo".

Ahora bien:

Ciertamente el conocimiento de este negocio le corresponde a la justicia penal ordinaria, por los siguientes motivos:

1º Los hechos, como se dejó anotado, ocurrieron el día 6 de octubre de 1969, cuando se encontraba todo el territorio nacional en época de normalidad jurídica.

Posteriormente y en desarrollo del Decreto 1657 de 1969 (octubre 9), por el cual se declaró turbado el orden público en el Valle del Cauca y en estado de sitio todo el territorio de esa sección del país, fue proferido el Decreto 1661 del mismo año (octubre 10), por el cual se atribuyó a la justicia penal militar el conocimiento de los delitos de secuestro, extorsión y otros, señalándose, además, que "los delitos de secuestro, extorsión y conexos, por los cuales se instruyen actualmente sumarios en los Distritos Judiciales de Cali y Buga", también son de la competencia de la justicia penal militar (aparte B., del Art. 1º del referido estatuto).

2º Por la norma antes comentada, se explica el hecho de que el Comando de la Tercera Brigada del Ejército, con sede en Cali, hubiera conocido de este asunto, hasta cuando entró a regir el Decreto 1133 de 19 de julio de 1970, habida consideración de que en el artículo 1º se dispuso que de los delitos de secuestro, extorsión y las demás infracciones penales allí cita-

das, conoce la justicia penal militar si se cometen dentro de la vigencia de este nuevo estatuto. En efecto, dice el artículo 1º citado: "A partir de la fecha del presente Decreto y mientras subsista el estado de sitio, la jurisdicción penal militar, además de los delitos establecidos en el Código de la materia, conocerá de las siguientes infracciones que se cometan dentro de su vigencia: ...secuestro...".

Y en desarrollo de esta norma, el Juez castrense, mediante proveído de 18 de agosto de 1970, dispuso enviar el asunto al conocimiento del Juez Penal (reparto) del Circuito de Palmira (Valle).

3º Declarado en estado de sitio nuevamente todo el territorio de la Nación, según el Decreto 250 de 1971 (febrero 26) y atribuida otra vez a la justicia castrense la competencia para conocer del delito de secuestro y de otros ilícitos punibles, se dice en el Decreto 271 del mismo año (marzo 3) que la "justicia penal militar conocerá de los procesos por los delitos allí contemplados..." (Los que indica el Decreto 254 de 1971, de febrero 27)..., "que se cometan durante su vigencia".

Aclarado, así, el ámbito temporal de la nueva competencia otorgada a los jueces castrenses, resulta obvio que el conocimiento de este negocio le compete al Juzgado 5º Penal del Circuito de Palmira (Valle), pues las razones que ese despacho deja en el proveído de que se hizo mención no se acomodan a las normas legales ya comentadas.

Por lo expuesto, la Corte, Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *dirime* la colisión de competencias de que se hizo mérito en el sentido de *declarar* que el conocimiento de este negocio le corresponde al Juzgado 5º Penal del Circuito de Palmira (Valle), a donde se enviará el expediente.

Remítase copia de esta providencia al Comando de la Tercera Brigada del Ejército, con sede en Cali.

Cópiese y notifíquese.

Luis Enrique Romero Soto, Humberto Barrera Domínguez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Julio Roncallo Acosta, Mario Alario Di Filippo, Alvaro Luna Gómez, Luis Carlos Pérez, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

HOMICIDIO VOLUNTARIO

(Culpabilidad).—Cuando el Jurado responde: "Sí es responsable sin plena intención de matar", se está imputando al procesado un homicidio simplemente voluntario, ya que la determinación de la voluntad en orden a ese resultado, es resolución que puede formarse serena y reflexivamente, sin alteración alguna del entendimiento, o adoptarse con ánimo perturbado por la emoción u otra causa y de modo súbito. En consecuencia la intención de causar un evento admite grados, puede ser más o menos intensa o llena según el proceso sicológico de formación y exteriorización en la conducta.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, mayo seis de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Luis Eduardo Mesa Velásquez).

Aprobado: Acta número 14, mayo de 1972.

Vistos.

Cumplido el trámite de ley, procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto por el procesado Carlos Alberto Valencia Londoño y su defensor contra la sentencia de segunda instancia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, de fecha 21 de septiembre de 1971, mediante la cual se condenó al primero de los nombrados a la pena principal de nueve años de presidio y a las accesorias de rigor, como responsable del delito de homicidio cometido en la persona de Jesús Antonio García Upegui.

Hechos y desarrollo del proceso.

Los hechos materia del debate los relata el Tribunal de la instancia, en versión acogida por el recurrente y por la Procuraduría Delegada, en los siguientes términos:

"El primero de noviembre de mil novecientos setenta, Héctor Hernán Morales Montoya conversaba con Carlos Alberto Valencia Londoño (a. 'Polla Ronca') en la casa distinguida con el Nº 10-45 de la carrera 9ª de esta ciudad cuando llegó al mismo lugar el menor Jaime Valencia Londoño y le dijo a su hermano Carlos Alberto que Jesús Antonio García Upegui (a. 'Spaguetti') le había robado o no le había querido dar la parte que le correspondía de un dinero que al parecer habían obtenido ilícitamente; Alberto se indignó y de inmediato se fue a buscar a Jesús Antonio quien se hallaba en una cantina cercana y al rato regresó con él; tras haberle reprochado enérgicamente el proceder para con su hermano Jaime, le pegó una cuchillada en la región pectoral derecha, a la altura del sexto espacio intercostal, a consecuencia de la cual murió momentos después".

Concluida y clausurada la investigación, el Juzgado Segundo Superior de Pereira llamó a responder en juicio con intervención del Jurado al sindicado Carlos Alberto Valencia Londoño, por el delito de homicidio, especificado en la parte motiva como simplemente voluntario, previsto en el artículo 362 del Código Penal, mediante auto calendado el 14 de mayo de 1971, contra el cual no se interpuso ningún recurso (Fls. 150 y ss.).

Rituada la causa se celebró audiencia pública el 28 de julio del mismo año. En ella el Fiscal demandó de los Jueces de hecho un veredicto condenatorio para el inculpado Valencia Londoño, por estar plenamente demostradas la infracción que se le formuló en juicio y su responsabilidad penal, todo lo cual examinó a la luz de las pruebas. El defensor presentó y sustentó las siguientes fórmulas de veredicto:

"1º El señor Carlos Alberto Valencia Londoño, no es responsable porque no tuvo intención de matar al señor Jesús Antonio García Upegui",

"2º El señor Carlos Alberto Valencia, es el autor de la muerte del señor Jesús Antonio García Upegui, pero sin intención de matar".

"3º Sí es responsable pero sin intención de matar".

En la vista pública se debatió el siguiente cuestionario, elaborado en consonancia con el auto de proceder y que se transcribe con la respuesta dada por los Jueces de conciencia:

"El procesado Carlos Alberto Valencia Londoño, de naturaleza y demás condiciones civiles anotadas en el auto de proceder, ¿es responsable de haber dado muerte, con intención de matar, mediante herida ocasionada con arma corto-punzante (cuchillo) al señor Jesús Antonio García Upegui, hecho ocurrido en las primeras horas de la tarde del día 1º de noviembre de 1970 en la carrera 9ª calles 10 y 11 de esta ciudad?".

"*Respuesta.* Sí es responsable sin plena intención de matar".

Interpretando el veredicto como simplemente condenatorio por el delito objeto del cargo, el Juez del conocimiento condenó a Carlos Alberto Valencia Londoño a la pena principal de ocho años de presidio y a las sanciones accesorias correspondientes, en fallo pronunciado el 2 de agosto de 1971 (Fl. 176 y ss.).

Contra la sentencia interpusieron el procesado y su defensor el recurso de apelación, y el Tribunal Superior de Pereira la confirmó, elevando en un año la pena impuesta en la primera instancia, en la suya de 21 de septiembre del citado año. (Fl. 191 y ss.).

El fallo de segundo grado fue impugnado en casación por las mismas partes, recurso extraordinario que la Corte declaró admisible en auto del 13 de noviembre último y que se sometió al trámite pertinente hasta ponerlo en estado de decidir.

Demanda y respuesta del Ministerio Público.

El defensor del incriminado, en libelo externamente ajustado a las exigencias legales, censura la sentencia del Tribunal y pide su invalidación, invocando la causal 2ª del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, pues estima que el fallo está en desacuerdo con el veredicto del Jurado.

Sostiene el actor que el Jurado, en la respuesta que dio al cuestionario propuesto a su consideración, negó la intención de matar en la acción ejecutada por el acusado, desintegrando así el homicidio controvertido en el juicio, y como no reconoció el propósito de lesionar por parte del procesado, tampoco podría afirmarse la existencia de un homicidio preterintencional en el hecho consumado por aquél, razones por las cuales la sentencia debe ser absolutoria.

En desarrollo de la impugnación, expresa el recurrente:

"De la simple lectura de la respuesta dada por los Jueces de conciencia al cuestionario que se les sometió en la audiencia, resulta claro que negaron el propósito, la intención de matar por parte del acusado y, al negarlo, desintegraron la figura del homicidio por la cual se abrió la causa".

"Porque al decir los del *juri* que el procesado obró 'sin plena intención de matar' sencillamente negaron esa intención, ya que en ésta no caben grados: existió en forma plena, completa, total, o no existió. Decir que no obró el acusado con plena intención de matar, pues que a ello equivale decir que obró 'sin plena intención de matar', es tanto como afirmar que no hubo de su parte el propósito homicida o que, por lo menos, éste no apareció en forma clara y precisa como para que los Jurados lo reconocieran y, por lo mismo, manifestaron su duda o mejor su convencimiento de que ese propósito no se configuró en forma plena, completa, como para que lo hubieran reconocido de modo seguro. En estas condiciones la sentencia del Tribunal que acepta la condena del procesado y pone como base de la misma el veredicto, resulta en manifiesta contradicción con éste, porque de él no se sigue una condena sino la absolución, precisamente porque la responsabilidad penal no se deriva exclusivamente del acto material cumplido sino de la intención o propósito de su ejecutor, me explico: el hecho material no alcanza su categoría delictuosa sino mediante el complemento del factor subjetivo que dice relación a la intención o propósito del agente".

"Si el veredicto no reconoce el propósito homicida en el acusado, la sentencia que lo condena como homicida necesariamente resulta en abierta contradicción con el fallo de los Jueces populares".

Pasos más adelante, tras insistir en que el Jurado negó el dolo propio del delito imputado a Valencia Londoño, porque la intención de matar integrante del homicidio común tiene que ser plena, perfecta o completa, dice el demandante que no se puede hablar en el caso *sub judice* del homicidio preterintencional, como lo hizo el Fiscal del Tribunal de segunda instancia en su alegato de conclusión, porque el Jurado no declaró en el veredicto, al cual tiene que ceñirse el fallo en esta clase de juicio, el propósito de lesionar en el acto material causado por el pro-

cesado, puesto que "simplemente dijo que el acusado obró 'sin plena intención de matar', o sea que negó el *animus necandi* sin reconocer otro dolo".

Concluye el representante judicial del acusado afirmando que la sentencia recurrida "no se dictó de acuerdo con el veredicto", violando de ese modo el Tribunal sentenciador el artículo 519 del Código de Procedimiento Penal, circunstancia que hace procedente el segundo motivo previsto en la causal 2ª de casación, a cuyo amparo se debe casar el fallo impugnado, reemplazándolo por otro de carácter absolutorio.

El Procurador Primero Delegado Penal, en vista que antecede, comparte los argumentos del defensor en cuanto considera que el Jurado que intervino en el juicio negó la intención de matar en el acto del incriminado, pero se aparta de las apreciaciones de aquél en lo concerniente a la interpretación del veredicto de autos, que en opinión del Agente del Ministerio Público es declarativo de la responsabilidad del procesado Valencia Londoño por homicidio preterintencional, lo que se infiere —dice el colaborador Fiscal— de los antecedentes procesales de la decisión de los Jueces populares.

El Procurador cita y comenta la doctrina elaborada por esta Sala de la Corte respecto de veredictos en los cuales se ha negado el propósito de matar, en causas por homicidio simple, y termina su concepto manifestando que en el presente evento la respuesta del Jurado es acogible como afirmativa de homicidio ultraintencional, por lo cual se debe casar la sentencia acusada, dictando en su lugar la que tenga por existente esa especie de delito.

Se considera.

I. El homicidio simple o común, tipo básico descrito en el artículo 362 del Código Penal, consiste en matar a otro, mediante una conducta (acción u omisión) voluntariamente dirigida (intención) hacia ese resultado, con representación de la ilicitud del hecho.

El elemento de culpabilidad del delito (dolo), o sea el nexo sicológico entre el agente y el hecho, es la voluntad conscientemente proyectada al evento muerte, a sabiendas de la ilegitimidad del comportamiento.

En la infracción de que se trata, vale decir, en el homicidio simple, el dolo puede concurrir en cualquiera de las especies en que doctrinariamente se suele distinguir, y acusar mayor o menor intensidad. Por ejemplo, puede ser determinado o eventual; deliberado o de ímpetu, sin que se altere en ningún caso la figura delictiva.

II. El veredicto que afirma la responsabilidad del acusado, con el agregado de que éste actuó "sin plena intención de matar", respecto de hechos como los descritos en el cuestionario controvertido en esta causa, contiene los elementos objetivo y subjetivo que le dan tipicidad al delito de homicidio ordinario contemplado en el artículo 362 del estatuto represor, como lo entendieron y declararon los juzgadores de las instancias.

La circunstancia de que para el Jurado la intención del procesado (Valencia Londoño), en la acción que produjo la muerte del hoy occiso (Carlos García Upegui), no hubiera sido "plena", esto es, perfecta, no desintegra el homicidio acriminado de aquél, como lo sostiene el recurrente, ni lo desplaza al tipo de la preterintención, como lo pretende el Procurador Delegado.

III. La intención de matar, o sea la determinación de la voluntad en orden a ese resultado, es resolución que puede formarse serena y reflexivamente, sin alteración alguna del entendimiento, o adoptarse con ánimo perturbado por la emoción u otra causa y de modo súbito. Vale decir, que la intención o propósito de causar un evento —como matar a otro— admite grados, puede ser más o menos intensa o llena, según el proceso sicológico de formación y exteriorización en la conducta.

IV. Al decir el Jurado que la intención de matar del procesado, en el hecho por éste realizado, no fue plena, afirmó ciertamente esa intención, aunque no en el máximo grado de perfección de que es susceptible, pues el adjetivo pleno a, *cualquiera sea la preposición de que esté antecedido, es calificativo que denuncia o denota calidad del substantivo, del ser, de algo que existe y que para el caso a estudio es la "intención" homicida.*

V. Para la Corte el veredicto recaído en este juicio no abre campo a la perplejidad y fue correctamente apreciado y valorado en derecho por los falladores de las instancias. La respuesta del Jurado afirma, en verdad, la totalidad de los elementos estructurales del homicidio doloso, en la hipótesis del artículo 362 del Código Penal, disposición ésta debidamente aplicada en la providencia recurrida. En parte alguna exige dicho precepto que "el propósito de matar", constitutivo del vínculo sicológico entre el sujeto y el hecho del homicidio, tiene que ser pleno. Lo esencial es que él exista, aunque no en el extremo de la perfección, lo que de ordinario ocurre en el denominado dolo de ímpetu, en las acciones de tipo impulsivo.

VI. Las jurisprudencias que citan tanto el defensor como el Agente del Ministerio Público se refieren a situaciones diversas de la que es el tema del recurso que ahora se decide, pues ellas versan sobre eventos en los cuales el Jurado ha negado la intención o propósito de matar en el acto del procesado, lo que no ha acontecido en el presente juicio. Por ello la Sala estima innecesario cualquier comentario sobre sus anteriores pronunciamientos, en ninguno de los cuales se ha estudiado un veredicto como el emitido en estos autos.

VII. No mediando, como media, desacuerdo entre la sentencia impugnada y el veredicto del Jurado, la demanda de casación no prospera y el recurso tiene que ser desechado. Así se resolverá.

Decisión:

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— oído el concepto del colaborador fiscal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *desecha* el recurso de casación interpuesto por el procesado Carlos Alberto Valencia Londoño y su defensor contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira de 21 de septiembre de 1971, por la cual se condena al nombrado Valencia Londoño a la pena de nueve años de presidio y a las accesorias correspondientes, por homicidio en la persona de Jesús Antonio García Upegui.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Insértese en la *Gaceta Judicial.*

Luis Enrique Romero Soto, Humberto Barrera Domínguez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Julio Roncallo Acosta, Mario Alario Di Filippo, Alvaro Luna Gómez, Luis Carlos Pérez, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

CASACION.—VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL

La violación de la ley sustancial en forma indirecta es ocasionada por errores de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba que pueden ser presentados simultáneamente por el recurrente, pues bien puede ocurrir que el juzgador ignore o suponga pruebas o les asigne a otras un valor que legalmente no es el que les corresponde.—El estimar una prueba aportada irregularmente al proceso, constituye un error de hecho manifiesto y trascendente.—El aceptar parcialmente la confesión del sindicado sin que exista prueba que la haya desvirtuado, configura un error de derecho.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, mayo diez de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Luis Eduardo Mesa Velásquez).

Aprobado: Acta número 15. Mayo de 1972.

Vistos.

El Juzgado Segundo Superior de Cali, mediante sentencia de 3 de mayo de 1971, condenó a Laureano Garzón y a Jesús Pérez a las penas principales de cinco y cuatro años de presidio, respectivamente, y a las accesorias correspondientes, como coautores de los delitos de circulación de moneda falsa y estafa, por haber pagado a la señora Alba Marina Magón el precio de unas gallinas con un billete falso de quinientos pesos, lo que ocurrió en aquella ciudad el 17 de noviembre de 1970.

Contra ese fallo interpusieron los procesados y sus defensores el recurso de apelación, y el Tribunal Superior de Cali lo confirmó con el suyo de 20 de septiembre de 1971, reformándolo en cuanto a la sanción impuesta al sentenciado Pérez, la que fue reducida a dos años de presidio, por considerar la corporación que aquél intervino en los delitos "como cómplice no necesario", y no como coautor.

En el acto de la notificación de la sentencia de segundo grado el procesado Pérez manifestó expresamente su conformidad con la providencia, mientras que el incriminado Garzón interpuso el recurso de casación, el que fue concedido por el *ad quem* y se declaró admisible por esta Sala de la Corte en auto de 29 de noviembre último.

Dicho recurso extraordinario fue sustentado en tiempo, por medio de apoderado especial, en escrito que se declaró ajustado en su forma a las exigencias legales y del cual se dio traslado al Ministerio Público.

Agotados los trámites de rigor, procede la Corte a decidir la impugnación.

Hechos y actuación.

Los hechos que dieron origen al proceso los relató la ofendida Alba Marina Magón en la denuncia que presentó ante la Inspección Primera de Permanencia de Cali, el 17 de noviembre de 1970, de la siguiente manera:

"En la dirección antes anotada (calle 13 número 13-107 de la ciudad de Cali) tengo un negocio de tienda, al mismo tiempo vendo animales (aves) gallinas peladas, etc. Sucede que el señor Aníbal Jiménez compra gallinas en mi negocio para él venderlas y ganarse algún centavo. En el día de ayer, este señor andaba vendiendo unas gallinas y se encontró con un sujeto que le dijo que si tenía más gallinas, que él como tenía un restaurante quería comprar bastantes y que si se las dejaba más baratas. Entonces Aníbal le dijo a ese tipo que yo tenía más para la venta, y le dio mi teléfono para que me llamara. Efectivamente, ayer a las cuatro de la tarde, el tipo me llamó, pero la llamada la contestó mi hija María Irma, y ella le dijo que yo había aceptado haberle dejado las gallinas a $ 24.00. A las siete de la noche se

presentó el sujeto, que es alto, más bien blanco, de unos 30 años acompañado de otro más joven, entonces vieron las gallinas vivas e hicimos negocio por $ 480.00. Este tipo me pagó con un billete de $ 500.00, yo reparé el billete, y como allí estaba otro señor tomándose unas cervezas, le pregunté si ese billete era bueno; él lo miró y dijo que sí, entonces yo le devolví al tipo $ 20.00 en efectivo. Como yo tengo cuenta en el Banco de Bogotá, de la carrera 8ª, fui a consignar el billete y allí me dijeron que era falso, y por derecha le hicieron un roto en forma triangular en el centro. Es todo''. (Fl. 1).

Concluida la investigación, el Juez Segundo Superior de Cali calificó el mérito del sumario con auto de proceder contra Laureano Garzón y Jesús Pérez Obando, quienes en su opinión fueron identificados como los autores de aquellos hechos, formulándoles los cargos de circulación de moneda falsa y estafa. Tal providencia fue pronunciada el 25 de febrero de 1971, y contra élla no se interpuso ningún recurso.

Impulsada la causa se celebró la audiencia pública y se puso luego fin al juicio con el fallo de que se hizo mérito.

La demanda de casación.

El apoderado especial del procesado Laureano Garzón acusa la sentencia del *ad quem* con fundamento en las causales primera, segunda y cuarta de casación contempladas en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, las que postula del modo que a continuación se expresa.

Causal primera.

Alega el demandante que el Tribunal de la segunda instancia violó indirectamente, en la sentencia recurrida, los artículos 214 y 408 del Código Penal, ''por indebida aplicación'' de los mismos, en razón de que en la estimación de las pruebas incurrió en errores de hecho y también de derecho, pues no apreció determinados elementos de juicio favorables al procesado Garzón, y a otros les asignó equivocadamente un valor probatorio de que carecen, lo que determinó la condenación del acusado con aplicación de las normas penales citadas, que describen en su orden los delitos de falsificación de monedas y estafa.

Los cargos que en el marco del referido motivo de casación propone el actor pueden precisarse así:

a) El Tribunal sentenciador ignoró las diligencias de ''reconocimiento en rueda de presos'' que obran al folio 11 frente y vuelto, practicadas con los dos únicos testigos de inculpación Alba Marina Magón y Aníbal Jiménez, según las cuales éstos señalaron como uno de los autores de los hechos ilícitos a Jesús Pérez, mas no a Laureano Garzón, quien también se hallaba en la fila, a pesar de que en sus primeras declaraciones los deponentes afirmaron que podían reconocer a los dos sujetos del fraude en forma perfecta y donde los vieran, por haber tratado con éllos a espacio, como puede verificarse a folios 8 y 9.

b) El Tribunal le dio a los careos celebrados entre los declarantes Alba Marina Magón y Aníbal Jiménez, de una parte, y el procesado Laureano Garzón, de la otra, un valor probatorio que no tienen, en cuanto en esas diligencias, realizadas cinco días después de las de reconocimiento y a las cuales compareció Garzón como sindicado, los deponentes señalaron ya, sin explicación atendible, a aquél como el autor principal de los hechos materia del sumario. Dice el demandante que no ha debido darse crédito a las versiones de la Magón y de Jiménez en las mencionadas confrontaciones personales, en un punto concreto a la identificación de Laureano Garzón, porque aquéllos no lo identificaron en las diligencias específicas de reconocimiento en rueda de presos, como consta al folio 11 del expediente, y no dieron razón valedera de su contradicción.

c) La sentencia censurada les dio a los careos practicados entre la ofendida Alba Marina Magón y el testigo Aníbal Jiménez con el imputado Laureano Garzón ''vigor probatorio'', no obstante la ''invalidez'' o ''inexistencia jurídica'' de esos actos, generada en que el procesado no estuvo asistido en éllos por su apoderado ni por ningún otro profesional del derecho.

d) El sentenciador incurrió en error de derecho, por inobservancia del artículo 255 (hoy 264) del Código de Procedimiento Penal, al dividir la confesión del sindicado Jesús Pérez y desatenderla en la parte en que éste afirma que fue a él a quien le decomisaron el billete falso de $ 100.00; que no conocía a Laureano Garzón, y que no fue éste quien intervino con él en la negociación de las gallinas con la señora Magón, sino un amigo suyo de nombre Rafael López, de todo lo cual —dice el actor— no existe prueba en contrario, pues no se hicieron averiguaciones para confirmar o reprobar los dichos del nombrado Pérez.

e) El Tribunal tuvo ''como prueba indirecta que fortifica la certidumbre de que Laureano

Garzón fue el sujeto que entregó el billete falso de quinientos pesos, su prontuario judicial nutrido de sindicaciones, además de una condena por robo", cuando en realidad del prontuario sólo emerge, como información positiva, una condenación anterior de Garzón por un robo, comprobada con copia de la sentencia respectiva y confesada en su indagatoria por el imputado. Los otros registros del prontuario, como puede verse al folio 37, se refieren tan sólo a capturas seguidas de libertad casi inmediata "por no haber mérito para detenerlo".

Insinúa el recurrente que del pasado judicial de su representado no puede extraerse, en último termino, más de un indicio: el de la capacidad para delinquir, que no constituiría plena prueba, a tenor del artículo 230 del Código de Procedimimento Penal, por no ser necesario ni estar elevado a la categoría de presunción legal.

Termina el demandante el desarrollo del primer motivo de casación solicitando de la Corte que case la sentencia impugnada y absuelva al acusado Laureano Garzón, dando aplicación al artículo 583 del Código de Procedimiento Penal.

Causal segunda.

Apunta el apoderado que el fallo de segunda instancia "está en desacuerdo con los cargos formulados en el auto de proceder", motivo de casación previsto en el ordinal 2º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal. Ensaya demostrar el aserto manifestando simplemente que en el auto de vocación a juicio no se especificó la acción constitutiva del delito de falsificación de monedas, dentro de las cinco contempladas en el artículo 214 del Código Penal, disposición que se citó en dicha providencia "con todos sus ordinales", en forma imprecisa e "improcedente", por lo cual "mal podía el fallador de segunda instancia decir, como lo escribió, que se trataba del numeral tercero".

Con esa escueta presentación del cargo, pide el demandante que se invalide la sentencia recurrida y se dicte la que deba remplazarla.

Causal cuarta.

Dice el actor que ataca el fallo pronunciado por el Tribunal Superior de Cali, "por haberse dictado en un juicio viciado de nulidad". Sustenta la impugnación afirmando que en el auto de proceder, pieza fundamental con la que se inicia el juicio, no se observaron las prescripciones del artículo 483, del Código de Procedimiento Penal, pues no se indicaron en él las circunstancias especificadoras de la infracción contra la fe pública, como lo ordena el ordinal tercero de aquella norma, ya que se le atribuyeron al acusado todas las acciones descritas en el artículo 214 del Código Penal, generalizando con ambigüedad, con lo cual se dificultó la defensa del inculpado y se quebrantaron las formas propias del juicio, violando el artículo 26 de la Constitución Nacional.

También sostiene el demandante, en la esfera de la causal cuarta, que se incurrió en el auto de proceder en error relativo a la denominación jurídica del delito, causal de nulidad del ordinal quinto del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto al presunto delito de estafa por el cual se condenó a Laureano Garzón, puesto que no se comprobó que éste hubiera cometido alguno de los hechos establecidos como delito en el artículo 214 del Código Penal, los cuales menciona expresamente. "Admitiendo, en gracia de discutir —termina diciendo el demandante— que se lo hubiese encausado conforme a las voces del numeral 4º del artículo en cuestión la estafa no se puede dar porque ahí claramente se dice: 'ponga de cualquier modo en circulación monedas falsificadas o alteradas' y es obvio que si no iba donde la señora Magón a negociar las gallinas, el billete de quinientos pesos no podía ser puesto en circulación. Este es también un argumento muy claro y por ello estimo ser suficiente para probar el motivo de impugnación cuarto del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal y por ello, con todo acatamiento, pido declarar en qué estado queda el proceso y disponer su envío al honorable Tribunal Superior de Cali para proceder en conformidad".

Respuesta del Ministerio Público.

El Procurador Primero Delegado Penal, después de referirse a los hechos y al desarrollo del proceso, sintetiza la demanda de casación y contesta a los cargos postulados en élla contra la sentencia de segundo grado, así:

En cuanto a la causal primera, afirma que está mal planteada, en razón de que el demandante alegó simultáneamente, en forma concurrente, errores de hecho y de derecho del fallador en la apreciación de la prueba, como determinante de la violación indirecta de la ley sustancial, lo que "no es técnico", y, además, se limitó a hacer enunciados sobre las hipótesis que podrían dar fundamento a la causal con apreciaciones personales sobre el valor de las

pruebas, para oponer su criterio al del juzgador, "ya que no se encuentra razonamiento que lleve a la demostración de la ilegalidad de la prueba servida para la condena impuesta" distinto del concerniente a la indivisibilidad que pretende de la confesión del procesado Jesús Pérez, cuyas calificaciones están contradichas en el proceso.

Con relación a la causal segunda expresa el Procurador que causa extrañeza su fundamentación, porque, contrariamente a lo alegado por el demandante, en el auto de proceder sí se especificó con toda claridad el cargo atinente al delito contra la fe pública, al indicar que la conducta ilícita de los procesados fue la de haber puesto en circulación moneda falsa de curso legal en la Nación, hecho previsto en el artículo 214, numeral 4º, del Código Penal, cuyos elementos estructurales se analizaron debidamente, como puede verificarse al folio 101. El Agente del Ministerio Público transcribe, para demostrar su afirmación, la parte pertinente del auto vocatorio a juicio.

Respecto de la causal cuarta, responde textualmente la Procuraduría delegada:

"Lo dicho por este Despacho al referirse al cargo proyectado a través de la causal 2ª es suficiente para rechazar igualmente el que se enmarca dentro de la causal 4ª a estudio, pues con la precisión pertinente y legal el Juez Superior al llamar a responder en juicio al justiciado indicó que su conducta se juzgaba enfrente al numeral 4º del artículo 214 del Código Penal, y no en relación con los demás numerales en que se descompone dicha norma legal.

"Dado caso el señor demandante no expone argumentación alguna para desvirtuar la imputación que se hizo al procesado de ser autor y responsable del delito de estafa, no queda razonamiento para responder, ya que cuando el actor estima que hubo errada calificación del delito pues está obligado a demostrar por qué era otro el punible por el cual se debió llamar a juicio, y no el identificado en el auto de cargos. El simple enunciado que hace el señor demandante de estar erradamente calificado el mérito del sumario, sin claridad y razón jurídica en la censura, equivale a no haberse demostrado el cargo y por lo tanto no otra cosa sino rechazarlo es lo procedente".

La Corte considera.

1. Como se recordará, la acusación que el demandante hace a la sentencia del Tribunal Superior de Cali, en cuanto en ésta se condena a Laureano Garzón, es la de que el fallo es violatorio de la ley sustancial, concretamente de los artículos 214 y 408 del Código Penal, en forma indirecta, porque su aplicación para condenar al procesado fue determinada por errores de hecho y de derecho en la estimación de los elementos probatorios, algunos de los cuales no fueron apreciados y a otros se les dio un valor de que carecen conforme a la ley.

Tal planteo no es incorrecto ni se aparta de la técnica que rige la casación, pues bien puede ocurrir que el juzgador, en determinado juicio, ignore o suponga pruebas (error de hecho) y le asigne a otra u otras un valor que legalmente no es el que les corresponde, cuando la ley ha fijado su mérito probatorio (error de derecho).

2. En la demanda que se estudia existe alguna deficiencia en cuanto el autor no puntualizó en cada uno de los errores que le atribuye al fallador de segunda instancia en la estimación de los elementos de convicción la clase del error, como lo observa la Procuraduría delegada. Pero esa ligera imperfección no debe ser en este caso obstáculo para el examen del cargo, pues el actor censura la sentencia impugnada, como quedó dicho, de ser violatoria de la ley penal sustancial, por aplicación indebida motivada en errores de hecho y de derecho en la valoración de las pruebas, y en desarrollo del ataque precisa uno de tales errores como de derecho, de donde se infiere que los que no calificó expresamente los entendió y deben considerarse como de hecho.

3. La sentencia condenatoria dictada contra el procesado Laureano Garzón y que es objeto del recurso extraordinario se funda, primordialmente, en las declaraciones de la ofendida Alba Marina Magón y del testigo Aníbal Jiménez, quienes en careos con aquél (Fls. 23 y 24) lo señalaron como coautor de los hechos indagados en el sumario, como también en el indicio de la capacidad para delinquir, deducido de los antecedentes judiciales del acusado. Así puede verificarse leyendo la providencia, que obra a folios 150 a 155.

4. El demandante afirma que el Tribunal sentenciador, al considerar la prueba acumulada, ignoró los reconocimientos en filas de personas, practicados con anterioridad a los careos, con intervención de la denunciante Magón y del testigo Jiménez, glosados a folios 11 frente y vuelto, según los cuales éstos no identificaron a Laureano Garzón, quien se hallaba en la rueda de presos, no obstante que en sus anteriores deposiciones habían aseverado que podían reconocer fácilmente al autor del fraude de que fue víctima la señora Magón.

La crítica del actor es exacta. Ciertamente el *ad quem* dejó de apreciar esas pruebas, favorables al sindicado y no objetadas a través del proceso, sin motivación alguna, lo que constituye un notorio error de hecho, de naturaleza relevante.

5. Dice igualmente el censor que el Tribunal Superior de Cali apoyó el fallo condenatorio de Laureano Garzón en actos nulos o inexistentes, por cuanto en los careos a que fue sometido el procesado con Alba Marina Magón y Aníbal Jiménez aquél no estuvo asistido por su apoderado ni por ningún otro abogado, circunstancia que vicia de nulidad tales diligencias, y que al obrar de esa manera, fundándose en pruebas supuestamente válidas, incurrió en error, pues le reconoció mérito probatorio a actos jurídicamente inexistentes.

También en esa tacha a la sentencia tiene razón el demandante. En verdad, el incriminado Laureano Garzón no estuvo asistido en los careos que sostuvo con los deponentes de cargo por su apoderado, que lo era el doctor Horacio Cruz Trujillo, quien presenció la indagatoria (Fl. 12), sino por el señor Luis Perdomo, sin que exista constancia alguna de que se citó siquiera al apoderado para la realización de aquellos actos, y sin explicación del por qué, si fue que el doctor Cruz Trujillo no quiso o no pudo concurrir a tales diligencias, no se nombró como apoderado provisional de Garzón a un abogado. Esa irregularidad es de carácter grave, lesiva del derecho de defensa, y con élla se conculcaron normas básicas del Código de Procedimiento Penal. Tanto en la indagatoria, como en los reconocimientos en fila de personas y en los careos, el procesado debe estar acompañado de un apoderado, que ha de ser "abogado inscrito" salvo las taxativas excepciones contempladas en los artículos 123, 393 y 407, *in fine,* del Código de Procedimiento Penal. Así está establecido perentoriamente en los artículos 118, 124, 431, 407 y 416 *ibídem.*

Por la inobservancia de las normas sobre apoderado, en las diligencias de careo de que se ha hablado, cuya finalidad no es otra que la garantía efectiva del derecho de defensa que tiene todo sindicado, aquellas pruebas, que indudablemente fueron las determinantes de la condena de Laureano Garzón, no fueron legítimamente producidas, y el haberlas tomado en cuenta en la sentencia, a pesar de su irregular asunción al proceso, constituya error de hecho del juzgador, manifiesto y trascendente.

6. El demandante sostiene que el juzgador de segundo grado incurrió en error de derecho, por haber dividido la confesión del procesado Jesús Pérez para desecharla en la parte en que éste negó conocer a Laureano Garzón y afirmó que quien con él participó en los hechos debatidos fue su amigo Rafael López, sin que existiera prueba en contrario, como que el Tribunal sentenciador se limitó a decir que se advertía el afán del acusado Pérez para encubrir a Garzón, con lo cual se violó lo dispuesto en el artículo 255 (hoy 264) del Código de Procedimiento Penal, lo que contribuyó a la aplicación indebida de los artículos 214 y 408 del Código Penal, con base a los cuales se condenó al procesado recurrente.

El reparo del demandante es fundado, pues la verdad es que ni el funcionario de instrucción ni el Juez del conocimiento realizaron indagaciones tendientes a confirmar o a reprobar la versión del inculpado Jesús Pérez en el punto cuestionado, y por éllo no se allegó prueba que desvirtúe la exculpación que Pérez hizo de Laureano Garzón, motivo por el cual los juzgadores han debido aceptar lo expuesto por aquel procesado respecto de la persona en cuyo concurso cometió los hechos delictivos, ya que la presunción de verdad que es característica de la confesión judicial, a tenor del artículo 264 del Código de Procedimiento Penal, no fue desvirtuada en la parte favorable al co-sindicado Laureano Garzón.

7. Por último, en lo que concierne a la causal primera de casación, expresa el impugnante que los antecedentes judiciales del acusado Garzón, por la condenación que se le impuso anteriormente por un delito de robo, acreditan un solo indicio, que por no ser necesario ni estar elevado a la categoría de presunción legal, no puede apoyar, por sí solo, el fallo de condena que está *sub judice.*

Respecto de la prueba circunstancial, a la que alude la sentencia recurrida, observa la Corte que no incurrió en ningún error el Tribunal de la instancia al tener como indicio la capacidad del imputado Laureano Garzón para delinquir, derivada de la existencia en autos de la copia de una sentencia condenatoria anterior por delito contra la propiedad. Pero ese indicio no puede tomarse como prueba completa de la responsabilidad de Garzón en el delito materia del presente juicio, de acuerdo con lo previsto en el artículo 230 del Código de Procedimiento Penal, según el cual "un sólo indicio no hará jamás plena prueba, a no ser que sea necesario o presunción legal no desvirtuada". Por éllo tiene razón el recurrente, al sostener que con base

en el indicio apuntado no se puede condenar al procesado Garzón.

8. En conclusión, la Corte encuentra demostrada la acusación formulada a la sentencia del *ad quem* a través de la causal primera de casación. Por consiguiente, dando aplicación al artículo 583 del estatuto procedimental penal, casará dicho fallo y dictará el que debe remplazarlo, que será absolutorio para el inculpado recurrente Laureano Garzón, pues la condena de éste fue determinada, en verdad, por errores fundamentales del Tribunal sentenciador en la apreciación de las pruebas.

9. No obstante que la Corte encuentra procedente el primer motivo de impugnación, que para el caso es el de mayor proyección, se referirá brevemente a los cargos postulados en la demanda con invocación de las causales segunda y cuarta de casación.

10. Como observa el Procurador, los ataques que hace el demandante a la sentencia recurrida, para afirmar desacuerdo de ésta con el auto de proceder y nulidad del juicio por imperfecciones sustanciales de la providencia que abrió la causa, los funda en que el Juez del conocimiento no precisó con claridad el delito contra la fe pública acriminado a Laureano Garzón, ya que "se menciona el artículo 214 con todos sus ordinales", imposibilitando así la defensa del acusado y haciendo imposible la determinación del cargo en el fallo.

Tales reparos carecen de seriedad, como lo hace notar también el Agente del Ministerio Público, pues en el auto de proceder, pieza que se encuentra a folios 101 y siguientes, sí se especificó debidamente la infracción, cuando en él se dijo que se trataba de la circulación de moneda falsa de curso legal en la Nación, "prevista en el artículo 214, numeral 4º del Código Penal".

Dice igualmente el actor, en su pretendido desarrollo a la causal cuarta, que se incurrió en el auto de proceder en error relativo a la denominación jurídica de una de las infracciones atribuidas al procesado recurrente. Pero lo cierto es que se limitó a hacer tal enunciado, sin ensayar siquiera su demostración.

Decisión:

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, oído el concepto del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *casa* la sentencia del Tribunal Superior de Cali de fecha 20 de septiembre de 1971, en la parte que confirma la proferida por el Juzgado Segundo Superior de ese distrito, mediante la cual se condenó a Laureano Garzón a la pena principal de cinco años de presidio, al pago de perjuicios y a las sanciones accesorias correspondientes, por los delitos de circulación de moneda falsa y estafa, "cometidos en perjuicio del Estado y de los intereses de Alba Marina Magón", y en su lugar *absuelve* al procesado Garzón por tales delitos.

Consecuencialmente, se ordena la libertad incondicional de Laureano Garzón, y para hacerla efectiva se librarán los despachos del caso.

Ejecutoriado este fallo se devolverán los autos al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Luis Enrique Romero Soto, Humberto Barrera Domínguez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Julio Roncallo Acosta, Mario Alario Di Filippo, Alvaro Luna Gómez, Luis Carlos Pérez, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION

Ordinal 5º, artículo 584 del Código de Procedimiento Penal.—No existe diferencia sensible entre "hechos nuevos" y "pruebas no conocidas al tiempo de los debates", para efectos de la revisión.—Lo importante para el éxito de este singular medio de impugnación es que se aporten elementos de persuación, de cualquier origen, distintos de los valorados por el fallador.—Si se ha proferido sentencia condenatoria en contra de varias personas por el mismo hecho y con base en la misma prueba, y si una de ellas interpone el recurso de revisión, y éste prospera, debe hacerse extensiva la decisión a favor de todos los copartícipes.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, mayo diez y siete de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Luis Eduardo Mesa Velásquez).

Aprobado: Acta número 16, mayo 16 de 1972.

Vistos.

Agotado el trámite de rigor, procede la Corte a resolver el recurso extraordinario de revisión interpuesto por el procesado Jesús Antonio Giraldo Gómez, por conducto de apoderado especial, con relación al juicio que se adelantó en contra suya y de otras personas por "estafa en perjuicios del Hipódromo de Techo y de sus apostadores", en el que fue condenado a la pena de cuatro años de prisión, al pago de perjuicios y a las sanciones accesorias propias de la pena principal, mediante sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de fecha 9 de septiembre de 1968.

Antecedentes.

1. El 26 de abril de 1964 se celebró en el Hipódromo de Techo de la ciudad de Bogotá la reunión de carreras número 17, en la cual resultó ganador del único "seis con marcador" el señor Luis Eduardo Baena, quien recibió un premio de $ 1.876.024.60.

2. Con base en algunas informaciones, según las cuales el cuantioso premio había sido obtenido por fraude en la sexta carrera válida para el marcador, concertado entre el ganador de la suma Luis Eduardo Baena, los preparadores de caballos Jesús y Gilberto Giraldo Gómez y los jinetes Salvador Godoy, Jaime Larrea, Santiago Calle, Heriberto Sánchez, Pedro Bustos, Genaro Taboada y Carlos Silva, se inició proceso penal, en orden a establecer la verdad de lo ocurrido.

3. Concluida la investigación, el Juez Segundo Superior de Bogotá calificó el mérito del sumario con sobreseimiento definitivo, en favor de todos los sindicados, en providencia del 17 de diciembre de 1964.

4. Contra esa resolución se interpuso apelación, y el Tribunal Superior de Bogotá la revocó por auto de 6 de octubre de 1965, en el que dispuso "abrir causa criminal" contra todos los individuos anteriormente mencionados, "en su calidad de coautores responsables del delito de estafa", cometido "en perjuicio de los intereses del Hipódromo de Techo y de sus apostadores".

5. En virtud de nuevas normas legales sobre competencia, correspondió conocer del juicio, en primera instancia, al Juzgado 58 Penal Municipal de esta ciudad, el que dictó sentencia el 12 de abril de 1967, en la que absolvió a los acusados, por no hallar establecidos los presu-

puestos que para condenar exigía el artículo 203 del Código de Procedimiento Penal, vigente entonces.

6. Ese fallo fue consultado con el Tribunal Superior de Bogotá, entidad que lo revocó en el suyo de 9 de septiembre de 1968 y condenó a los procesados a diversas penas, entre ellos a Jesús Antonio Giraldo Gómez, a quien le impuso la sanción principal de cuatro años de prisión.

7. Los sentenciados Luis Eduardo Baena, Jaime Larrea, Santiago Calle y Gilberto Giraldo interpusieron y sustentaron el recurso de casación, y esta Sala de la Corte, en sentencia de 25 de octubre de 1971, casó el fallo del *ad quem* y en su lugar absolvió a aquéllos por el cargo que se les formuló en juicio, por considerar que "en los hechos por los cuales fueron condenados los procesados recurrentes no se aunan todos los componentes del delito de estafa contemplados en el artículo 408 del Código Penal, disposición que aplicó el Tribunal Superior de Bogotá para sancionar a los imputados. Falta en ellos el elemento 'perjuicio de otro' entendido como se explicó anteriormente, y su ausencia impide integrar jurídicamente la referida infracción". Advirtió la Corte que la invalidación de la sentencia de segundo grado se hacía "únicamente con respecto de los procesados que sustentaron el recurso extraordinario que ahora se decide, no obstante el motivo que la determina, pues con relación a los demás procesados el fallo se ejecutorió e hizo tránsito a la cosa juzgada, atacable solamente por la vía de revisión".

La demanda de revisión.

Fue formulada por el sentenciado Jesús Antonio Giraldo Gómez, por medio de apoderado constituido al efecto, en escrito de 17 de noviembre de 1971, en el que se invoca como motivo de revisión del juicio el señalado en el ordinal 5º del artículo 584 del Código de Procedimiento Penal, por haber surgido después de la condena un hecho nuevo, de naturaleza judicial, constituido por el fallo de casación de la Corte, en el cual se declaró que los actos por los cuales fueron sentenciados Giraldo Gómez y otros no daban tipicidad al delito de estafa, por ausencia de uno de los elementos estructurales de la infracción, o sea el perjuicio cierto de otro, lo que establece también la irresponsabilidad de quienes fueron condenados y no recurrieron ante la Corte.

El accionante acompañó a la petición de revisión copias auténticas de las sentencias de las instancias y de casación, mencionadas anteriormente, y solicitó oportunamente que se tuvieran como pruebas.

Concepto del Ministerio Público.

El Procurador Segundo Delegado Penal, a quien se dio traslado del asunto en cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 587 del Código de Procedimiento Penal, "coadyuva la solicitud presentada a nombre del condenado Jesús Antonio Giraldo Gómez", considerando que, en verdad, "el fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia el 25 de octubre pasado por el cual casó la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, del 9 de septiembre de 1968, constituye un hecho jurídico nuevo que tiene la virtualidad suficiente para demostrar la inocencia del condenado Giraldo, porque declaró que el hecho a él atribuido no era constitutivo de delito, y, obviamente, posterior al fallo condenatorio".

Importa reproducir algunos de los principales apartes de la vista fiscal:

"Ordinariamente el motivo de revisión que se comenta se refiere a elementos de juicio desconocidos en el proceso o conocidos después y los cuales corresponden a medios probatorios contemplados en la legislación penal. En el presente asunto el hecho nuevo invocado es la sentencia de la honorable Corte Suprema de Justicia que casó la sentencia condenatoria y absolvió a los acusados que habían interpuesto ese recurso extraordinario.

"Estima el Ministerio Público que aunque ordinariamente se identifican los conceptos de hechos y pruebas pues se arguye que aquellos tienen trascendencia jurídica en cuanto son reconocidos por la ley como pruebas, sin embargo, se distinguen en el sentido de que pueden existir hechos con consecuencias jurídicas que no correspondan estrictamente a medios probatorios. Creemos que el presente caso es un ejemplo típico pues si bien la sentencia de casación es un documento público conforme al artículo 261 del Código de Procedimiento Penal, a nuestra manera de ver, no responde exactamente a esa prueba ya que nos atrevemos a pensar que en una providencia judicial el fallador no da fe de hechos sino que conforme a su criterio jurídico, resultado de la confrontación de los hechos probados en el proceso y la ley aplicable al caso, absuelve o condena.

"De ceñirnos a ese estricto criterio la sentencia de casación pronunciada en este asunto no sería una prueba y por tanto no podría considerarse como motivo de revisión,

"Estimamos por tanto que la ley adjetiva se ha referido no solamente a los hechos constitutivos de pruebas sino a un concepto más amplio: a toda modificación del mundo externo que implica consecuencias jurídicas. Más claro: toda transformación del mundo exterior realizada por el hombre de trascendencia jurídica —aun cuando en hipótesis no constituya prueba debe tenerse en cuenta para efectos del recurso de revisión.

"Las consideraciones anteriores cobran mayor importancia si se tiene en cuenta que la legislación colombiana no contempla como motivo de revisión la condena fundada en sentencia posteriormente revocada, como lo recordó nuestro más alto Tribunal de justicia en su fallo del 8 de mayo de 1953 (G. J., Nº 2129, pág. 206), ya que, el desacuerdo de fallos tan solo se refiere al motivo primero de revisión pero en un campo muy estrecho: cuando el delito no se haya podido cometer sino por una persona o por un número menor de las sentenciadas. Sería aberrante que a pesar de la contradicción entre una sentencia condenatoria y una posterior absolutoria subsistiera la primera. En el presente caso la sentencia condenatoria pronunciada por el Tribunal Superior de Bogotá se casó y los recurrentes fueron absueltos. No solo aparece contrario a elementales principios de justicia sino a la simple equidad que quienes no recurrieron en casación o no sustentaron el recurso sigan condenados por un hecho que la Corte Suprema de Justicia declaró no ser constitutivo de delito".

Se considera.

I. En providencia de 21 de febrero de 1969, reafirmada en posteriores decisiones, precisó esta Sala la naturaleza y fines el 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 trasladada 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 condenación, por error, de un inocente.

"La revisión del proceso, en base a hechos nuevos o a medios nuevos de prueba que desvirtúen la base facticia 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".

II. El ordinal 5º del artículo 584 del Código de Procedimiento Penal, invocado en la demanda y fundamentado por el actor en el alegato de conclusión, contempla como motivo de revisión de la causa el que después de la sentencia de condena aparezcan hechos nuevos o se presenten pruebas no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia o irresponsabilidad del condenado, o que constituyan siquiera indicios graves de tal inocencia o irresponsabilidad.

III. No existe diferencia sensible entre "hechos nuevos" y "pruebas no conocidas al tiempo de los debates", para efectos de la revisión. Lo importante para el éxito de este singular medio de impugnación es que se aporten elementos de persuasión, de cualquier origen, distintos de los examinados por el fallador, vale decir, no aducidos al proceso aunque hubieran tenido existencia en el curso del mismo y hubieran podido allegarse antes del fallo, que hagan presumir fundadamente el error judicial cometido en la sentencia, por la condenación de quien puede ser inocente porque el hecho tenido como delito no existió, o no tuvo alcances penales, o no lo cometió ni intervino en su ejecución el condenado, pues la revisión persigue la prevalencia de la justicia material sobre la formalmente declarada.

La novedad del elemento de convicción no debe entenderse como hecho surgido materialmente después de la decisión jurisdiccional contra la cual se dirige la impugnación, esto es, como hecho de creación ulterior a la sentencia de condena, sino en el sentido de no haber sido valorado por los juzgadores, por la no presencia en el proceso.

Comentando el numeral 3º del artículo 554 del Código de Procedimiento Penal italiano, que prevé como causal de revisión la sobreveniencia de nuevos hechos o de nuevos elementos de prueba, en formulación semejante, por ese aspecto, a la de la ley colombiana, apunta Giovanni Leone:

"Comencemos por reafirmar —en adhesión a la opinión doctrinal y jurisprudencia gene-

ral— que no hay diferencia alguna entre 'hechos nuevos' y 'nuevos elementos de pruebas'. El mantenimiento de la doble formulación —pese a las perplejidades y conjeturas surgidas bajo el imperio del Código anterior— sólo puede explicarse desde el punto de vista de una consideración de oportunidad, ya que la supresión de una de las formulaciones podía haberse interpretado como innovación limitativa. En sustancia, pues, lo que es necesario es que hayan surgido nuevos elementos de valoración *(con esta expresión, de aquí en adelante, queremos referirnos tanto a los nuevos elementos de prueba como a los nuevos hechos), cualquiera que sea la fuente de donde provengan". (Tratado de Derecho Procesal Penal, Vol. III, págs. 268 y 269).*

Y Vicenzo Manzini escribe sobre el tema:

"Nuevos hechos o nuevos elementos de prueba son expresiones equivalentes, ya que también los 'hechos' deben ser elementos de prueba, toda vez que la ley sólo los admite en cuanto tengan eficiencia probatoria. Sólo se ha querido indicar que ningún elemento de prueba (véase Vol. III, Nº 298) se debe considerar excluido". Y agrega el autor:

"Entran en esta categoría, por ejemplo, el hecho (ya específica y exclusivamente previsto por el Código de 1865), por el que, después de una condena por homicidio, conste de la existencia de la persona que se había supuesto muerta (pero, como ya lo advertimos, no se admite la revisión para degradar el homicidio consumado a tentativa); la comprobación de que el condenado estaba muerto cuando se cometió el delito; el certificado que demuestre una coartada evidente o la inexistencia del hecho por el que se siguió condena; el descubrimiento científico que quite toda base a la condena; el encuentro de las cosas supuestamente robadas y que habían sido, en cambio, escondidas o extraviadas por el pretendido robado; la existencia de un documento que se había creído destruido; las deposiciones de nuevos testigos o las retractaciones de los ya examinados; y todo otro hecho imaginable que tenga la eficiencia probatoria requerida por la ley". (Tratado de Derecho Procesal Penal, T. V., págs. 274 y 275).

IV. En el presente caso se ha postulado como hecho nuevo, revelador de la inocencia o irresponsabilidad del condenado Jesús Antonio Giraldo Gómez, la sentencia de esta Sala de la Corte, de fecha 25 de octubre de 1971, en la cual se declaró que los hechos por los cuales se responsabilizó a Giraldo Gómez y a otros no constituían el delito de estafa que se le acriminó en juicio. Dice la demanda que si los procesados que recurrieron en casación fueron absueltos por la Corte, por inexistencia del delito imputado, se evidencia la injusticia de la condena que subsiste contra los acusados que no hicieron valer ese recurso extraordinario, pues todos los inculpados fueron enjuiciados y condenados por el Tribunal Superior de Bogotá como "coautores" de la supuesta infracción.

V. Ciertamente, el pronunciamiento de la Corte en el ameritado fallo, aportado en copia auténtica, es un "elemento de valoración" sobrevenido que descubre la irresponsabilidad penal del sentenciado Jesús Antonio Giraldo Gómez y de quienes con éste soportan condenación, pues la responsabilidad criminal es la obligación de sufrir las consecuencias de una conducta típica de la ley penal, culpable y antijurídica. Y si los mismos hechos por los cuales están condenados Giraldo Gómez y otros fueron declarados atípicos frente a la ley punitiva por la Corte, por sentencia irrevocable, para algunos de los procesados que ante élla acudieron, resulta palmar que los demás acusados tampoco infringieron la ley penal, y que la condena que pesa sobre ellos, simplemente por no haber recurrido en casación, resulta injusta y debe ser corregida por la vía jurídica de la revisión del juicio, la que será por tanto ordenada.

VI. Aunque únicamente el sentenciado Jesús Antonio Giraldo Gómez interpuso el recurso de revisión, ésta se decretará no sólo con relación a él sino también con respecto a Salvador Godoy Avila, Heriberto Guillermo Sánchez Castro, Pedro Bustos Bustos, Genaro Taboada Santiesteban y Carlos Silva Díaz, pues todos ellos fueron condenados por el Tribunal Superior de Bogotá como coautores de la supuesta estafa, por razón de los mismos hechos y con base en las mismas pruebas, y el motivo invocado en la demanda de revisión es común para todos los condenados, todos los cuales están vinculados, en igualdad de condiciones, a la causa cuya revisión habrá de disponerse.

Resolución:

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, de acuerdo con el Procurador Segundo Delegado Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, ordena la revisión de la causa seguida contra Jesús Antonio Giraldo Gómez y los demás que con él se encuentran condenados, a la cual se ha hecho referencia en la parte motiva, y señala para tal fin, tomando en cuenta las

normas actualmente vigentes sobre competencia, al Juzgado Penal del Circuito de Bogotá al que corresponda en repartimiento.

Con el expresado objeto se enviarán todos los autos al Juzgado Penal del Circuito (repartimiento), por conducto del Juzgado de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Luis Enrique Romero Soto, Humberto Barrera Domínguez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Julio Roncallo Acosta, Mario Alario Di Filippo, Carlos Upegui Zapata —Conjuez—, *Jaime Marulanda Uribe* —Conjuez—, *José María Velasco Guerrero.*

J. Evencio Posada V., Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

Muy respetuosamente consigno a continuación los motivos de mi disentimiento con la decisión de la mayoría que resuelve favorablemente el recurso extraordinario de revisión interpuesto por el procesado Jesús Antonio Giraldo Gómez, en el juicio que se adelantó en su contra por el delito de estafa que habría cometido —previo concierto con otras personas— para facilitar a Luis Eduardo Baena el cobro del cuantioso premio "acumulado del 5 y 6 con marcador", proceso que culminó con la sentencia absolutoria del 25 de octubre de 1971, por medio de la cual la Corte casó el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá el 9 de septiembre de 1968, que condenó a los sindicados a diversas penas, "en su calidad de coautores responsables del delito de estafa cometido en perjuicio de los intereses del Hipódromo de Techo y de sus apostadores".

Sino que, la Sala en el fallo de casación indicado, absolvió exclusivamente a los procesados recurrentes, pues con relación a los no recurrentes, el fallo de instancia, debidamente ejecutoriado, hizo tránsito a cosa juzgada, atacable —advierte la Sala— solamente en revisión.

Débese destacar, como lo hace la decisión mayoritaria, que la sentencia dictada en el recurso extraordinario de casación interpuesto por Luis Eduardo Baena y otros, fue absolutoria, ya que los hechos por los cuales fueron condenados, carecían, según la Corte, de la tipicidad jurídica indispensable, configurante del delito de estafa. Su inexistencia jurídico-penal determinó, consecuentemente, la absolución de los procesados recurrentes, con exclusividad.

De las premisas anteriores, paso a deducir las siguientes conclusiones:

1. Si en concepto de la Sala los hechos atribuidos a los procesados Luis Eduardo Baena y sus presuntos cómplices carecen de existencia jurídica, penalmente relevante, la sentencia que se dictó en casación para absolver a los procesados recurrentes, debió amparar, también, por obvias razones, a los procesados no recurrentes.

2. Al advertir la Corte, que la invalidación de la sentencia de segundo grado surtía efectos "únicamente respecto de los procesados que sustentaron el recurso extraordinario que ahora se decide, no obstante el motivo que lo determina", o sea la inexistencia del delito, "pues en relación a los demás procesados el fallo se ejecutorió e hizo tránsito a cosa juzgada, atacable solamente por la vía de revisión", admitió que todos los sindicados por el presunto delito de estafa se encontraban en igualdad de condiciones. No obstante la responsabilidad penal permanece para los no recurrentes. Es decir, que hechos de origen idéntico, materia del proceso penal que culminó con sentencia absolutoria de la Corte, no importa la unidad del proceso, subsisten para los sindicados en cuyo favor se ordena ahora la revisión de la causa, "pues todos ellos fueron condenados por el Tribunal Superior de Bogotá como coautores de la supuesta estafa, por razón de los mismos hechos y con base en las mismas pruebas, y el motivo invocado en la demanda de revisión es común para todos los condenados, todos los cuales están vinculados, en igualdad de condiciones, a la causa cuya revisión habrá de disponerse".

3. Las razones que vienen de transcribirse y que corresponden al apartado VI de la parte motiva del fallo del recurso de revisión que suscita mi disentimiento, son igualmente válidas para extender a los no recurrentes, la absolución otorgada en este proceso, a Luis Eduardo Baena y otros, pues el motivo invocado en la demanda de casación era entonces, como ahora, común a todos los condenados.

4. Consecuentemente con lo dicho en el numeral anterior, cabe afirmar que el fallo de casación pronunciado en este proceso, fue, en estricto sentido, absolutorio. Mas el recurso extraordinario de revisión procede solamente contra las

sentencias de condena (numerales 1º, 2º, 3º, 4º y 5º del artículo 584 del Código de Procedimiento Penal).

5. Curiosamente la revisión ordenada por la Sala Penal, mayoritariamente, deja en vilo, su propio fallo de casación en este proceso, y la plenitud de la cosa juzgada. Pues dicho fallo es el hecho nuevo invocado por el recurrente para pedir la revisión de su causa, oponiéndolo como verdad material a la verdad procesal declarada en la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, casada por la Corte.

Vale decir que el recurrente en revisión es consciente de que las sentencias dictadas en dos momentos del proceso por Tribunales de rango y jerarquía diferentes, no puedan coexistir, las dos, con pretensiones idénticas, reclamando, cada una, en su caso, la autoridad de la cosa juzgada, como si hubiesen sido dictadas en procesos diversos.

6º El fallo por medio del cual la Corte ordena la revisión de la causa, no obliga —tampoco en el caso concreto que examine— a resolver el proceso en la forma absolutoria que lo fue por la Corte. No importa si el hecho nuevo invocado por el recurrente en revisión ha sido, justamente, ese fallo absolutorio, en su conjunto, sin excluir su motivación, pues en ella encuentra la sentencia su razón de ser, significación y alcance.

7º Que yo sepa, la jurisprudencia nacional no registra un caso similar que pudiera ser invocado como antecedente del que ahora resuelve la Corte. Es la sentencia que pronunció en casación, lo que, en última instancia, confía a la revisión de un funcionario que le está sometido jerárquicamente, pero que se obliga solamente a revisar el fallo pronunciado por el Tribunal Superior de Bogotá de acuerdo o no con lo resuelto por la Corte.

Pudiera ocurrir que el funcionario competente, dicte en juicio de revisión sentencia condenatoria, sin exceder la sanción impuesta por el Tribunal de instancia, pero en desacuerdo con la sentencia de casación, de cuyos efectos favorables fueron excluidos quienes ahora esperan acceder a ellos al través de los resultados, inciertos todavía, del "nuevo juicio revisado".

8º Estoy de acuerdo con la mayoría de la Sala en cuanto afirma que el hecho nuevo está constituido, sin limitación, por todo elemento de valoración no debatido en el juicio. Difiero de la mayoría de la Sala exclusivamente en cuanto dicha afirmación comporta aceptar que ese hecho nuevo, esa prueba no discutida, pudieran eventualmente estar constituidos por uno de los factores objetivos configurantes del delito investigado.

El daño de otro, en el caso específico que controvierto, no solamente no estuvo ausente de los debates en las instancias, sino que, por haber sido su materia sustancial, estuvo siempre en mente de los jueces cuyas conclusiones opuestas reconocieron como desideratum la ocurrencia o no del "perjuicio de otro". Pues al tiempo que los de primera instancia, los dos, pronunciaron autos favorables a los sindicados, porque no encontraron demostrado plenamente el "perjuicio de otro", el Tribunal Superior de Bogotá dictó sentencia condenatoria afirmando que sí se daba, plenamente configurado, el delito de estafa, "en perjuicio del Hipódromo de Techo y de sus apostadores".

9º Ese mismo elemento objetivo, indispensable a la configuración del delito de estafa, fue lo discutido en el recurso extraordinario que resolvió la Corte cuando casó la sentencia originaria del Tribunal Superior de Bogotá, y constituye el hecho nuevo, invocado por los recurrentes en revisión, justamente, porque la Corte no encontró probado el delito de estafa, al que faltaba "el perjuicio de otro", como elemento configurante, e impedía, consecuencialmente, integrar jurídicamente aquella infracción.

10. Por el camino de las hipótesis pudiera eventualmente suceder que el nuevo juicio corriere o no la misma suerte del anterior. O que la Corte, en su caso, llegada la hora, concluyera que la revisión no es posible "por motivos que, de comprobarse, excluirían la responsabilidad penal del condenado, exclusivamente por causas subjetivas o en otra forma distintas de la demostrada inexistencia del hecho o por ser extraño al mismo, el condenado, o distintas de la total falta de pruebas de que exista el hecho o de que el imputado lo hubiera cometido". Y que "no es admisible, por tanto, la revisión para demostrar la falta de un requisito objetivo del delito". (Manzini. Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo V, Ediciones Jurídicas Europa - América).

Tal es el caso que contempla mi salvamento de voto, pues el motivo invocado para sustentar el recurso de revisión es fundamentalmente el mismo que sirvió para sustentar el recurso extraordinario de casación.

La sola posibilidad de que la Corte conozca, en un mismo proceso, al través de recursos extraordinarios diferentes, concluyendo en el de revisión en forma contraria a como lo hiciera en casación, justifica plenamente glosar la de-

cisión de mayoría, que, por lo demás, aporta a la jurisprudencia nacional aspectos doctrinarios a tono con los avances contemporáneos de la ciencia, tales como la superación de la disyuntiva entre hechos y pruebas no debatidos en el juicio, pues uno y otras son lo mismo a los efectos del recurso de revisión, e importa solamente que el hecho nuevo o la prueba nueva impliquen elementos de valoración ignorados o no discutidos en el juicio. Innovadora también al extender el beneficio de la solución favorable a los procesados no recurrentes, cuando el motivo invocado vincula por igual, en identidad de causas y efectos, a la totalidad de los condenados.

Solo que, en el presente caso, hubiera bastado dar aplicación por analogía —in bonam partem— al artículo 7º del Código de Procedimiento Penal, ordenando la Corte, de oficio, que la absolución impartida a los recurrentes en casación se hiciera extensiva a los procesados no recurrentes, vinculados por idénticos motivos, en igualdad de circunstancias, en la comisión de unos hechos ciertos, presuntamente delictivos, pero irrelevantes, pues la Sala encontró que la conducta de los sindicados no era típica de la ley penal, ni culpable, ni antijurídica.

Fecha ut supra.

José María Velasco Guerrero.

NULIDAD

(Por incompetencia del Juez).—Cuando la audiencia pública deba realizarse ante Juez plural, y concurra a ella únicamente el Magistrado sustanciador, se está en presencia de la causal de nulidad contemplada en el ordinal 1º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, veintiséis de mayo de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Julio Roncallo Acosta).

Aprobado: Acta número 18 de 26 de mayo de 1972.

Vistos.

En sentencia del ocho de octubre de mil novecientos setenta y uno el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira absolvió al doctor Gonzalo Granada Gómez respecto del cargo de abuso de autoridad que, en su calidad de Juez del Circuito de Belén de Umbría, se le formuló en este proceso, fallo que se produjo con el voto disidente del Magistrado Gabriel Calle E., quien estimó que no habiéndose celebrado la audiencia pública con la concurrencia de todos los Magistrados que integran la respectiva Sala de Decisión, "ese acto procesal es inexistente por inobservancia de las formalidades propias, lo cual lleva a la presencia de la causal 4ª del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal".

Consultada la decisión absolutoria con la Corte, se le imprimió al asunto el trámite de rigor legal. Dentro de éste, la Procuraduría Primera Delegada conceptúa que se debe declarar la nulidad de lo actuado a partir del auto de fecha 29 de julio último (Fl. 70), mediante el cual se señaló fecha y hora para celebrar la audiencia, a fin de que se retrotraiga el procedimiento y se subsane la irregularidad anotada, que constituye, en su sentir, violación del principio que rige la legalidad de los procesos penales, consagrada en el artículo 26 de la Constitución Nacional.

A tal conclusión llega el Procurador después de exponer juiciosas razones sobre la materia y de observar "la conducta asaz negligente del Fiscal del Tribunal de instancia quien, con olvido total de sus obligaciones como Agente del Ministerio Público (Art. 477, C. P. P.), no intervino o no quiso intervenir en forma alguna dentro de este proceso a no ser las simples notificaciones que firmó".

La Corte considera.

a) El presente proceso se abrió para esclarecer la conducta del doctor Gonzalo Granada Gómez, quien el 23 de enero de 1970, siendo Juez del Circuito de Belén de Umbría, pronunció un discurso de carácter político en la plaza pública de esa ciudad, con motivo de la visita que hacían a la misma los doctores Misael Pastrana Borrero, Julio César Turbay Ayala y otras personas.

b) Perfeccionada la investigación, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira calificó el mérito del sumario llamando al doctor Gonzalo Granada Gómez a responder en juicio por tales hechos, entendidos como estructurantes del delito de abuso de autoridad, que define y sanciona el Capítulo VI, Título III, Libro Segundo del Código Penal.

c) A la audiencia pública, celebrada el 13 de agosto último, solo asistieron el Magistrado Sustanciador, el Juez acusado, su defensor y el Secretario de la Sala, según claramente se desprende del acta respectiva, visible de folios 71 a 73 vto.

d) Conforme al artículo 30 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al presente caso

en virtud del precepto contenido en el artículo 8º del Código de Procedimiento Penal, "las audiencias que se celebren en la Corte y los Tribunales serán presididas por el ponente, y a ellas deberán concurrir todos los Magistrados que integran la Sala".

e) La audiencia pública, con o sin intervención del Jurado, constituye un acto con significado trascendente en el proceso, porque allí se debaten todos los temas fundamentales referentes a los hechos materia del juicio y a la responsabilidad del procesado. Tal es la razón lógica y jurídica sobre la cual se apoya el mandato de que a las audiencias que se realicen en la Corte y los Tribunales concurran todos los miembros de la Sala respectiva. Sobre todo cuando aquel debate, al reflejar una síntesis de todas las cuestiones capitales ventiladas en la causa, contribuirá a ilustrar el criterio del Juez, singular o colegiado, en torno a la relación jurídico-procesal que habrá de definir en la sentencia.

f) De todo lo anterior se desprende, con absoluta claridad, que el Magistrado sustanciador carecía de competencia para celebrar, por sí solo, la audiencia pública en este proceso, facultad que corresponde, cuando se trata de la Corte y de los Tribunales, como se ha visto, al Juez plural, vale decir, a la Sala respectiva, presidida por el ponente. Lo anterior significa que se está aquí en presencia de la causal de nulidad contemplada por el artículo 210 del Código de Procedimiento Penal (Ord. 1º). Consecuentemente habrá de hacerse la declaración pertinente, partiendo de la providencia señalada por el Procurador en su concepto.

En virtud de las razones que preceden, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *declara la nulidad* de lo actuado en este proceso a partir del auto de fecha 29 de julio de 1971, inclusive (Fl. 70), mediante el cual se fijó fecha para la celebración de la audiencia pública, a fin de que se proceda en la forma indicada en la parte motiva de la presente providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Enrique Romero Soto, Humberto Barrera Domínguez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Julio Roncallo Acosta, Mario Alario Di Filippo, Alvaro Luna Gómez, Luis Carlos Pérez, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

RESTITUCION DE TERMINOS

Esta restitución fue mantenida por el nuevo estatuto de procedimiento civil, mediante la nulidad de lo actuado: "Después de ocurrida cualquiera de las causales legales de interrupción o suspensión y antes de la oportunidad para reanudarlo". (Ord. 5º del Art. 152).

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, mayo treinta de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado ponente: Humberto Barrera Domínguez).

Acta número 18 de 1972.

Vistos.

Por haber transcurrido el término legal, sin que hubiera sido presentada la correspondiente demanda, la Corte, mediante proveído de veintiséis de abril último, declaró desierto el recurso de casación interpuesto por el procesado Alberto Reinosa Torres contra la sentencia del Tribunal Superior Militar, fechada el 1º de septiembre de 1971, por la cual le impuso la pena principal de veinticuatro años de presidio, como responsable del delito de homicidio.

El doctor Gregorio Duarte Jiménez, en las instancias, apoderó al nombrado Reinosa Torres, habiendo sido éste último quien interpuso el referido recurso de casación, quien recibió la notificación personal sobre la admisibilidad del recurso y la determinación del término dentro del cual debía ser presentada la demanda pertinente.

El proceso llegó a la Corte el 18 de enero del corriente año. Entre tanto y desde "los últimos días de diciembre de 1971..." y hasta el dos de mayo, el doctor Duarte Jiménez estuvo gravemente enfermo, habiendo sido sometido a una "intervención quirúrgica compleja", lo cual determinó "una absoluta incapacidad para trabajos de toda índole hasta..." la fecha últimamente citada, según certificación de los médicos Andrés Roselli Quijano y Emel Barbudo Pacheco, facultativos al servicio del Hospital Militar Central, y de acuerdo con el "resumen historia clínica de consulta externa", que obra a los folios 12 a 16 del cuaderno de la Corte.

Apoyado en los anteriores hechos y en las normas contenidas en los artículos 152 (ordinal 5º) y 168 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 8º del Decreto 409 de 1971, a más de anotar que hace su pedimento dentro del término de que trata el último inciso del artículo 155 de la obra primeramente citada, solicita que se declare "la nulidad del auto..." de la Corte... "de fecha 25 de abril de 1972, por el cual se declaró desierto el recurso de casación" en este caso, a fin de que se le conceda la oportunidad de presentar la demanda correspondiente dentro del término previsto en la ley.

Considera la Corte.

El Código de Procedimiento Civil derogado (Ley 105 de 1931) reglamentaba la restitución de términos en su artículo 372, norma ésta aplicable al procedimiento penal, pues el Código sobre esta materia (que también dejó de regir) nada disponía sobre el particular.

Prescindió el nuevo Código de Procedimiento Civil de la restitución de términos, y, asimismo, la ley de procedimiento penal ahora vigente nada señala al respecto.

La institución, no obstante, fue mantenida por el nuevo estatuto de procedimiento civil, mediante la nulidad de lo actuado "después de ocurrida cualquiera de las causas legales de interrupción o suspensión y antes de la oportunidad para reanudarlo" (Ord. 5º del Art. 152), siendo una de tales causales de interrupción la "muerte o enfermedad grave del apoderado judicial de alguna de las partes..." (numeral 2 del Art. 168).

Y la causal de nulidad alegada por el doctor Duarte Jiménez está comprobada y su pedimento llegó a la Corte dentro del término que señala el

último inciso del artículo 155 del Código citado.

De otra parte, son aplicables al proceso penal las disposiciones del Código de Procedimiento Civil (según el artículo 8º), "en cuanto no se opongan a lo establecido en el presente Código..." (el procesal penal)... "o en leyes especiales...".

Por último, aclara la Corte que el doctor Duarte Jiménez tiene personería para interponer recursos y efectivamente propuso el de casación, como también lo hizo el procesado Reinosa Torres, circunstancia de la cual no se hizo mención en el proveído que declaró admisible dicho recurso.

Es el caso, pues, de acceder a lo pedido.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *declara* nulo lo actuado a partir del veintinueve de febrero del corriente año, cuando empezó a correr el traslado para la presentación de la demanda de casación. En consecuencia, el término de treinta días para tal fin empieza a correr a partir de la ejecutoria de este auto.

Cópiese y notifíquese.

Luis Enrique Romero Soto, Humberto Barrera Domínguez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Julio Roncallo Acosta, Mario Alario Di Filippo, Alvaro Luna Gómez, Luis Carlos Pérez, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

ESTADO DE IRA

Requisitos que debe reunir la atenuante por ira, provocada a que se refiere el artículo 28 del Código Penal.—La ley penal colombiana no impide favorecer con lo estatuido en el artículo 28 del Código Penal, a quien reacciona con ira por errónea suposición del hecho ajeno, de su naturaleza provocadora o de su injusticia, o de todos estos factores unidos, pero es preciso que el supuestamente provocado haya procedido con explicable error en la interpretación de la realidad.—Elementos estructurales de la falsedad por destrucción.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, junio ocho de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Carlos Pérez).

Aprobado: Acta número 20 de 8 de junio de 1972.

Vistos.

En fallo del 20 de agosto de 1971, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín condenó a Mariela Restrepo de Siegert a la pena principal de dos años de presidio como responsable de falsedad en documentos públicos, dando aplicación al artículo 233 del Código Penal, relacionado con el numeral 9º del artículo 231 de la misma obra.

La sentencia reformó, como se indica, la que dictara el Juez Octavo Superior del Distrito con fecha 9 de junio de 1971, en la cual impuso a la procesada dos años y diez días de presidio, pero confirmó las demás disposiciones, a saber: interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas y publicación especial de la condena, además de la orden de pagar los perjuicios causados.

El defensor de la procesada interpuso casación contra el fallo de segundo grado, recurso que debe decidirse ahora, agotado como está el procedimiento para ello.

Los hechos procesales.

Kalil Choucair, vecino de Medellín, viéndose en mala situación de negocios, obtuvo de Mariela Restrepo de Siegert la suma de treinta mil pesos en calidad de mutuo comercial, dinero que la señora de Siegert consiguió con otra persona. En garantía, el deudor entregó algunos documentos, entre ellos unos cheques que fueron rechazados por los bancos girados, en vista de lo cual se inició la ejecución hasta que Justo Manuel Jaramillo y Roberto Dávila se subrogaron en la obligación y, a su vez vendieron a la señora de Siegert unos derechos sobre terrenos ubicados en Santa Fe de Antioquia. De ello da cuenta la escritura número 2124, de 15 de julio de 1968, autorizada por el Notario Primero del Circuito de Medellín. El precio de la venta fue la suma de cincuenta mil pesos, de los cuales recibieron los vendedores Dávila Mejía y Jaramillo Giraldo quince mil pesos, quedando a deber treinta y cinco mil pesos cuyo pago aseguraba la compradora con hipoteca constituida sobre los bienes adquiridos, habiendo convenido el plazo de un año para la satisfacción completa de la deuda.

La mitad del crédito hipotecario fue cedida por uno de los vendedores, Roberto Dávila Mejía, a Salvador Ospina Vásquez quien a su turno la traspasó a Margarita de Soto. Esta inició la acción para el recaudo ante el Juez Noveno Civil del Circuito de Medellín, funcionario que ordenó el secuestro de algunos bienes muebles de la deudora y comisionó para practicarlo al Inspector Primero Civil Municipal de la ciudad.

Cuando éste cumplía la comisión, el 28 de julio de 1970, en asocio de su secretario, de la secuestre Gloria Palacio Maya y del abogado José J. Pineda, representantes judicial de la actora Margarita de Soto, en el edificio "Residencias La Unión", donde habitaba la deudora, y en momentos en que el secretario asentaba la

diligencia, la señora Siegert de Restrepo se apoderó del expediente, lo dividió en dos partes, y sin que lo impidieran las advertencias del Inspector, se lo llevó hasta su apartamento, donde se encerró para impedir el acceso de los empleados que insistentemente reclamaban la devolución de las actuaciones. Posteriormente y mediante la intervención de un hijo de la sindicada, se logró entregar a los funcionarios de policía, ya no el expediente dividido en dos, sino fragmentos que hicieron imposible la reconstrucción de los documentos y de las diligencias contenidas en él.

La investigación fue calificada con auto de proceder el 7 de diciembre de 1970, confirmado por el Tribunal el 23 de febrero de 1971. En él se atribuyó un delito de falsedad y sobre esa base, no modificada en el plenario, se dictó el fallo que es materia del presente recurso.

La demanda de casación.

El apoderado especialmente constituido por la procesada para sustentar el recurso invoca contra el fallo la causal primera de casación de que trata el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal porque a su juicio se infringió directamente la ley por aplicación indebida de la misma. Además, hubo "apreciación errónea de pruebas que condujeron a la violación de la ley" y aclara: "El motivo de casación invocado alude a la totalidad de la causal, porque de una parte se dio indebida aplicación a la norma con base en la cual se condenó; subsidiariamente en caso de no haberse incurrido en aplicación indebida se infringieron normas del Código Penal que debieron ser aplicadas y no se aplicaron; y por último, para ello se hizo caso omiso de pruebas por cuya falta de apreciación se condujo a una condenación contraria a derecho".

Fundado en la "totalidad de la causal" primera formula al fallo tres cargos, que enuncia y explica así:

Primero. "Se hizo indebida aplicación del artículo 233 del Código Penal al referirlo al 231 del mismo Código, dado que en el artículo 233 no se contempla expresamente el hecho imputado a la señora Mariela Restrepo de Siegert. De esta manera se violó el artículo 1º del Código Penal".

Ensaya demostrar el cargo diciendo que el artículo 233 del Código Penal describe un tipo subordinado al 231, extendiendo éste a quien cometa "alguna de las falsedades" enumeradas en él, referencia expresa "que excluye la acción descrita en el numeral 9º del artículo 231, porque tal acción no es de falsedad sino de daño... En ninguna parte del artículo 231 se indica, ni podía indicarse, que todos los actos descritos correspondan a falsedades. Precisamente el acto del numeral 9º no es de falsedad, sino de daño. Su incorporación al texto del artículo 231 fue una ocurrencia del legislador colombiano, pero no por éllo debe entenderse que se convirtió en falsedad lo que naturalísticamente no lo es. De esta manera al tipificar el artículo 233, subsidiariamente, con referencia a otros sujetos, únicamente se extiende a los actos propios de falsedad pero no al acto del numeral 9º del artículo 231, porque tal acto no es de falsedad. Para que la referencia hubiese sido plena y la subordinación completa, tendría que haber dicho el artículo 233 'cometa alguno de los hechos o de las acciones enumeradas en el artículo 231' ".

Examina el libelo el artículo 302 del Código Penal Español, de donde se tomó el texto colombiano, pero con la añadidura del numeral 9º, que en la ley peninsular forma un tipo autónomo (artículo 364), y agrega que fue errónea esa posición, pues en el estatuto patrón figura descrito por aparte, como acción de daño y no de falsedad. En estas condiciones "la referencia del 233 debió hacerse de manera genérica y no concreta a falsedad. Así la acción del numeral 9º del artículo 231 quedó excluida del artículo 233 y no podía aplicarse a doña Mariela Restrepo de Siegert". Si ésta fuera autora de un delito, no podría ser sino del que describe el artículo 426 de nuestro estatuto represor "norma que debió serle aplicada si se consideraba demostrada la autoría de la acción imputada y la culpabilidad de la misma".

Segundo. Está enunciado así: "En el supuesto de que la acción imputada a doña Mariela Restrepo de Siegert fuese objetivamente subsumida por el artículo 233 del Código Penal, o en su defecto, de prosperar el primer cargo por el artículo 426 del Código Penal hay ausencia de culpabilidad. Se incurrió al aplicar el 233 en indebida aplicación de la ley, por desconocimiento de los términos del artículo 23 del Código Penal, dado que en la acción imputada a doña Mariela concurre causa excluyente de la culpabilidad, que elimina la responsabilidad".

Este segundo cargo aparece desarrollado en el libelo como se sintetiza en seguida:

a) El juicio de valor sobre la conducta de supresión, destrucción y ocultamiento debe hacerse en función del móvil, pero la sentencia recurrida no lo hizo, de donde concluyó reconociendo la concurrencia de dolo o voluntad consciente dirigida a la producción del resultado antijurídico. Por el contrario, en la conducta de la procesada hay total ausencia de este ele

mento subjetivo porque "obró creyendo que con su acto evitaría la comisión de una injusticia". El fallo del Tribunal desconoció que la procesada se había sentido estafada con el contrato de compraventa y aseguro que celebró con Roberto Dávila y Justo Manuel Jaramillo y que debido a éllo se alteró su ánimo hasta sobrevenir la "reacción contra el atropello de que estaba siendo víctima, primero por el hecho de haber resultado firmando una escritura distinta de la cual había asentido, y después por el hecho de verse embargada como consecuencia de una obligación que ella nunca tuvo la intención de contraer". Fue así como obró en la creencia de que era lícita la destrucción de los documentos.

b) Explicando mejor la situación material que produjo esa alteración anímica, el recurrente hace esta historia:

"El señor Khalil Choucer le debía a la señora Mariela una suma de dinero; como estaba en insolvencia, y había sido denunciado penalmente, ofreció dar en pago unas tierras; la señora Mariela aceptó y concurrió a la Notaría a firmar la escritura. Tiene conciencia de haber firmado una escritura de compra o dación en pago. Luego resultó por razón de maniobras de terceros que lo que había firmado era una escritura de compra y se había obligado hipotecariamente. De ahí nace todo el núcleo de la motivación psicológica. A partir de este momento doña Mariela se siente estafada, lesionada y los actos que realiza están gobernados por la intención de defenderse, de protegerse, no de violar o quebrantar el derecho. Al contrario de lo que se piensa obró creyendo que obraba con derecho y por justicia. Esas dos declaraciones deben leerse de modo completo e interpretarse en su texto íntegro para comprender cuál fue el móvil de la acción. Móvil de justicia o de defensa, o de protección. Es probable que pueda calificarse de errónea la conducta, de contraria objetivamente al orden jurídico, pero no subjetivamente. La sentencia es, pues, violatoria de la ley, por falta de apreciación de pruebas esenciales al examen de la culpabilidad".

c) La procesada apreció la realidad jurídica de modo erróneo, pero de buena fe, pues era víctima de maniobras contra su patrimonio y su integridad moral, de donde nació su tendencia "a considerar que toda acción que ella realizara en contra de la maniobra, era justa. El error esencial consiste en haber creído que debía defenderse como pudiere". El actor agrega: "Invoco de manera expresa el contenido de la declaración injurada en diligencia de careo, visible en los folios 174, 175 y 176, como referencia directa a la falta de apreciación de prueba en correlación con la carta visible al folio 119, que integran una típica confesión calificada, que debe tomarse íntegramente". Esta prueba configura una causa excluyente de la culpabilidad.

d) Pregunta el libelo: "Pero volviendo sobre el hondo contenido psicológico de la acción, no nos hallamos acaso también, como derivado del error esencial, ante la *no exigibilidad de otra conducta?*".

La procesada, como surge de su confesión, "hace palpable la ausencia de un asentimiento dirigido a cometer falsedad, evidente su errónea manera de defenderse, y aceptable que en función del contexto no pueda humanamente hablado exigírsele otra conducta. Errónea por cuanto hace a su apreciación del modo, pero muy humana".

Tercero. Enuncia así el tercer cargo: "Si la acción imputada se considera incluida dentro del artículo 233 del Código Penal, o en sustitución de éste en el 426, y en cualquiera de los dos casos no exenta de culpabilidad, la sentencia viola la ley al no darle aplicación a la atenuante genérica contenida en el artículo 28 del Código Penal".

El fallo condenatorio desconoce la prueba según la cual la procesada se encontraba visiblemente alterada y confundida y fue así como rechazó la atenuante descrita en el artículo 28 del estatuto represor. "En la carta visible al folio 119 se destaca de manera clara e ingenua la situación anímica y la motivación psicológica: la ira, el intenso dolor", estados plenamente comprobados en los autos y que tuvieron su origen en la persecución judicial de que era víctima. Pero es particularmente importante la versión de la procesada cuando explica que la ira la cegó y no se acuerda de nada sino solamente de la presencia de quien había organizado la persecución, es decir, de Margarita Teleche en la diligencia de secuestro.

Concluye el actor pidiendo se case la sentencia y en su lugar se dicte una absolutoria; pero que en el caso de que no se admita la excluyente de la culpabilidad se reconozca la atenuante del artículo 28 del Código Penal.

Concepto del Ministerio Público.

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal, encargado, se opone a las pretensiones del libelo y, después de amplio examen del mismo, concluye que no debe invalidarse el fallo recurrido. Razona así su oposición:

1. Es verdad que la ley colombiana se inspiró en la española para configurar la falsedad do-

cumentaria y que el artículo 302 del estatuto extranjero "no contempla el numeral 9º del nuestro pero que tampoco corresponde al 364 de esa legislación, como sostiene el actor, ya que esta última norma se refiere a otra situación jurídica". También es verdad que aunque la acción a que se refiere el numeral 9º del artículo 231 figure en otro texto de la ley española, no es menos cierto que la nuestra la califica como verdadera y pura falsedad. Así lo ha reconocido varias veces la jurisprudencia de la Corte.

2. La referencia al artículo 426 de nuestro Código "es impertinente porque esta disposición establece que constituye delito de daño en cosa ajena la destrucción, inutilización, desaparecimiento, o cualquiera otra conducta que dañe muebles o inmuebles, o semovientes, *siempre que el hecho no constituya otro delito de mayor gravedad.* Y como este es el caso del artículo 233 del Código Penal, tampoco asiste la razón al distinguido recurrente porque, de todas maneras, debe aplicarse esta norma o aquélla".

3. "No encuentra este despacho acertado afirmar que el fallador de segunda instancia hubiese hecho caso omiso del análisis del móvil, el estado de ánimo de la procesada y de todos los elementos de la infracción por que se le condenó. El Tribunal, antes de abordar el examen de la decisión, hizo claro análisis de los acontecimientos, antecedentes y concomitantes de la acción delictiva, ocupándose de lo acontecido en relación con la escritura pública número 2124 y la acción instaurada por Margarita de Soto". El fallo estudia los elementos objetivos y subjetivos de la infracción y refuta la apreciación de que la acusada creyó que obraba con derecho y con justicia, de donde resulta improcedente el cargo.

4. Además, la impugnación es vaga e imprecisa, "pues si bien inicialmente se dijo que la sentencia es violatoria de la ley, por falta de apreciación de pruebas esenciales, lo que hace pensar que se trata de una violación indirecta de la ley, y en tal sentido se enderezó la argumentación, al tratarse más adelante el fenómeno de la culpabilidad, parece encaminarse el cargo a la demostración de que se dejó de aplicar el artículo 23 del Código Penal, lo que implicaría una violación directa de la ley sustancial, involucrándose en un cargo dos situaciones antagónicas, pues no puede alegarse respecto de la misma situación jurídica la violación directa y la indirecta".

5. No es clara la impugnación referida a la falta de aplicación del artículo 28 del Código Penal, pues no "se expresó si la violación de la ley se presentó por la vía directa o la indirecta". Tampoco se señaló ninguna prueba mal apreciada, citándose apenas "la carta visible al folio 119", pero para concluir en la demostración de la ira y el intenso dolor se afirma que este estado debe extraerse de "todo el contexto probatorio". Además, "el recurrente no dice por qué existió errónea apreciación de las pruebas, lo que constituiría un error de derecho, o cuáles fueron desconocidas por el juzgador, lo que llevaría a un error de hecho".

6. En la atenuante por provocación es necesario que la ira o el dolor intenso sean efectos de aquélla. No existiendo la estrecha relación entre la causa y el efecto, no es posible admitir la aminorante. "En el caso de autos ni el funcionario judicial que cumplía su deber, ni la demandante Margarita de Soto, tenían nada que ver con la pretendida causa que se invoca".

7. Pero, por sobre todas las otras consideraciones, "se trata aquí de presentar un replanteamiento valorativo de elementos de juicio que fueron considerados en las instancias, en contra de la autonomía conceptual de que gozan los jueces para la apreciación de éllos".

Se considera.

La Corte examinará cada uno de los tres cargos en el orden en que han sido planteados, así:

El primero. *Aunque desde un punto de vista naturalístico, como observa el recurrente, el hecho de destruir un documento es conducta que podría calificarse como ajena al tipo de falso escriturario, la dogmática jurídica nacional sí la ha encuadrado precisamente entre las falsedades punibles, y así aparece en el numeral 9º del artículo 231, que responsabiliza al que "destruya, suprima u oculte un documento público", tipo básico cuyas acciones se extienden, con cambio de sujeto, a los artículos 233 y 240 del estatuto represor, y así lo han reconocido insistentemente la doctrina y la jurisprudencia con la denominación de "falsedades impropias".*

Tengan la advocación de propias o impropias, las descripciones del artículo 231 constituyen verdaderas falsedades, atentatorias de la legitimidad de la prueba mediante documentos, o de la fe pública, como quiera mencionarse el bien jurídico protegido en el Título. Y se atribuyen delictivamente siempre que la acción reúna todas las exigencias típicas, concretadas en la mutación o alteración consciente de la verdad en lo principal del escrito, dirigida a causar desviadas

apreciaciones sobre el origen de un derecho o la existencia de una relación jurídica.

En lo que dice concretamente a la falsedad por destrucción, supresión u ocultamiento de un escrito, de que pueden responder los funcionarios públicos o los particulares (Arts. 231, 233 y 240), deben tenerse en cuenta los mismos elementos objetivos y subjetivos de la acción, es decir, que el documento (oficial o privado) se haya querido eliminar o esconder con el fin de que se borre la relación jurídica que en él consta, o de que se haga oscura, o de que se pretenda diferir su cumplimiento. No son punibles, pues, las dilaciones involuntarias, o los extravíos no presididos por ese ánimo, ni las supresiones consecuenciales de actos culposos, como sería la incineración del documento en un incendio o la desaparición en un naufragio, siniestros no provocados por el agente.

Así lo establece la ley colombiana y debido à éllo no hay manera de eludir su imperio, mientras el texto exista, aunque la vinculación del acto al título de falsedad pueda dar origen a críticas o ser motivo de serias reservas. Frente a las normas expresas no puede el intérprete argüir criterios opuestos, o doctrinas diferentes, o inspiraciones más afortunadas. Cuestión aparte sería la que se presentara con ocasión de un texto dudoso o de claridad discutible, pues entonces el juzgador estaría obligado a buscar y encontrar el sentido más acorde con el sistema del Código y el conjunto de garantías establecidas en él.

No es esa la situación que ahora se plantea y por eso la Sala habrá de limitarse a reconocer que la conducta de la procesada fue la descrita en el citado numeral 9º del artículo 231 del Código, en relación con el 233 de la misma obra. Su acción, por consiguiente, no fue de daño conforme al artículo 426, invocado por el recurrente, sino de falsedad supresiva, por haber destruido totalmente no solo un escrito contentivo de obligaciones, sino toda una serie de documentos públicos, como son las actuaciones judiciales y las pruebas aportadas por las partes a ellas.

Observa también la Corte que el planteamiento hecho con base en la causal primera se desplaza lógicamente a demostrar un error en la denominación jurídica de la infracción, pues, a juicio del actor, la procesada cometió la defraudación del artículo 426 y no la falsedad documentaria, circunstancia que hacía obligatoria la invocación de la causal cuarta y su demostración para la prosperidad del recurso. No prospera el cargo.

El segundo. La exclusión de culpabilidad por error esencial de hecho o de derecho de acuerdo con el artículo 23 del Código Penal, invocada en la demanda y debida a la ausencia de dolo en la procesada al destruir los documentos, carece de fundamento en los autos y así es preciso declararlo, contrariando las importantes consideraciones del actor. Dice este que la conducta imputada obedeció a la creencia de que en esa forma evitaría la comisión de una injusticia, y que en tal situación psicológica la procesada estimó lícita la desaparición de los escritos. La historia de la estafa alegada por ella, y que ya había denunciado penalmente con mucha anticipación al día en que se presentó el inspector a practicar el secuestro, podría tomarse como un principio de fundamento para destacar el error, si la misma procesada no se hubiera encargado de destruir tal hipótesis, como lo hizo en múltiples oportunidades así:

a) En la indagatoria que rindió el 5 de septiembre de 1970, treinta y siete días después de consumada la destrucción de los documentos, se contiene una confesión inequívoca de que no pretendía obtener una reparación justiciera mediante el erróneo procedimiento atribuïdo, sino todo lo contrario: tenía plena conciencia de que con ese acto se perjudicaba, y, sin embargo, lo llevó a cabo. Son sus palabras: "Me allanaron totalmente el edificio y en vista de ésto yo me ofusqué y uno de los funcionarios me cogió fuertemente el brazo y me arrojó contra la puerta de uno de los consultorios de los médicos y en el forcejeo rasgamos el expediente en dos pedazos y en vista de que esa señora llamó la policía me asusté y me subí para el apartamento con el expediente, el cual lo puse sobre una silla y una nietecita que tengo de seis años lo rasgó para jugar con él. Entonces mi pensamiento no fue rasgarlo porque esto iba en mi contra, pues yo sabía que estas escrituras eran cambiadas a las que había firmado en la Notaría Primera y me servirían para defenderme ante un juez". (Folio 15 vto).

b) En el acto de la audiencia pública verificado el 10 de mayo de 1971, y al folio 210, vuelve a hacer la historia del despedazamiento y claramente expone: "Entonces la niña sacó una bolsa de papel de debajo de la cama en donde los tenía, yo no quería romperlo en menudos pedazos porque yo era la perjudicada, porque si esa escritura existiera se habría dado cuenta el juez de que la escritura en realidad no es una compraventa ni nada".

c) En la misma diligencia, folio 211 vuelto, expone, al ser preguntada si era verdad que

había roto los escritos en un forcejeo con el personal de la diligencia: "Sí, doctor, porque si éllos tocan el tiembre de mi apartamento yo los habría atendido allá". Luego, al preguntársele qué hizo dentro del apartamento en cuanto subió con los escritos semi-destruidos, dijo: "Arrojé los dos pedazos de la escritura al suelo, cogí el teléfono y llamé a los dos abogados de la firma Credinco".

Bastan estas transcripciones para reconocer que no tiene asidero la posición contraria, esto es, la de que la procesada obraba con absoluta buena fe y que creía con ello obtener la justicia que le habían negado los signatarios de la escritura y la actora dentro del juicio ejecutivo. Confiesa que no sólo no se propuso destruir los documentos sino que se hizo la consideración de que, al hacerlos desaparecer, se perjudicaría ella misma. Cualquier observación sobre la ausencia de culpabilidad por buena fe respecto de los resultados de la acción y de la acción misma, queda eliminada con la expresión de tan lúcidas determinaciones. En tal situación, la culpabilidad es plena, lo que debe reconocerse, aunque, en las diligencias que cita el actor, aparezcan insinuaciones opuestas. Estas insinuaciones carecen del sentido rotundo existente en la confesión libre, espontánea y reiterada de que se ha hecho mérito.

La no exigibilidad de otra conducta, esto es, la imposibilidad en que se encontraba la procesada para dejar de obrar en la forma en que lo hizo, aparece en el libelo como un interrogante y no como planteamiento demostrado con el rigor característico de las impugnaciones en casación. Siendo, como es, la expresión de una inquietud intelectual muy respetable por cierto, es claro que la Sala carece de precisiones para entrar en su estudio. El cargo no prospera.

El Tercero. *La atenuante por ira provocada a que se refiere el artículo 28 del Código Penal (al lado de la atenuante por intenso dolor provocado) se integra con el concurso de estas exigencias:*

a) Una materialidad determinante, que consiste en la provocación de otro, y que puede comunicarse a manera de injuria, calumnia, ataques a los sentimientos, las convicciones, los credos, las aficiones, o como acción destinada a mortificar, lesionar o perturbar; siendo indispensable el que con ella se afecte inequívocamente a alguien, por medios directos o indirectos. Esta excitación indebida es la causa que llena al agente de poderosas motivaciones emocionales, el factor que otorga pleno sentido al instituto, pues la ira, en sí misma, carece de favorecimientos jurídicos.

b) Una cuantificación del incentivo, que debe ser grave, con entidad idónea para herir la dignidad del hombre, o su integridad física, o sus calidades morales o sociales de ciudadanos, sus derechos y atribuciones, o su posición en determinada obra, empresa o servicio.

c) Una cualificación del acto provocador, que debe ser injusto, o sea, contrario a la razón y opuesto al derecho, o que lo excede, no aceptado, requisito éste excluyente de las incitaciones que constituyen de por sí una respuesta. No entra en la atenuante la reacción iracunda delictuosa cuando deriva de factores extraños al hombre, impersonales o transindividualizados, como los efectos del siniestro, de una epidemia o de una reunión tumultuaria.

Tampoco es aplicable el artículo 28 cuando el acto que ocasiona el rechazo irascible es una decisión o gestión de autoridad, adoptada dentro de las formalidades legales; ni cuando la descarga emotiva dañosa se produce contra el que ejerce normalmente una facultad o plantea judicial o administrativamente una pretensión, a nombre propio o ajeno, pues la ley señala el procedimiento válido para oponerse a élla.

Sin embargo, es posible que en el ejercicio del derecho y en la decisión o gestión de autoridad, concurra un fondo de injusticia, promotor de la reacción iracunda, es decir, que los medios instrumentales legítimos aparezcan al servicio de maquinaciones ilícitas como las que configuran la estafa procesal. Sería equivocado excluir la atenuante por modo general en tales o parecidas circunstancias.

El concepto de provocación tiene en rigor el sentido de conducta inadecuada y deliberada para suscitar protestas o inconformidad en una persona determinada, esto es, que en ese acto se ha venido reconociendo tanto la voluntad de producirlo como el ánimo mortificante. De este modo, la provocación debe ser realmente ocurrida y efectivamente injusta. Pero pueden presentarse situaciones en las que, sin proponérselo el agente, afecta a otro que, a su turno, se siente agraviado injustamente y reacciona como si el estímulo se le hubiera dirigido de manera expresa. Trátase de hipótesis en las que sin existir la provocación objetiva, pueden generar estados de ira con virtualidad jurídica atenuante. Son casos en que lo putativo equivale a lo real, es decir, en que lo pensado o supuesto se valora como si hubiera ocurrido. Y si aquel juicio equivocado es base de la defensa putativa inculpable por error de hecho, según el artículo 23 del

Código Penal, también puede serlo de la atenuante descrita en el artículo 28. Nuestra ley no impide favorecer con este instituto a quien reacciona con ira por errónea suposición del hecho ajeno, de su naturaleza provocadora o de su injusticia, o de todos estos factores unidos. Con todo, es preciso que el supuestamente provocado haya procedido con explicable error en la interpretación de la realidad.

Desde el punto de vista doctrinario esta posición jurídica, que amplía el elemento básico de la atenuante, encuentra respaldo, entre otros, en Carrara, quien situó la provocación no dirigida en el campo de las razonables apreciaciones del acusado, así: "Es constante el principio de que al hombre no se le pueden poner a cargo los errores del intelecto, si no es (en los casos congruentes) en razón de culpa. Pero cuando el error ha inducido al hombre a la conciencia de no delinquir o de delinquir menos, su dolo se debe juzgar según el estado de su intelecto y no según la verdad de las cosas, ignorada u olvidada por él en el momento de la acción. Esto lleva a la regla de que, tanto en la coacción como en la provocación y en el justo dolor, no debe buscarse la justicia de la ira o del temor en la verdad de los casos cual se ha revelado a la fría investigación del Juez, sino a la razonable opinión *del acusado. Si (a modo de ejemplo) alguno apaleó a un hombre que encontró de noche en su casa, porque lo creyó un amante de su mujer, siendo que era el amante de la sirvienta,* in rei veritate, *su dolor y su enojo fueron injustos. Pero, sin embargo, sería injusto negarle la excusa cuando él tuvo causa razonable para engañarse en su falsa credulidad".* (Programa del Curso de Derecho Criminal, *número 331).*

La restricción de la atenuante del artículo 28 sólo a los casos de provocación real tiene su origen en los intérpretes del Código Penal Italiano de 1930, que rechazan expresamente el aspecto putativo o erróneo de la misma, y lo hacen en virtud de lo dispuesto en el inciso 1º del artículo 59 de dicho cuerpo legal, que dispone: "Si el agente considera por error que existen circunstancias agravantes o atenuantes, éstas no son valoradas contra o a favor de él". Pero, mientras existió el Código de 1890 en Italia, la jurisprudencia de la Corte Suprema de ese país admitió permanentemente la provocación putativa cuando la reacción del provocado no era culposa ni estaba fundada en apreciaciones irrazonables.

La jurisprudencia colombiana sobre el artículo 28 ha tratado muchas veces la provocación objetiva o real, que consiste, según ella, en "irritar o estimular a alguien con palabras u obras para que se enoje", pero no se había pronunciado aún, como lo hace ahora, respecto de la provocación subjetiva, que, como está expuesto, no debe dejar de reconocerse ya que las normas rectoras de la culpabilidad no solo no lo impiden sino que permiten aceptarla.

d) El último de los elementos integrantes de la causal de atenuación genérica que se examina, es la consecuencia subjetiva, o sea, la ira determinada por la provocación y que puede ser instantánea o durable ("estado de ira". Dice el texto), pero que no debe confundirse con cualquier desagrado. La ira es una emoción violenta, que perturba el control racional, sin eliminarlo completamente súbita, y que de ordinario se traduce en modificaciones musculares particularmente en la expresión fisionómica, cuyo efecto es el paso al ímpetu ofensivo o destructor. Por lo mismo, no puede ser graduada, es decir, que no existen estados mínimos, medios o máximos de ira, cuestión que la norma exige sólo para el estado de dolor, caracterizado por su intensidad.

El fallo recurrido no reconoció la atenuante y, en consecuencia, dejó de aplicar el artículo 28 del Código Penal, con razones que no han sido desvirtuadas. Aunque admite la emoción de la ira, rechaza la injusticia de la provocación, y aún la provocación misma, que según el juzgador, no podía provenir ni del funcionario encargado de cumplir la comisión para el secuestro ni de la cesionaria de la hipoteca, Margarita de Soto, puesto que ejercitaba una acción legítima. Tampoco podía derivar de los auxiliares de la justicia.

No se ocupa la sentencia de la causa subjetiva de atenuación en la forma en que es estudiada ahora por la Corte. Pero, aunque se admita en tesis general la equivalencia de lo putativo con lo real en orden a la situación que se estudia, la procesada no puede acogerse a élla, ni hay mérito para declararlo, porque de ninguna manera aparece el acto exterior que pudiera haber sido la fuente del error, ya que ni el personal de la diligencia de secuestro ni quienes concurrieron a élla tuvieron o expresaron gestos o palabras de las cuales pudiera desprenderse la falsa suposición de la ofensa. Hay datos sobre la inconformidad de la procesada por la estafa de que se creía víctima, pero es ella misma la que se encarga de demostrar mediante su confesión que, aún bajo el estado de ira, entendió que la supresión de los documentos no se cumplió como reacción de la provocación injusta, realmente ocurrida o erróneamente ideada por élla. La ira, desatada contra el expediente contentivo de la actuación judicial, careció de causa objetiva y

subjetiva y de ahí el que escape a la disposición que describe la atenuante.

Por lo demás, el libelo contiene esta aseveración que encierra aluciones simultáneas a la violación directa (por indebida aplicación del artículo 28 del Código Penal) y a la violación indirecta por "desconocimiento de la prueba" sobre el estado de ánimo en que se encontraba la procesada:

"Al desconocer los hechos plenamente probados, el Tribunal hizo caso omiso del artículo 28 del Código Penal, haciendo una aplicación indebida de la ley, por falta de las reducciones de la penalidad que consagra el citado artículo 28".

Si los hechos "plenamente probados" tendientes a la admisión del estado de ira, fueron desconocidos en el fallo condenatorio, es claro que se trataría de una infracción indirecta de la norma por equivocada apreciación de la prueba. Y en ese caso habría que indicar cuáles fueron los medios probatorios valorados indebidamente, de una parte, y de otra, que tales medios produjeron error de derecho o errores de hecho ostensibles en los autos. El libelo no puntualiza ninguna de las dos exigencias.

Finalmente, si "el Tribunal hizo caso omiso del artículo 28 del Código Penal", existiría una violación directa cuya demostración escapa igualmente al libelo. No prospera el cargo.

Decisión:

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *desecha* el recurso de casación interpuesto por el defensor de la procesada Mariela Restrepo de Siegert contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, de que se ha hecho mérito en la parte motiva de la presente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Luis Enrique Romero Soto, Humberto Barrera Domínguez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Julio Roncallo Acosta, Mario Alario Di Filippo, Alvaro Luna Gómez, Luis Carlos Pérez, José María Velasco Guerrero.

José Evencio Posada V., Secretario.

CONDENA CONDICIONAL

Requisitos para conceder esta gracia especialísima al sentenciado.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, junio quince de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez).

Acta número 20 de 1972.

Vistos.

Entra la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de 26 de junio de 1970, por la cual impuso al procesado Edilberto Morales Chaves la pena principal de catorce meses de prisión, como responsable del delito de estafa.

Conoció en primera instancia el Juzgado 7º Penal Municipal de Bogotá, en donde fue absuelto el procesado, según fallo de dos de junio de 1969.

Hechos.

Se anota por el juzgador de instancia que, según la denuncia presentada por Pedro J. Arenas, "a raíz de una negociación que realizó con Guillermo Arrázola Lombana le giró diez letras de cambio, cada una por valor de siete mil quinientos pesos y que a la vez éste las negoció con el señor Edilberto Morales. Que ya cuando los documentos estaban en poder de éste último, llegaron al acuerdo de que le recogería ocho de las letras, ya que las dos restantes se encontraban en el banco, dándole en pago de éllas varios objetos. Que las dos primeras letras fueron pagadas directamente al banco y las ocho restantes, que suman la cantidad de sesenta mil pesos, se cancelaron con los bienes..." entregados por el deudor..., "tal como lo habían acordado. Más adelante dice el denunciante que cuando acabó de entregar los últimos objetos a Morales, le solicitó la devolución de las letras mencionadas, a lo cual el procesado le manifestó que no las tenía en su poder en ese momento, pues, unas reposaban en el Juzgado 13 Civil Municipal de Bogotá, y las otras las tenía en su casa, pero que no se preocupara, ya que posteriormente se las entregaría. Que en vista de que Morales no cumplió ese pacto, en repetidas ocasiones fue a sus almacenes para solicitarle la devolución de los documentos citados, sin haberlo logrado, ya que el procesado siempre se disculpaba en el sentido de que no se preocupara por esa situación, que él oportunamente se las devolvería, pero pese a que los instrumentos ya estaban cancelados, con los mismos fue embargado tanto él —el denunciante— como su fiador Octavio Santos, mediante juicio adelantado en el Juzgado 13 Civil Municipal de Bogotá. Agrega por último Arenas, que Edilberto Morales, al recibir los objetos en pago de las letras, le firmó un recibo en el que se hacía constar la transacción".

Demanda y respuesta del Ministerio Público.

Propone el demandante la causal primera de casación prevista en el numeral primero del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal —primer inciso—, por violación directa de la ley sustantiva y por aplicación indebida.

Al respecto, señala dos cargos, a saber:

a) Que por interpretación errónea de las normas que han debido tomarse en cuenta para regular la sanción, se dejó de aplicar el artículo 80 del Código Penal, sobre condena condicional.

b) Que se dejó de aplicar el artículo 216 del Código de Procedimiento Penal, pues los hechos no configuran el delito de estafa porque fue condenado su mandante, lo que determinó la aplicación indebida del artículo 408 del Código Penal.

Pide el Procurador 1º Delegado en lo Penal que la Corte deseche el recurso, pues no existe posibilidad legal "de estudiar a fondo la de-

manda, porque no se sabe cuál es la verdadera acusación que se hace al fallo recurrido, vale decir, si éste violó la ley en forma directa, o lo fue de manera indirecta".

Considera la Corte.

Es cierto que el segundo cargo no está legalmente propuesto, pues la falta de aplicación del artículo 216 del Código de Procedimiento Penal y la consecuencial aplicación indebida del artículo 408 del Código Penal la desprende el actor del yerro del juzgador *ad quem* en la apreciación de las pruebas, lo que obligaba a proponer el segundo inciso del artículo 1º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, que alude a la violación indirecta de la ley sustantiva.

En cambio, el primer cargo está debidamente formulado y por éllo pasa la Corte a ocuparse de su examen:

a) Luego de transcribir el artículo 80 del Código Penal, dice el demandante que, no obstante que el juzgador ad quem *estimó pertinente aplicar la sanción mínima prevista para el caso y de que dejó testimonio de que no existían circunstancias de mayor peligrosidad, sin motivación alguna dispuso en la parte resolutiva negar la condena condicional a que tiene derecho el procesado, pues se tiene la prueba de su conducta anterior buena y, en consecuencia, reunidos los requisitos para que proceda dicho subrogado penal.*

b) Se dice en la sentencia impugnada:

"En contra del procesado no aparecen circunstancias de mayor peligrosidad y su personalidad no puede tenerse como socialmente peligrosa, motivo por el cual debe tenerse como base para la graduación de la pena, el mínimo imponible...".

c) Es verdad, entonces, que el juzgador ad quem *admite "la ausencia de peligrosidad" del recurrente, pero de conformidad con el artículo 80 del Código Penal, a más de este requisito, para que proceda la condena condicional, es necesario que el Juez afirme su "convicción de que el individuo que va a gozar de ese beneficio... no volverá a delinquir", lo que no se tiene en este caso.*

Además, esa convicción, como es obvio, es de orden subjetivo del juzgador en las instancias. Y si en la parte resolutiva de la sentencia impugnada se resolvió negar la procedencia del citado subrogado penal, éllo indica que el Tribunal Superior de Bogotá no lo encontró pertinente.

La Corte, sobre el particular, dice que "la condena condicional es una gracia especialísima. Ello quiere decir que este beneficio no puede concederse sino en casos excepcionales, como se deduce del mismo texto del artículo 80 del Código Penal, que apenas otorga una facultad potestativa al Juez para suspender la ejecución de la sentencia, cuando se reúnan las exigencias legales que ese mismo artículo determina". (Sent. de 10 de julio de 1951, G. J., T. LXX, pág. 109).

No prospera, por tanto, el cargo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del Ministerio Público, *desecha* el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de que se hizo mérito.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Luis Enrique Romero Soto, Humberto Barrera Domínguez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Julio Roncallo Acosta, Mario Alario Di Filippo, Alvaro Luna Gómez, Luis Carlos Pérez, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

COLISION DE COMPETENCIAS

Cuando se desconoce el lugar donde se cometió la infracción, debe darse aplicación al artículo 42 del Código de Procedimiento Penal, donde se consagra la competencia a prevención.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, veinte de junio de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Alvaro Luna Gómez).

Aprobado: Acta número 21, junio 20 de 1972.

Vistos.

Procede la Corte a estudiar el conflicto de competencias que ha surgido entre el Comando de la Segunda Brigada y el Comando de la Brigada de Institutos Militares, con sede en Barranquilla y Bogotá, respectivamente, como Jueces de Primera Instancia, en relación con el conocimiento de estas diligencias adelantadas contra Ramón López Rondón por delito de extorsión.

Se considera:

Hechos.

Según la denuncia formulada el 24 de marzo del año en curso por Carlos Madero Madero ante el Comando de la Segunda Brigada, éllos pueden sintetizarse así:

Madero tiene sus oficinas comerciales en Barranquilla. Unos días antes de la denuncia y en sobre que venía por vía aérea desde Bogotá, recibió un anónimo por medio del cual se le exigían $ 600.000, que debían ser enviados por la Empresa Brasilia, a Ramón López, domiciliado en la capital de la República. De no cumplir con el envío de la suma exigida y las condiciones que se le imponían, se le daría muerte. Desde el primer momento y en atención a que las cifras puestas para señalar el número de su apartado aéreo correspondían, en su grafía, según su concepto, con las de su reciente empleada Aura Arjona, señaló a ésta como sospechosa, sospecha que refuerza con algunos antecedentes que precisa. Agrega que las amenazas empezaron a tener cumplimiento, porque de manera inexplicable a su automóvil Mercedes Benz le robaron la campana de la rueda derecha de la parte trasera y le colocaron "de cualquier manera la misma llanta, facilitando así un accidente gravísimo al tomar velocidad o tomar una curva en cualquier esquina, lo que daría lugar a un accidente de funestas consecuencias, tal como me lo previenen en el citado anónimo".

A las diligencias se allegó el anónimo en el cual se consignan las amenazas de muerte relatadas en la denuncia, la exigencia del dinero y las demás circunstancias puntualizadas por Madero, así como también el sobre, con matasellos de la Oficina del Correo Aéreo de Bogotá, dentro del cual se afirma fue enviado el escrito anónimo.

Actuación procesal.

El Comando de la Segunda Brigada comisionó el "Juez 13 de Instrucción Penal Militar, para que con base en la denuncia presentada por el señor Carlos Madero Madero, inicie y adelante hasta su perfeccionamiento la investigación correspondiente" (Fl. 8). El comisionado dictó auto cabeza de proceso (Fl. 10) e inició la investigación. Decretó y practicó algunas pruebas y dictó auto de detención contra López Rondón.

El 13 de abril del mismo año las diligencias fueron devueltas al Juzgado comitente a fin de que resolviera lo conveniente "por considerar que la gran mayoría de las pruebas que hay que practicar dentro de este proceso se deben recepcionar en la ciudad de Bogotá" (Fl. 39).

Planteamiento de la colisión negativa.

Recibido el sumario por el Comando de la Segunda Brigada, en su calidad de Juez de

Primera Instancia, por auto de 21 de abril siguiente, éste sostuvo que la autoridad competente para conocer de aquél era el Comando de la Brigada de Institutos Militares, con sede en Bogotá, porque desde esta ciudad se envió el anónimo. Agrega: "Como es de observarse, la iniciación del ilícito denunciado tuvo ocurrencia en la ciudad de Bogotá, lugar de domicilio, de los presuntos sindicados, desde donde planearon la ejecución del acto delictuoso —mediante amenazas hechas al denunciante— con las "posibles consecuencias de un mal futuro" si no cumplía con la remesa del dinero que se le exigía". En derecho funda su conclusión en el ordinal 2º del artículo 306 del Código de Justicia Penal Militar (Fls. 44 sgt.).

Por su parte la Brigada de Institutos Militares, en el carácter antes dicho, replica:

"La infracción no se consumó, porque está demostrado que cuando el sindicado Ramón López Rondón, fue a reclamar la encomienda donde ficticiamente le enviaban los trescientos mil pesos solicitados a Barranquilla, fue aprehendido en Bogotá y por otra parte no se puede afirmar que el delito se empezó a ejecutar en Bogotá por el hecho de que la carta se hubiera remitido desde aquí, pues también es posible que si se sospecha de Aura Mercedes Arjona Lara, y ésta reside en Barranquilla, el delito se hubiera comenzado a ejecutar en esta última ciudad, y no en Bogotá".

De lo cual concluye que dando aplicación al artículo 42 del Código de Procedimiento Penal, en ausencia de norma expresa al respecto en el castrense, la competencia corresponde como Juez de Primera Instancia al Comando de la Segunda Brigada, con sede en Barranquilla. En consecuencia, no acepta la competencia y dispone enviar las diligencias a esta corporación para que sea dirimida la colisión propuesta.

Consideraciones de la Sala.

Tiene razón el Comando de la Brigada de Institutos Militares: Dentro de estas diligencias y en atención a lo deficiente de la investigación, no se sabe hasta ahora si fue en Bogotá o en Barranquilla en donde se inició el delito de extorsión denunciado. En estas condiciones es preciso tener en cuenta lo dispuesto por el artículo 42 del Código de Procedimiento Penal sobre "competencia a prevención", en su inciso 1º aplicable al caso de autos en virtud de lo dispuesto en el 299 del de Justicia Penal Militar. Aquél ordena: "Si la infracción se cometió en varios lugares o en el extranjero o en sitio desconocido, prevendrá en el conocimiento el Juez competente por la naturaleza del hecho del lugar en que primero se formule la denuncia, o en que primero se inicie la instrucción y, en igualdad de circunstancias, el del lugar en que primero se haya aprehendido al procesado".

Ahora bien: Ya se ha dicho que la denuncia fue formulada ante el Comando de la Segunda Brigada, en Barranquilla; que éste comisionó al Juez 13 de Instrucción Penal Militar para que iniciara, adelantara y perfeccionara la investigación; que el comisionado dictó el correspondiente auto cabeza de proceso, que practicó varias diligencias y también dictó auto de detención preventiva contra el sindicado Ramón López Rondón "por el delito de 'extorsión', (del cual fue sujeto pasivo el señor Carlos Madero Madero"). (Fls. 22 sgt.).

En estas condiciones y mediando el hecho, se repite, de que es desconocido el sitio en donde se cometió la infracción, dando aplicación a la norma ya transcrita, es preciso dirimir la colisión negativa de competencias en estudio en el sentido de que el conocimiento de estas diligencias corresponde al Comando de la Segunda Brigada con sede en Barranquilla. De lo resuelto se dará aviso al Comando de la Brigada de Institutos Militares.

Sin lugar a otras consideraciones la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *dirime* la colisión negativa de competencias planteada en el sentido de declarar que el conocimiento de estas diligencias corresponde, como Juez de Primera Instancia, al Comando de la Segunda Brigada, con sede en Barranquilla, al cual serán enviadas, previo aviso de lo resuelto al Comando de la Brigada de Institutos Militares.

Cópiese, notifíquese, cúmplase.

Luis Enrique Romero Soto, Humberto Barrera Domínguez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Julio Roncallo Acosta, Mario Alario Di Filippo, Alvaro Luna Gómez, Luis Carlos Pérez, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

CASACION.—CAUSALES 4ª Y 1ª

Requisitos que debe reunir el auto enjuiciatorio (artículo 483 del Código de Procedimiento Penal).—Coautoría y complicidad correlativa.—Dosificación de la pena cuando de los hechos se deducen dos o más circunstancias de agravación del delito.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, veinte de junio de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Alvaro Luna Gómez). Aprobado: Acta número 21, junio 20 de 1972.

Vistos.

El Juzgado Tercero Superior de El Socorro por sentencia de 14 de mayo de 1971 condenó a Desiderio González López, a la pena de 19 años de presidio y a Carlos Julio González López y Epimenio Quiroga a la de 21 años, también de presidio, a más de las accesorias de rigor, como responsables del delito de homicidio en Teodolindo Vargas Mateus y absolvió a Ana Victoria Pinzón Quiroga de los cargos que se le formularon por razón del mismo ilícito. Cuando el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil conoció por vía de apelación del fallo anterior, por el suyo de 24 de septiembre de ese mismo año, lo confirmó "con la modificación consistente en señalar en diez y seis años y medio (16½) de presidio la pena que en definitiva deben purgar los procesados Desiderio González López, Carlos Julio González López y Epimenio Quiroga". El sentenciado Desiderio González interpuso en tiempo oportuno recurso extraordinario de casación y como la tramitación correspondiente se encuentra agotada, ha de resolverse ahora lo que se estimare legal.

I. *Hechos.*

En versión que acoge el demandante en casación, los presentan así tanto el Juzgado del conocimiento como el Tribunal de segunda instancia:

"El veintiuno de febrero de mil novecientos sesenta y nueve, a eso de las seis de la mañana, con el propósito de ir a casa de su hermano Ciro Antonio a desgranar un poco de maíz, de su residencia situada en el punto denominado 'La Candela' del Municipio de Sucre, en viaje que no tuvo regreso, se ausentó el señor Teodolindo Vargas Mateus".

"Preocupados por la suerte de Teodolindo, ante el rumor que circulaba en 'Sabanagrande' de que éste había podido ser eliminado por su esposa Ana Victoria Pinzón y el amante de ésta, de nombre Desiderio González López, sus consanguíneos Ciro Antonio y Rosendo Vargas Mateus se dieron a la tarea de buscarlo afanosamente, hasta que, el diez y seis de marzo de mil novecientos sesenta y nueve, en el sitio llamado 'Malpaso', de la vereda 'Loma de Candela', del corregimiento anteriormente citado, devorado por los chulos hallaron el cuerpo —sin vida— de aquel infortunado hombre".

"Vargas Mateus fue identificado sin dificultad, por las prendas de vestir que usaba el día de su muerte, por la cédula de ciudadanía número 2194922 que le había sido expedida en Sucre, y por la copia de su partida de bautizo, documentos que los funcionarios de policía de 'Sabanagrande' encontraron en los bolsillos de su ropa, al levantar su cadáver, según consta en acta que se lee a los folios 2 vuelto a 3 del proceso".

II. *Actuación procesal.*

La Inspección Departamental de Policía de Sabanagrande inició esta investigación el 17 de marzo de 1969, en virtud de denuncia penal que en la misma fecha y ante ese Despacho fuera formulada por Ciro Antonio Vargas Mateus. Después de practicadas numerosas diligencias, por el Juzgado Penal Municipal de Sucre se decretó la detención preventiva de Desiderio González López y de Ana Victoria Pinzón viuda

del occiso Teodolindo Vargas (Fls. 53 ss.). Como los otros sindicados Carlos Julio González López y Epimenio Quiroga Moreno no pudieron ser capturados ni se hicieron presentes a pesar del legal emplazamiento (Fl. 131), se les declaró reos ausentes y se les designó apoderado de oficio (Fls. 132 ss.).

El 30 de enero de 1970 se declaró cerrada la investigación (Fl. 145). El 13 de marzo de ese mismo año el Juzgado Tercero Superior de El Socorro llamó a responder en juicio criminal "por los trámites en que interviene el Jurado de conciencia, a Ana Victoria Pinzón Quiroga, Carlos Julio González López, Desiderio González López y Epimenio Quiroga, como responsables del delito de homicidio, cometido en Teodolindo Vargas Mateus, el veintiuno de febrero de mil novecientos sesenta y nueve, en el punto denominado 'Malpaso', del corregimiento de 'Sabanagrande', del Municipio de Sucre", siendo de tener en cuenta que en la parte motiva se precisó que "la situación de los González y Quiroga encuentra dentro del inciso primero del artículo 19 del ordenamiento sustantivo y la de la Pinzón en el numeral segundo de la misma norma". Además, se dedujeron concretamente como circunstancias de agravación del homicidio, para todos los procesados, la de los ordinales 2º y 5º del artículo 363 del Código Penal y, para la Pinzón, 2 también la del ordinal 1º, en atención a ser esposa legítima de la víctima.

Previos los nuevos emplazamientos de rigor con relación a los reos ausentes, cuando el Tribunal conoció del proceso por apelación interpuesta por el defensor contra el auto de enjuiciamiento, le impartió su confirmación.

Agotada la tramitación subsiguiente: apertura del juicio a pruebas, práctica de éllas, sorteo de Jurados, el 4 de mayo de 1961 se celebró la respectiva audiencia pública: el veredicto emitido por los Jueces de conciencia fue: "No es responsable por falta de pruebas" para Ana Victoria Pinzón Quiroga y de "sí" para Carlos Julio y Desiderio González López y para Epimenio Quiroga (Fls. 33 sgt.). A continuación se produjeron las sentencias condenatorias de primera y de segunda instancia atrás relacionadas, habiendo sido interpuesto contra la última de éllas el recurso extraordinario de casación que viene resolviéndose.

III. *Demanda de casación.*

En élla el apoderado especialmente constituido para formularla, luego de acoger la presentación que de los hechos hace el sentenciador de segunda instancia y de sintetizar la actuación procesal, ataca la sentencia bajo el amparo de la causal cuarta del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal porque, en su concepto, ella fue dictada "sobre un juicio viciado de nulidad", a demostrar lo cual formula dos cargos; y, también la ataca con fundamento en la causal primera de la misma norma, desde dos puntos de vista: error de derecho e infracción directa de la ley sustancial, según adelante se precisará.

A continuación se presentarán y estudiarán por separado los cargos, tomándolos en el orden en que son presentados en la respectiva demanda:

Causal cuarta. Primer cargo.

Nulidad constitucional por violación del artículo 26 de la Carta, generada por violación del 483 del Código de Procedimiento Penal.

Lo fundamenta así:

En el auto de proceder no se cumplió lo ordenado en los numerales 2º, 3º y 4º del artículo 483 del Código de Procedimiento Penal "puesto que se omitió verificar el análisis de las pruebas que hubieran demostrado el cuerpo del delito y 'de las en que se funde la imputación al procesado' " y porque "ni siquiera se hizo 'el resumen de las peticiones de las partes' actuantes dentro del proceso, ni se dieron 'las razones por las cuales tales peticiones no fueron aceptadas' ".

Luego de transcribir dos apartes del auto de proceder manifiesta que debido a la ausencia de pruebas precisas, no se sabe de dónde saca el Juez que los mismos sujetos que en la mañana del día de autos fueran los autores de la muerte de Teodolindo, la realizaran con las mismas armas que entonces portaban. Otros hubieran podido ejecutar ese delito, por lo cual "la acción imputada al procesado se coloca dentro del mundo de las probabilidades, pero no de la certeza". Luego no existe la "prueba en que se funde la imputación al procesado", tal como lo exige el numeral 2º del artículo 483 del actual Código de Procedimiento Penal que recogió las premisas establecidas en el artículo 429 del mismo Código.

Agrega que las circunstancias contempladas en los ordinales 2º y 3º del artículo 363 del Código Penal, no fueron analizadas en el auto enjuiciatorio de primera instancia ni tampoco cuando el Tribunal conoció de él por vía de apelación, omisión esa violatoria del ordinal 3º del artículo 483. A continuación cita dos fallos de la Corte en los cuales se comenta e interpreta

el artículo 431 del antiguo Código Procesal Penal.

Precisa que hubo violación del ordinal 4º del 483 citado, puesto que no hubo resumen de las peticiones de las partes ni se dieron las razones por las cuales no fueron aceptadas, según lo exige la norma últimamente citada.

Teniendo en cuenta que el Jurado absolvió a Ana Victoria Pinzón por falta de pruebas, finaliza este cargo exponiendo: "Por manera que, suprimido por el Jurado el conocimiento del vínculo matrimonial existente entre Ana Victoria Pinzón Quiroga y Teodolindo Vargas Mateus, desaparecen como es lógico pensarlo las otras dos circunstancias calificadoras tomadas en cuenta por el Juez de Derecho en el pliego de cargos sin fundamento probatorio alguno".

Concepto del Ministerio Público.

El Procurador Primero Delegado en lo Penal manifiesta que con fundamento en el artículo 483 del Código de Procedimiento Penal que "se limita a señalar la forma como debe presentarse o redactarse el auto de proceder", no puede entrarse a una crítica a fondo, "pues este aspecto se regula por otras normas". Pasa a continuación a demostrar cómo en aquella providencia enjuiciatoria, no se incurrió en las omisiones señaladas por el demandante.

Consideraciones de la Corte.

Esta Corporación reitera su criterio de que "por ser el auto de proceder un acto primordial del juzgamiento su imperfección sustancial, vr. gr., por imprecisa o ambigua o anfibológica definición del delito imputado, o por notoria deficiencia en la presentación del cargo, en forma tal que por ello se imposibilite o entrabe el normal ejercicio de la defensa o se haga imposible o difícil la aplicación del derecho en la sentencia, se está en presencia de una nulidad supralegal, de arraigo en el artículo 26 de la Constitución Política, conforme al cual 'nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias del juicio' ". (Gaceta Judicial, Tomo CXXXIII, pág. 171. Sentencia de 23 enero 1970).

Mas en el caso sometido a estudio, en el auto de llamamiento a juicio no se incurrió en las omisiones precisadas por el demandante. En efecto:

a) En él se dedicó un capítulo especial a establecer la materialidad del homicidio investigado y por medio de las pruebas de rigor ésta se estableció de manera perfecta. Y, en cuanto hace relación a la imputación de éste a los sindicados, en la misma pieza se trajeron a colación las diferentes pruebas sobre las cuales se estructuraba tal imputación: se precisaron los hechos concretos que con éllas se establecían y se llegó a la indestructible conclusión de que fueron los llamados a juicio como autores materiales del hecho, quienes lo realizaron.

b) En cuanto se refiere a la tacha consistente en que "ni siquiera se hizo 'el resumen de las peticiones de las partes' actuantes dentro del proceso, ni se dieron 'las razones por las cuales tales peticiones no fueron aceptadas' ", cabe observar: en el auto de proceder se acogió el criterio del Ministerio Público en cuanto solicitó llamamiento a juicio contra todos los sindicados por homicidio agravado en la forma en que en tal providencia quedó clara y plenamente determinado: causales 2ª y 5ª del artículo 363 del Código Penal y, además, para la Pinzón, también la causal 1ª, por ser esposa legítima de la víctima. Y, en cuanto hace relación a las demás partes, ninguna presentó alegación y, la petición de libertad formulada por Ana Victoria Pinzón, le fue resuelta en forma negativa, como lo anota el Procurador.

c) Finalmente, comparte la Corte el siguiente razonamiento del Ministerio Público, "en cuanto a la incidencia o proyección de la respuesta negativa del Jurado respecto a la procesada Ana Victoria Pinzón, atinente con los cargos formulados al recurrente, no resulta claro el planteamiento, pues si respecto a la primera se absolvió la pregunta formulada en el sentido de absolver, la respuesta, al segundo, no admite duda alguna y contiene la afirmación de las circunstancias de agravación, las cuales producen todos sus efectos; y si se hace concreta referencia al vínculo conyugal, ninguna duda existe tampoco en cuanto a su conocimiento por el procesado recurrente, respecto a quien se consideró agravado el hecho, no por esta circunstancia, sino por las dos mencionadas de la premeditación y la indefensión. Por demás, la responsabilidad es individual, como lo sostiene el demandante en otro punto de su escrito".

En consecuencia, el cargo no prospera.

Segundo cargo.

Nulidad constitucional por violación del artículo 26 de la Carta, generada por la violación del artículo 6º del actual Código de Procedimiento Penal, que subsumió lo previsto anterior-

mente en los artículos 44 de la Ley 153 de 1887, 3º del Código Penal y 5º de Procedimiento Penal anterior.

Lo fundamenta así:

Según normas vigentes, la responsabilidad penal es individual. En este proceso no hay pruebas que permitan deducir la responsabilidad del artículo 19 del Código Penal. Luego "la responsabilidad tomada en cuenta por los falladores de instancia, se coloca en abierta contradicción con las exigencias del artículo 483 del Código de Procedimiento Penal, en sus numerales segundo y tercero". Cita una doctrina de la Corte sobre responsabilidad, para decir que hubo violación del artículo 6º del Código de Procedimiento Penal y del 26 de la Constitución "ya que sin haber individualizado y determinado la responsabilidad penal de cada uno de los procesados en la consumación del delito investigado, se les determinó responsabilidad penal en el grado de coautores del delito de homicidio y se les condenó por la comisión de un delito calificado en forma desfavorable para todos los procesados". "La calificación que ha debido darse al presente diligenciamiento y que consultaba más los intereses del procesado y que también se acomoda a lo previsto en el artículo 6º del Código de Procedimiento Penal hubiera sido lo consagrado en el artículo 385 del Código Penal, esto es, la figura de la complicidad correlativa en razón de que a ninguno de los cuatro procesados, se les individualizó su respectiva responsabilidad penal en estricto sentido individual", como lo prescriben la norma citada y las jurisprudencias que invoca. Finaliza este cargo recalcando en la argumentación anterior.

Se considera.

La Procuraduría responde este cargo de manera acertada, en la siguiente forma que la Sala comparte:

"Como se deduce sin mayores razonamientos, tal argumento implica reabrir el debate probatorio, para examinar si tal calificación se ajustó o no a la realidad procesal; y en esta situación, es pertinente lo ya dicho al responder el cargo anterior, pues envuelve tal argumentación la presentación de un cargo correspondiente a la causal primera, bajo la invocación de la causal cuarta, lo cual resulta claramente improcedente por las razones ya anotadas.

"Aparte de lo dicho, suficiente por sí solo para rechazar este cargo, puede anotarse que el Juez del conocimiento y el Tribunal en su oportunidad, consideraron que el conjunto de indicios conducía a establecer la coautoría, es decir, que los procesados actuaron con unidad de propósito y en ningún momento se planteó duda en relación al autor del hecho, por cuanto se consideró que él se cumplió en la forma expresada. No es por tanto, procedente la invocación de las normas citadas por el recurrente, puesto que no presentó la situación de duda, ni era por tanto pertinente recurrir al artículo 385 del Código Penal".

Además: no puede remitirse a dudas que el auto de proceder estuvo debidamente elaborado, cumpliéndose las formalidades propias que la ley exige para esta clase de providencias. *El Juez del conocimiento, en atención a la prueba indiciaria, concluyó que los sindicados debían responder como coautores del delito, ya que, en su criterio, las pruebas no arrojaban dudas ningunas acerca de que todos ellos habían tomado parte activa en la ejecución del hecho delictuoso. De manera que no presentándosele duda ninguna acerca de esta participación criminal, no tenía por qué concluir en que se estaba frente a la figura jurídica de la complicidad correlativa. Y como los cargos fueron clara y precisamente formulados de esa manera, no se ve la razón por la cual habría de aplicarse una norma que no era la pertinente, así ésta fuera de favorabilidad para los procesados. En consecuencia, no hubo violación ninguna de las normas invocadas por el demandante, que conllevaran la del artículo 26 de la Constitución.*

Por lo dicho, este cargo no prospera.

Causal primera. Primer cargo.

Incurrió en error de derecho el Tribunal sentenciador "al deducirle al procesado recurrente una responsabilidad penal en los términos del artículo 363 del Código Penal en sus ordinales 2º y 5º sin tener en cuenta que el Jurado, había suprimido expresamente las circunstancias calificadoras puntualizadas en el auto de proceder y en los cuestionarios sometidos a la consideración del Jurado porque mediante la respuesta negativa dada a la cuestión primera (Fl. 33 del cuaderno 3º) tenemos que esa negativa también cobija al procesado recurrente, pero solamente en lo que se refiere a las dos circunstancias de agravación, es decir, el haber ejecutado el delito 'con premeditación acompañada de motivos innobles o bajos y colocando a la víctima en condiciones de inferioridad o indefensión' ".

Agrega que "la infracción directa de la ley sustancial consiste en que el honorable Tribunal sentenciador omitió tener en cuenta que el Ju

rado mediante la respuesta negativa dada a la cuestión primera suprimió igualmente las circunstancias calificadoras del delito, especialmente y en lo que se refiere a la cuestión tercera que es la que corresponde al recurrente".

Entonces, continúa el demandante, la indebida aplicación de la ley penal sustantiva radica en que "la respuesta dada por el Jurado al cuestionario atinente a la responsabilidad penal del recurrente, carece de basamento legal porque no se puede apoyar su respuesta afirmativa dentro de 'las circunstancias de tiempo, modo y lugar' puntualizadas en la cuestión primera', por la potísima razón de que tal cuestionario había sido suprimido expresamente por el Jurado". Lo cual se refuerza con la consideración de que en el cuestionario propuesto con relación a Desiderio González, no se cumplió la exigencia del artículo 533 del Código de Procedimiento Penal según la cual en aquél "se deben determinar los hechos que constituyan la imputación penal *'conforme al auto de proceder'* (subrayo) determinando las circunstancias que lo constituyen". Luego hubo aplicación indebida del artículo 363 del estatuto penal porque el Tribunal sentenciador "acogió un cuestionario jurídicamente inexistente por faltarle las condiciones exigidas por el artículo 533 del Código de Procedimiento Penal". Luego ha debido decretar la contraevidencia del veredicto o dictar "sentencia absolutoria por no existir veredicto en estricto derecho".

Concepto del Ministerio Público.

Para el Procurador "basta la enunciación de tal razonamiento para concluir que carece de toda seriedad y consistencia, pues es obvio que dada la redacción del cuestionario correspondiente a Desiderio González se consideraba repetido, respecto a éste, lo expresado en el primero, referente a la procesada y así cumplía tal pregunta el requisito legal, sobre la cual no existió por parte del Jurado duda alguna, ni su respuesta se presta a interpretaciones".

Se considera.

A más de lo expuesto por el Ministerio Público, cabe observar: si la esencia del cargo consiste en que el Tribunal sentenciador "omitió tener en cuenta que el Jurado mediante la respuesta negativa dada a la cuestión primera suprimió igualmente las circunstancias calificadoras del delito, especialmente y en lo que corresponde a la cuestión tercera que es la que corresponde al recurrente", ello significa que en el fondo lo que se pretende alegar es que habiendo rechazado el Jurado las circunstancias agravantes del homicidio que lo elevaban a asesinato y, no habiendo aceptado la sentencia tal rechazo de ellas por parte del Tribunal popular, entonces ésta se encuentra "en desacuerdo con el veredicto del Jurado". Mas ocurre que esta circunstancia daría lugar a la causal segunda de casación, que no fue invocada ni planteada por el recurrente, por lo cual, en atención a lo dispuesto en el artículo 581 del Código de Procedimiento Penal, la Corte no podrá tenerla en cuenta.

Por tanto este cargo tampoco prospera.

Segundo cargo.

Lo enuncia así: "Incurrió en error el honorable Tribunal sentenciador al elevar la pena imponible al procesado, pues tomó en cuenta dos circustancias calificadoras, cuando ha debido tomar una sola en tal sentido y darle a la otra la calificación de circunstancia de mayor peligrosidad".

Cita lo pertinente de la sentencia acusada y, para fundamentar el cargo expone que cuando se han deducido varias circunstancias calificadoras, una sola de éllas se toma en cuenta para ese efecto y las otras han de considerarse como de mayor peligrosidad. Y como en el caso en estudio no se procedió así, ni se tuvo en cuenta la buena conducta anterior, como circunstancia de menor peligrosidad, "la aplicación de la agravante tomada en cuenta por el sentenciador de segundo grado, violó en forma directa la ley sustantiva, porque entre una circunstancia de mayor peligrosidad y una de menor, la última absorbe a la primera y desaparecen los fundamentos jurídicos para elevar la pena".

Concepto del Ministerio Público.

El Ministerio Público pide que se rechace este cargo porque en cuanto hace relación a la graduación de la pena, "de acuerdo con las normas legales, el fallador tiene amplitud de apreciación"; que lo aplicable no era el mínimo de la sanción, sino que éste debía aumentarse en atención a que también se dedujeron circunstancias de mayor peligrosidad y a las dos circunstancias de agravación. Finalmente en cuanto a la buena conducta demostrada según el demandante, que no tomó en cuenta el fallador, estima que "no se trataría en tal caso de violación directa, sino de violación indirecta por error de hecho, al no tener en cuenta las pruebas pertinentes, lo cual en términos generales afecta la formulación del cargo y esta alegación en particular".

Se considera.

En realidad no encuentra la Sala solidez alguna en la argumentación del cargo. *Dentro de la amplitud que la ley señala al juzgador, sujeta, sí, a ciertas prescripciones legales (Código Penal, Arts. 36 ss.), se fija la sanción. Y en el caso sometido a estudio, se procedió acertadamente ya que el mínimo no podía ser el imponible, en atención a las razones puntualizadas por la Procuraduría en su párrafo que viene de transcribirse. Y, en cuanto hace relación a la crítica que formula a la sentencia por haber tenido en cuenta dos circunstancias agravantes del homicidio, para tomarlo bajo la denominación de asesinato, ante todo debe tenerse en cuenta que así como una sola basta para que opere tal agravación, también puede darse el caso y, éste es uno de éllos, en que sean varias las causales que obren con tal fin.*

Además, habiendo reconocido y declarado el Jurado dos de éllas en su veredicto, mal podía el fallador aceptar una sola como de agravación para tomar la otra como circunstancia de mayor peligrosidad, porque entonces sí habría incurrido en causal de casación (la 2ª), por no dictar la sentencia de acuerdo con el veredicto del Tribunal popular que le obliga, en caso de no decretar su contraevidencia.

De otra parte, el cargo aparece insuficientemente postulado pues habiendo alegado el actor infracción directa de la ley sustancial, ha debido citar concretamente la norma o normas infringidas, como también el concepto de la violación, lo que se echa de menos en la demanda.

En consecuencia, este cargo tampoco puede prosperar.

Por lo expuesto, y dando aplicación al artículo 582 del Código de Procedimiento Penal, como los cargos contra la sentencia impugnada no pueden prosperar, habrá de desecharse el recurso extraordinario interpuesto.

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 24 de septiembre de 1971, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil dentro de las presentes diligencias.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Luis Enrique Romero Soto, Humberto Barrera Domínguez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Julio Roncallo Acosta, Mario Alario Di Filippo, Alvaro Luna Gómez, Luis Carlos Pérez, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
SALA DE CASACION DE JUSTICIA

NULIDAD SUPRALEGAL

La Corte reitera su doctrina al explicar que el artículo 26 de la Constitución Nacional, determina cuatro garantías con naturaleza, objeto y consecuencias propias, cuyo desconocimiento acarrea sanciones de distinta índole, salvo los casos excepcionales previstos por el artículo 27 ibídem. Cuando en el auto de vocación a juicio se formulan los cargos al procesado con expresiones confusas, equívocas o susceptibles de sembrar incertidumbre o graves dificultades en el ejercicio del derecho de defensa, se quebranta el artículo 26 de la Constitución, configurándose una nulidad supralegal.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, veinte de junio de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Julio Roncallo Acosta).

Aprobado: Acta número 21 de 20 de junio de 1972.

Vistos.

Mediante sentencia del veintitrés de agosto último el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, reformando la de primer grado, condenó a Luis Eduardo Mazuera Domínguez, Sigifredo Zapata Zuleta, Gildardo Zapata Zuleta y Pedro Antonio Mazuera Libreros a la pena principal de diez y nueve (19) años de presidio para cada uno, como responsables del delito de homicidio agravado, cometido en la persona de Alvaro Osorio Mazuera.

Contra el fallo de segundo grado interpusieron el recurso extraordinario de casación el defensor de Mazuera Domínguez y los condenados Zapata Zuleta, el cual les fue oportunamente concedido. Declarado admisible por la Corte, los recurrentes sustentaron el recurso mediante apoderado especial, cuya demanda, formulada conjuntamente a nombre de los tres, se declaró ajustada a las exigencias legales. Obtenido el alegato del Ministerio Público, se procede a decidir.

Antecedentes.

a) Al amanecer del día 14 de marzo de 1964 fue muerto violentamente Alvaro Osorio Mazuera, mediante heridas causadas con revólver y cuchillo, en el área urbana del Municipio de Zarzal (Valle). Iniciada la investigación, sin dato alguno acerca de los autores del delito, por el respectivo Inspector de Policía, pasó luego a los Juzgados 44 y 166 de Instrucción Criminal, sin que se hiciera luz sobre el particular, no obstante el esfuerzo investigativo realizado por los referidos funcionarios.

b) Al finalizar el año de 1964 intervinó en la investigación el Juzgado 281 de Instrucción Criminal, quien profirió auto de detención contra Jaime Vaca Abadía. Pasaron posteriormente las diligencias, en enero de 1965, al Juzgado Primero Superior de Buga, del cual fue enviado, en las postrimerías del año, al reparto de los Jueces Superiores de Tuluá, sede entonces de un nuevo Distrito Judicial en el cual quedó comprendido el Municipio de Zarzal. Previo repartimiento, el asunto correspondió al Juzgado Segundo Superior de la ciudad nombrada, quien ordenó el perfeccionamiento de la investigación, comisionando para tal efecto al Juzgado Penal Municipal de Zarzal, Despacho que dispuso la detención precautelativa de Luis Eduardo Mazuera Domínguez y Pedro Antonio Mazuera Libreros.

c) Clausurada la investigación por auto del 29 de septiembre de 1966, mediante providencia del 2 de febrero de 1967 el Juez del conocimiento calificó el mérito de la misma sobreseyendo temporalmente en favor de todas las personas vinculadas al proceso y reabriendo la etapa instructiva.

d) Al revisar el Tribunal Superior de Tuluá, por vía de apelación, la providencia calificadora de primer grado, la revocó mediante la suya del

24 de junio de 1969, en la cual llamó a responder en juicio criminal, con intervención del Jurado de conciencia, a los procesados Luis Eduardo Mazuera, Sigifredo y Gildardo Zapata Zuleta y Pedro Antonio Mazuera, "como responsables del delito de homicidio, agotado en la persona de Alvaro Osorio Mazuera, hecho que tuvo ocurrencia en la población de Zarzal el 14 de marzo de 1964". Libardo Marín Osorio (a. Capitán Peligro), Lilia Ramírez Jaramillo y Jaime Vaca Abadía o Abadía Yusti, fueron sobreseídos definitivamente.

e) El auto de proceder calificó como asesinato el homicidio a que se contrae el proceso, pero en su parte motiva no señala las causales de agravación que, a juicio del juzgador, lo configuraban. Sin embargo, en los cuestionarios que el Juez de la causa sometió a la consideración del Jurado se hizo expresa referencia a la premeditación acompañada de motivos innobles o bajos, a las condiciones de indefensión de la víctima y al precio o promesa remuneratoria.

f) Con fundamento en las respuestas afirmativas del Tribunal popular, el Juzgado Primero Superior de Cartago, a donde había pasado el proceso en virtud de nuevas normas sobre división territorial judicial, en sentencia del diez de mayo de mil novecientos setenta y uno condenó a los acusados Zapata Zuleta y a Pedro Antonio Mazuera Libreros a diez y nueve (19) años de presidio, imponiendo diez y siete (17) años de igual sanción a Luis Eduardo Mazuera Domínguez, fallo que, como hubo de expresarse en la parte inicial y motiva del presente, fue reformado por el Tribunal Superior de Buga en el sentido de elevar a diez y nueve (19) años de presidio la pena impuesta a Mazuera Domínguez.

La demanda de casación.

Se impugna el fallo recurrido del Tribunal Superior de Buga invocando la causal cuarta de casación como principal y la tercera como consecuencia de uno de los cargos formulados al amparo de aquélla. Concluye el actor solicitando a la Corte que, oído el concepto del Procurador, case la sentencia acusada y, en su lugar, declare nulo el juicio a partir del auto de proceder de fecha 24 de junio de 1969 (Fls. 152, Cd. 4º), a fin de que se reponga el procedimiento de ahí en adelante.

No obstante la acusada amplitud que la demanda dedica a los cuatro cargos aducidos dentro del marco de la causal cuarta, es posible reducirlos al siguiente esquema fundamental:

Primero. El auto de proceder se limitó a calificar de "asesinato" el homicidio cometido en la persona de Alvaro Osorio Mazuera, sin precisar las circunstancias de agravación que, por otra parte, tampoco es posible deducir de las consideraciones en que se funda aquella pieza procesal. Esa falta de precisión y claridad respecto de tales circunstancias afectó gravemente el derecho de defensa de los acusados, puesto que, como es obvio, sólo es posible defenderse eficazmente de cargos concretos y definidos. Al incumplirse las reglas contenidas en el artículo 431 del Código de Procedimiento Penal anterior, se infringió el artículo 26 de la Constitución Nacional, por no ajustarse al juzgamiento, en tan importante materia, a las formas establecidas para el auto de proceder.

Tras un metódico y exhaustivo análisis del vocatorio, expresa el actor que en la moderna legislación procesal penal, el llamamiento a juicio es una providencia de concentrada juridicidad, en que el pliego de cargos que se le formula al acusado debe quedar nítido, categórico, limpio de toda duda y de toda arbitraria interpretación, a fin de no propiciar equívocos que puedan desquiciar el juzgamiento.

Segundo. La actividad desplegada en la audiencia pública por los defensores, jamás compensó la inercia de los otros abogados que actuaron durante el plenario, dejando vencer el término probatorio sin aprovecharlo. "En ese período decisivo del juicio —agrega— el derecho de defensa quedó muerto en su virtualidad y en sus efectos. Otro —bien favorable— hubiera sido el desenlace del debate público si los defensores hubiesen dispuesto de pruebas tan importantes como las que dejaron de practicarse y que me he permitido puntualizar...". A las extensas razones expuestas por el impugnante para sustentar el cargo pertenecen, entre otros, los siguientes conceptos:

"Las manifestaciones más vigorosas del derecho de defensa son la interposición de recursos que causen agravio al impugnante; la presentación de pruebas que beneficien al procesado; y los alegatos —verbales o escritos— para convencer al juzgador de una determinada situación jurídica. Sin este derecho de defensa, la función punitiva del Estado no es completa y viola las garantías consagradas por la Constitución en su artículo 26. De tanto interés social y público es el derecho de defensa, que aun el propio acusado no es dueño de renunciar a él, ni puede tampoco subsanar con su silencio las nulidades que su inobservancia ocasione. Y a medida que

la imputación es más grave, el derecho de defensa debe rodearse de mayores protecciones''.

Tercero. No haberse agregado al proceso el dictamen del Laboratorio Forense del Instituto de Medicina Legal de Bogotá sobre una cuestión fundamental para establecer la responsabilidad de los verdaderos autores del delito.

''Tan valioso era ese dictamen del Laboratorio Forense —expresa el demandante después de precisar el documento aludido— que si él se agrega al sumario, al calificar el mérito de éste, la providencia respectiva hubiera sido muy distinta al llamamiento a juicio de mis representados, porque su inocencia quedaba satisfactoriamente comprobada con una prueba de indiscutible valor científico. Tan censurable omisión causó, en consecuencia, un perjuicio enorme a los intereses de los procesados, un agravio sin precedentes, que es necesario enmendar en casación para restablecimiento del derecho lesionado y del imperio de la justicia''.

La pretermisión del referido dictamen balístico se tradujo en grave quebranto al derecho de defensa, en sentir del actor, violándose así el artículo 26 de la Carta.

Cuarto. Los cuestionarios sometidos a la consideración del Jurado contemplaron circunstancias agravantes del homicidio no precisadas en el auto de proceder; hicieron expresa referencia a cuestiones de orden jurídico y son contradictorios, porque se refieren a situaciones jurídicas incompatibles entre sí. Tal contradicción se reflejó en los veredictos.

Si las preguntas que contienen los cuestionarios son contradictorias entre sí —expresa el impugnante— contradictorias han de ser también las respuestas afirmativas que constituyen el veredicto. No se puede separar lo uno de lo otro, por el íntimo enlace que los une. Y considerando que este último motivo de impugnación refluye en la causal tercera, lo aduce al amparo de la misma.

Finalmente aclara el actor que la demanda por él formulada ha comprendido en su estudio a Pedro Antonio Mazuera Libreros, que no recurrió en casación, pero que ha procedido así teniendo en cuenta que es propio de las nulidades procedimentales su efecto extensivo en favor de quienes se hallan en las mismas condiciones del procesado o procesados que interpusieron el recurso extraordinario.

Concepto del Ministerio Público.

Estima la Procuraduría Segunda Delegada que el primero de los cargos propuestos dentro de la esfera de la causal cuarta de casación se encuentra plenamente demostrado, y, por tanto, está llamado a prosperar. Dada la claridad de las razones expuestas por el representante del Ministerio Público para fundar su criterio, importa transcribirlas:

''*Primera.* El Código de Procedimiento Penal anterior al actual exigía en el artículo 431 el cumplimiento de requisitos necesarios, absolutamente indispensables, para comprometer en juicio criminal a una persona. Y debe ser así porque, como se ha dicho con toda propiedad, se trata de la acusación que el Estado formula al ciudadano y a partir de ese momento se traba el juicio criminal: de una parte la acusación y de otra la defensa. En cuanto a ésta, tiene derecho a conocer con claridad y precisión esos cargos para estar en condiciones de poder defenderse.

''El ordenamiento jurídico colombiano consagra la igualdad de las partes en el juicio y en cuanto al acusado, reconoce, entre otros, estos derechos: claridad y precisión de la acusación; defensa efectiva y técnica; y libertad si garantiza su comparecencia al plenario y, naturalmente, si se dan los demás presupuestos legales.

''En cuanto al primero, exigía el artículo 431 citado que en la parte motiva de la providencia enjuiciatoria se calificara el hecho en forma genérica '...con las circunstancias conocidas que lo especifiquen'.

''Doctrina y jurisprudencia desde la vigencia de esa disposición han entendido, en forma reiterada, que en la parte motiva del auto de proceder debe determinarse el delito y precisarse las circunstancias que lo especifiquen que en el caso del homicidio cobran sin igual importancia por las consecuencias penales que ellas conllevan, ya que la sanción se eleva considerablemente.

''*Segunda.* El análisis detenido del auto de proceder dictado por el Tribunal Superior de Tuluá enseña que luego de una larga reseña de las pruebas allegadas al informativo se hacen unos comentarios sobre ellas para concluir en el segundo párrafo del folio 163 de esta manera:

'Así pues, no solamente con base en el estudio de cada una de las pruebas que a través de esta providencia se han comentado, pesado y analizado, sino también teniendo en cuenta circunstancias de orden jurídico, la Sala estima existente la prueba requerida por el artículo 429 del Código de Procedimiento Penal para llamar a responder en juicio a Luis Eduardo Mazuera Domínguez como autor intelectual de la muerte de Alvaro Osorio, a Sigifredo y Gildardo Zapata Zuleta como autores materiales y a Pedro Anto-

nio Mazuera Libreros como cómplice necesario de la misma occisión, en la categoría de asesinato, ya que se recorrió todo el inter-criminis del hecho delictuoso. Artículos 363 y 19 del Código Penal'.

"El párrafo transcrito condensa, en opinión de este Despacho, la cuestión jurídica y resulta evidente el incumplimiento de los requisitos legales aludidos. En efecto: no hay análisis de las pruebas para demostrar el cuerpo del delito y la responsabilidad penal pues, como ya se dijo, innecesariamente se transcriben algunos testimonios y se hacen algunos comentarios alrededor de ellos pero, en forma clara y concreta, la providencia no prueba: la materialidad de la infracción; tampoco la contribución causal de cada uno de los acusados al resultado obtenido, a pesar de ser cuatro; y menos las circunstancias que elevan el homicidio a la categoría de asesinato que, por ser plurales exigían el análisis de cada una en particular.

"Como se afirma en el libelo, es evidente que la legislación colombiana no contempla el asesinato como tipo delictivo pues el artículo 363 del Código Penal se remite a la disposición inmediatamente anterior, ella sí relativa al delito de homicidio. Las circunstancias a que se refiere la norma citada son específicas del homicidio y las lesiones personales y por tanto es obligatorio precisarlas en el auto de proceder, a diferencia de las de mayor peligrosidad que, como se sabe, se deducen en la sentencia.

"El párrafo anteriormente transcrito menciona el 'asesinato' y el 'artículo 363 del Código Penal' pero ninguna de las dos citas permite concretar las circunstancias que, en opinión del Tribunal Superior de Tuluá, debían agravar el homicidio cometido en la persona de Alvaro Osorio pues aquella norma contempla nueve numerales algunos de los cuales se refieren a distintas situaciones que ponen de presente todavía más la imprecisión de la pieza enjuiciatoria en este asunto.

"Demostración palmaria de la imprecisión en cuanto a las circunstancias agravantes del homicidio la dan los cuestionarios pues el juzgador de primer grado al redactar el relativo a Luis Eduardo Mazuera hizo expresa mención a la premeditación acompañada de motivos innobles o bajos y al aprovechamiento de las condiciones de indefensión o inferioridad en que se hallaba la víctima —a pesar de que el acusado no intervino en la ejecución del delito y bien pudo ignorar la manera como los sicarios lo realizaron— y en las preguntas para los Zapata Zuleta, a más de las circunstancias anteriores, incluyó el precio o promesa remuneratoria que obviamente debían provenir de alguien que no podía ser otro que Mazuera pues para recibir el precio o aceptar una promesa remuneratoria es menester que se dé u ofrezca. Y en cuanto a Pedro Antonio Mazuera, se le dedujeron las mismas circunstancias de agravación pero este último no recibió dinero ni tampoco aceptó promesa remuneratoria alguna. Es claro que estas consideraciones las hace esta oficina teniendo como apoyo los cuestionarios redactados por el Juzgado Superior de Cartago, porque con base en la providencia enjuiciatoria no es posible deducir, en concreto, circunstancias agravantes.

"*Tercera.* La honorable Corte Suprema de Justicia en repetidas ocasiones se ha ocupado del tema jurídico que se estudia y ha estimado que la imprecisión de los cargos en el auto de proceder constituye un desconocimiento no solo de la garantía del debido proceso sino también del derecho de defensa ya que, de una parte, el auto encausatorio no se ajusta a las normas legales que lo gobiernan y de otra parte, el acusado desconoce los cargos que se le formulan y se le coloca en la situación de intuirlos o adivinarlos para poder defenderse de ellos. Así, en el fallo del 23 de enero de 1970 en la casación de Oscar Botero Londoño sostuvo la honorable Corporación:

'Por su importancia y trascendencia el auto de proceder no es un acto procesal de forma libre, que el Juez pueda realizar de cualquier manera para el fin del juzgamiento. Su forma aparece minuciosamente disciplinada en el artículo 431 del Código de Procedimiento Penal, sometida a un conjunto de condiciones de necesaria observancia y cuya pretermisión, cuando se traduzca en omisiones que comporten confusión, incertidumbre o deficiencia grave respecto de la inculpación que se pretenda hacer, de tal suerte que dificulte el derecho primordial de la defensa o que imposibilite al poder público para ejercer la acción sancionadora en forma correcta, quebranta el artículo 26 de la Constitución Nacional que demanda imperiosamente la observancia de las formas propias de cada juicio en todo proceso de juzgamiento'.

"Y más adelante agrega: 'aunque el artículo 431 del estatuto procesal penal no conmina con nulidad el incumplimiento de las formas que en él se prescriben para la elaboración de un auto de proceder, y el artículo 37 del Decreto 1358 de 1964 (actual Art. 210 del C. de P. P., aclaramos) que subrogó el 198 del Código de Procedimiento Penal, sólo señala como motivo de nulidad, en lo que respecta a ese acto jurisdic-

cional, el haberse incurrido en error relativo a la denominación jurídica de la infracción —que de ordinario se presenta cuando se da al hecho delictuoso comprobado en el sumario una inexacta calificación en derecho, como cuando se denomina robo a la conducta constitutiva de un simple hurto—, o a época o lugar en que se cometió el delito, o al nombre o apellido de la persona responsable o del ofendido, es claro para la Corte que por ser el auto de proceder un acto primordial del juzgamiento su imperfección sustancial, vr. gr. por *imprecisa o ambigua definición del delito imputado,* o por notoria deficiencia de presentación del cargo, en forma tal que por ello se imposibilite o entrabe el normal ejercicio de la defensa o se haga imposible o difícil la aplicación del derecho en la sentencia, se está en presencia de una nulidad supralegal, de arraigo en el artículo 26 de la Constitución Política, conforme a la cual 'nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias del juicio'. (Subrayó la Procuraduría)'.

"En definitiva, estima esta Procuraduría Delegada que el primer cargo propuesto al amparo de la causal cuarta de casación debe prosperar y que el fallo de segundo grado se dictó en un juicio viciado de nulidad, consistente ésta en el desconocimiento del artículo 26 de la Constitución Nacional en cuanto al derecho de defensa y en cuanto a la garantía del debido proceso".

Concluye el colaborador solicitando a la Sala que declare la nulidad de la actuación a partir del auto de proceder, a fin de que se califique el sumario conforme al ordenamiento jurídico vigente. Pero antes observa que, en su opinión, el Tribunal Superior de Buga desconoció el artículo 171 del Código de Procedimiento Penal al proferir el fallo recurrido, pues en tres folios entendió cumplir las exigencias de esa disposición en tan controvertido proceso, omitiendo el análisis de la prueba frente a la decisión del Jurado de conciencia, el examen de los cuestionarios para determinar si se encontraban en concordancia con el auto de llamamiento a juicio y el estudio de los factores que inciden en la individualización de la pena.

La Corte considera.

1. En largo y metódico proceso evolutivo la Corte ha elaborado, con fundamento en el artículo 26 de la Constitución Nacional, la doctrina de las nulidades de carácter supralegal, cuya razón teleológica reside en la necesidad de preservar en todo juzgamiento un justo equilibrio entre los intereses de la sociedad, representada por el Estado, y la persona a quien se juzga, a fin de que, desarrollándose el juicio sobre bases de recíproca lealtad, sin incertidumbres ni sorpresas, toda sentencia tenga como desideratum, al desatar la relación jurídico-procesal, ser la expresión de la verdad, porque en el fondo y en último análisis, no se trata sólo de condenar o absolver, sino de acertar.

2. Sintetizando la referida elaboración jurisprudencial ha expresado la Corte que el artículo 26 de la Constitución consagra un complejo doctrinario integrado por distintas previsiones que no siempre tuvieron igual desenvolvimiento histórico, si bien se presentan ahora estrechamente unidas para instituir las llamadas garantías procesales, que, complementadas con las garantías penales del artículo 28, preservan situaciones absolutamente necesarias para la seguridad de la persona humana. Ha explicado también que el artículo 26 de la Carta determina cuatro garantías, con naturaleza, objeto y consecuencias propias, cuyo desconocimiento acarrea sanciones de distinta índole, salvo los casos excepcionales previstos por el artículo 27, a saber: a) Preexistencia de la ley que gobierna el juzgamiento; b) Legalidad de la jurisdicción; c) Observancia plena de las formas del juicio, y d) Aplicación de la ley permisiva o favorable, aunque sea posterior al acto imputado. Y ha añadido que con apoyo en todas estas previsiones se ejerce el derecho de defensa, al amparo de la tutela constitucional.

3. La primera de las tachas formuladas al fallo recurrido se halla conceptualmente ubicada dentro del marco de la garantía señalada en la letra c) del anterior esquema: Observancia plena de las formas propias de cada juicio. En efecto, como lo recuerda el recurrente coincidiendo en ello con el inalterable criterio de la Corte sobre el particular, expuesto reiteradas veces a partir de la vigencia del Código de Procedimiento Penal anterior (Ley 94 de 1938), el auto de proceder constituye la pieza central del juicio, porque recogiendo la dinámica probatoria del sumario, fija el ámbito concreto de la acusación, para que el acusado conozca de manera clara y precisa cuáles son los cargos que el Estado le formula, por conducto del Juez de la causa, y pueda proveer a su defensa con la certidumbre de que no será sorprendido con una condena por hechos o situaciones jurídicas distintas; porque abre el debate para que las personas que intervienen en el proceso tengan una orientación definida sobre las pruebas que deben presentar en el plenario, en orden a demostrar sus respectivas

tesis; porque es la fuente de donde el Juez habrá de sacar los cuestionarios que, en su caso, debe proponer al Jurado; y, en fin, porque determina los límites jurisdiccionales en que ha de moverse el juzgador al proferir la sentencia.

4. Consciente el legislador del carácter trascendente del auto de proceder, a fin de que constituyera en realidad una auténtica garantía del juzgamiento, lo estructuró por modo circunstanciado en el artículo 483 del Código de Procedimiento Penal (equivalente al 431 del Código anterior), instituyendo así una de las más importantes formas del juicio, de suerte que si tal acto jurisdiccional formula los cargos al procesado con expresiones confusas, equívocas o susceptibles de sembrar incertidumbre o graves dificultades en el ejercicio del derecho de defensa, se quebranta el artículo 26 de la Constitución, configurándose una nulidad supralegal.

5. Coincidiendo con el criterio expuesto, decía esta Sala en sentencia del 17 de abril de 1961, recordada por el actor, que el acusado tiene derecho a saber desde la vocación a juicio cuál es el delito que se le atribuye, pero no únicamente en su género, puesto que si hay circunstancias específicas que lo agraven o le den particular fisonomía frente a la ley penal, como ocurre cuando el homicidio toma la categoría de asesinato por concurrir alguna o algunas de las circunstancias previstas en el artículo 363 del Código Penal, sobre ellas tiene que hacer mención el llamamiento a juicio, pues de otro modo no podrían controvertirse en el plenario, ni debatirse en la vista pública de la causa. Sería, en síntesis, un proceder desleal con el acusado y una flagrante violación del derecho de defensa. (G. J., Nº 2239, págs. 567 y 568).

Y en fallo del 23 de enero de 1970, transcrito en lo pertinente por el Procurador, ratificaba el acervo doctrinario sobre el tema expresado que por su importancia y trascendencia, el auto de proceder no es un acto procesal de forma libre, que el Juez pueda realizar de cualquier manera para el fin del juzgamiento. Agregando que dada la capital importancia de esa pieza del proceso, su imperfección sustancial, vr. gr., por imprecisa o ambigua o anfibológica definición del delito imputado, o por notoria deficiencia de presentación del cargo, en forma tal que por ello se imposibilite o entrabe el normal ejercicio de la defensa o se haga imposible o difícil la aplicación del derecho en la sentencia, se crea una nulidad supralegal, con soporte en el artículo 26 de la Carta.

6. Como de manera irrefragable lo sostienen el actor y la Procuraduría, el auto de proceder dictado en este proceso no demuestra la materialidad de la infracción; tampoco la contribución causal de cada uno de los cuatro procesados al resultado obtenido, y menos las circunstancias que elevan el homicidio a la categoría de asesinato. Y así el Juez de la causa, creyendo colmar ese vacío, incluyó en los cuestionarios las que estimó tácitamente esbozadas por los elementos de juicio a que se refiere el vocatorio. Pero esa inclusión tardía, que patentiza más las graves omisiones en que incurrió el auto de llamamiento a juicio, carece de eficacia para garantizar el derecho de defensa de los acusados, por haber precluido ya la inestimable oportunidad del término probatorio de la causa.

7. Prospera, pues, el primero de los cargos aducidos en apoyo en la causal cuarta de casación, y ello hace innecesario el estudio de las demás tachas aducidas al amparo de la misma. Obsérvase, finalmente, que por ser común a todos los condenados el motivo que origina la nulidad demostrada, la reposición de lo actuado se extiende, según conocida doctrina de esta Sala, al procesado Pedro Antonio Mazuera Libreros, aunque no haya sido recurrente en casación.

Fallo:

En virtud de las razones expuestas, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— de acuerdo con la Procuraduría Segunda Delegada y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *invalida* la sentencia impugnada del Tribunal Superior de Buga, y, en su lugar *declara la nulidad* de lo actuado en este proceso a partir del auto de proceder, inclusive (Fls. 152 y ss., Cd. 4º), a fin de que se reponga el procedimiento de allí en adelante.

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

Luis Enrique Romero Soto, Humberto Barrera Domínguez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Julio Roncallo Acosta, Mario Alario Di Filippo, Alvaro Luna Gómez, Luis Carlos Pérez, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

DELITO CONTINUADO

La unidad de designio es el requisito exigido por la legislación para diferenciar el delito continuado del concurso material de tipos penales.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.— Bogotá, junio veintiuno de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado ponente: Humberto Barrera Domínguez).

Acta número 21 de 1972.

Vistos.

Entra la Corte a resolver el recurso de apelación interpuesto por el doctor Hugo Jesús Ortiz Rosero, ex-Juez Promiscuo Municipal de San Cayetano, contra la providencia del Tribunal Superior de Bogotá —Sala de Decisión Penal—, de 2 de diciembre de 1970, por la cual fue calificado el mérito del sumario que se sigue al recurrente, así:

"1º Llamar a responder en juicio criminal a Hugo de Jesús Ortiz Rosero... por el delito contra la administración pública, previsto en el Capítulo II, Título III, del Libro 2º del Código Penal, en relación con el artículo 32 del mismo estatuto, por los hechos relacionados y analizados en los apartes a), b), c), d) y e), de esta providencia.

"2º Sobreseer definitivamente a Hugo de Jesús Ortiz Rosero, como ex-Juez Promiscuo Municipal de San Cayetano, por el cargo que le aparece en el aparte g) de la relación de hechos, por cuanto aparece que el denunciado por Luis Antonio Castro Santana y Venancio Gómez, no es constitutivo de delito.

"3º Sobreseer definitivamente a quien fue Juez Promiscuo Municipal de San Cayetano, Hugo Jesús Ortiz Rosero, por los cargos contenidos en el aparte h) de la relación de hechos, por cuanto aparece que no se cumplieron los que fueron denunciados en referencia con Luis Villamil, Luis Velásquez, Daniel Suárez y N. Gordillo, y circunscritos dentro de un mismo caso.

"4º Abrir investigación por separado por el cargo que Marco Tulio Pulga Ovalle hace al procesado Hugo Jesús Ortiz Rosero y que, en la relación de hechos, se presenta como un posible delito contra la administración pública.

"5º Continuar por separado la investigación por el posible delito de peculado, que quien fuera Procurador del extinguido Distrito Judicial de Zipaquirá imputó tácitamente al procesado Hugo Jesús Ortiz Rosero, por la pérdida de un revólver.

"6º Para el cumplimiento de lo dispuesto en los numerales 4º y 5º de la parte resolutiva de esta providencia, se comisiona al señor Juez Promiscuo Municipal de San Cayetano, con un término de treinta días para cada uno de los casos contemplados en estos numerales.

"7º Revocar la excarcelación que le fue concedida al procesado por el extinguido Tribunal Superior de Zipaquirá, como consecuencia del sobreseimiento temporal proferido por esa Corporación el diez y ocho de enero de mil novecientos sesenta y ocho (1968), ordenar la captura del enjuiciado, a quien se le hará notificación personal de esta providencia, con las prevenciones y advertencias legales".

El Magistrado Alfonso Reyes, de la Sala de Decisión Penal, salva su voto en relación con la parte motiva de la providencia, en cuanto no considera "correcto asimilar el designio a que se refiere el artículo 32 del Código Penal al concepto de dolo cualquiera sea el epíteto con que se le califique, si no se quiere darle al dolo un alcance que excede en mucho su real contenido".

El Procurador 2º Delegado en lo Penal, luego de un detenido examen del informativo, dice que corresponde:

"1. Confirmar el llamamiento a juicio a que se hace alusión en el punto primero de la parte resolutiva del auto apelado, en cuanto a los cargos que el Tribunal Superior distingue bajo

las letras a) c) y la e), modificarlo en el sentido de que se trata de concurso material de delitos revocarlo para en su lugar disponer un sobreseimiento de carácter temporal, en relación con el cargo, que el Tribunal Superior distinguió con la letra b), sacar copia para investigar por aparte los hechos contemplados en la letra d).

"2. Confirmar el punto segundo de la parte resolutiva del auto apelado.

"3. Revocar el punto tercero y en su lugar ordenar expedir copias para investigar separadamente el cargo allí contemplado.

"4. Confirmar los puntos cuarto y quinto, y

"5. Sobreseer definitivamente en favor del doctor Hugo de Jesús Ortiz Rosero, en relación con el cargo décimo a que alude este concepto y sacar copias para investigar separadamente el cargo decimoprimero".

Con fundamento en la denuncia formulada por el Alcalde del Municipio de San Cayetano, la Procuraduría del Distrito Judicial de Zipaquirá, con fecha diez y ocho de octubre de mil novecientos sesenta y siete, abrió la averiguación previa de que trata la atribución 3ª del artículo 54 del Decreto 1698 de 1964, la que culminó con la orden de captura del sindicado, doctor Ortiz Rosero, quien fue puesto a disposición del Tribunal Superior del extinguido Distrito Judicial de Zipaquirá, a donde igualmente fue enviado el expediente.

Repartido al Magistrado, doctor Juvenal García, éste dispuso abrir la investigación penal mediante el auto cabeza de proceso de veintiocho de octubre siguiente y para la práctica de varias diligencias comisionó al nuevo Juez Promiscuo Municipal de San Cayetano, el que perfeccionó el sumario.

Reabierta la averiguación luego del sobreseimiento temporal proferido por el Tribunal Superior de Zipaquirá y practicadas otras pruebas, vino el negocio al Tribunal Superior de Bogotá, en donde la correspondiente Sala Penal de Decisión dictó el auto objeto del recurso.

Hechos.

De acuerdo con los datos del informativo, los cargos que se deducen contra el doctor Ortiz Rosero, en el orden en que los traen el juzgador *a quo* y el Ministerio Público, son los siguientes:

a) Haber recibido de Guillermo Carreño Ruiz y de Luis Epifanio Ramírez la suma de cuatrocientos pesos ($ 400.00), para obtener éllos la libertad.

b) Haber exigido a Luis Alfonso Achury Poveda la suma de cincuenta pesos ($ 50.00), para dar curso a una petición sobre recepción de algunas declaraciones.

c) Haber recibido de José Isidro Malaver Montaño la cantidad de doscientos cinco pesos ($ 205.00), como "multa", a fin de entregarle dos escopetas decomisadas por la policía.

d) Haberse hecho entregar del detenido José de la O. Guzmán un cheque por la suma de un mil trescientos pesos ($ 1.300), haciéndole creer a aquél que estaba destinado a su apoderado, instrumento que fue cobrado para beneficio exclusivo del ex-Juez Ortiz Rosero.

e) Haber recibido de Serafín Rincón Castiblanco, por intermedio de Jorge Salazar, la cantidad de cien pesos ($ 100.00), para tramitar una demanda que Rincón se proponía llevar contra Nieves Castiblanco.

f) Haber recibido de Marco Tulio Pulga Ovalle la suma de dos mil trescientos pesos para entregar, dos mil pesos, al señor Julio Peña (a fin de obtener el desembargo de un terreno) y trescientos pesos a un abogado (como honorarios), cantidad que no se tienen informes si fue destinada a los fines antes indicados.

g) Haber recibido de Luis Antonio Castro Santana la suma de trescientos cincuenta pesos, para adelantar un juicio ejecutivo contra Rosa Montaño de Gutiérrez.

h) Haber pedido a Luis Villamil, a Luis Velásquez, a Daniel Suárez y a N. Gordillo la cantidad de doscientos pesos ($ 200.00) a cada uno, para concederles la libertad.

i) Haber dispuesto de un revólver que pertenecía al Juzgado, arma que no fue entregada a su sucesor, respecto de lo cual el acusado dio explicaciones contradictorias.

j) Haber pedido a Eduardo Alvarez la suma de trescientos pesos ($ 300.00) para otorgarle el beneficio de excarcelación, dinero que le fue entregado por Isaac Ballesteros.

Anota además, el Procurador 2º Delegado en lo Penal que "en la declaración de Rafael Antonio Castellanos, Secretario de la Alcaldía Municipal de San Cayetano, se encuentra este cargo: 'También por información verbal del señor Luis Antonio Castro Santana se tuvo conocimiento de que el doctor Ortiz Rosero le había sacado un dinero, posiblemente para entregarle unos semovientes que en días pasados se le habían extraviado', cargo que en ninguna forma fue investigado, siendo procedente adelantar su averiguación en forma separada".

Considera la Corte.

Está de acuerdo la Sala con el concepto del Ministerio Público, en el sentido de que se trata de un concurso material de delitos y no de un delito continuado, por cuanto esto último exige la unidad de designio, lo cual no está comprobado.

Ciertamente, no es dable entender que el funcionario sindicado, al tomar posesión del cargo, se hubiese propuesto la realización, en perjuicio de una pluralidad de víctimas, de la infracción de que se le acusa: el delito de concusión.

No siempre la reiteración por el agente de una misma infracción punible origina el delito continuado, pues requiere éste que el comportamiento ponga de manifiesto el desarrollo del mismo designio criminoso, de un solo propósito genérico.

Anota Sebastián Soler ("Derecho Penal Argentino", Editorial "Tipográfica Editora Argentina", Buenos Aires, 1956, T. II, pág. 341) que se tiene el delito continuado "cuando una sola resolución delictiva se ejecuta por medio de varias acciones, cada una de las cuales importa una forma análoga de violar la ley".

Esta modalidad delictiva exige, pues, pluralidad de acciones, varias infracciones de una misma disposición de la ley penal, y unidad de designio criminoso. Así se desprende también del precepto que trae el artículo 32 del Código Penal, que habla de "la infracción repetida de una disposición de la ley penal, cuando revele ser ejecución del mismo designio".

Y si bien en este proceso se han averiguado diversos cargos de concusión, hechos al doctor Ortiz Rosero, no puede hacerse alusión, por ausencia absoluta de prueba al respecto, a un proyecto genérico que se hubiese trazado para realizar las distintas acciones consumativas de los distintos delitos de concusión de que se le sindica. No se tiene demostrado que una sola voluntad criminosa, a manera de prospecto o programa delictuoso, haya ligado los distintos hechos calificados como concusión en este asunto y que se atribuyen al ex-Juez Promiscuo Municipal de San Cayetano.

Ahora bien:

En cuanto al mérito de la investigación, se tiene:

1º Están demostrados los cargos de que tratan los puntos a), c) y e), a saber:

a) La denuncia de Guillermo Carreño Ruiz (Fls. 3 y 22) está ratificada por la declaración de su compañero de detención, Luis Epifanio Ramírez (F. 121 v.), quien dice que hizo entrega al doctor Ortiz Rosero de la suma de cuatrocientos pesos, luego de llevar a cabo algunas diligencias para conseguir ese dinero.

El Director de la Cárcel de San Cayetano, señor Eccehomo Peñarete Suárez, da respaldo a lo que asevera el denunciante, pues informa sobre el permiso que el doctor Ortiz Rosero le concedió al detenido Ramírez, permiso que está concebido en los siguientes términos: "Aquí este muchacho tiene permiso para que vaya a Camancha a traer una plata para que paguen la multa. El otro queda ahí detenido mientras viene éste". Agrega este testigo que Ramírez, al regreso a la cárcel, le mostró el dinero y luego entró al Juzgado, y que cuando salió de allí, "me dijo que ya le había dado la plata, pero no le había dado recibo alguno".

La Procuraduría del Distrito Judicial de Zipaquirá, en las diligencias previas adelantadas, verificó que el 28 de septiembre de 1967 el Juez Ortiz Rosero ordenó la libertad de los citados Carreño Ruiz y Ramírez, "por no extructurarse el delito por el cual se les sindica", según reza la providencia, cuya copia obra al folio diez y nueve del expediente.

El acusado rechazó este cargo. Y en cuanto al permiso que concedió al detenido Ramírez, expresa que, al enterarse de que se le iba a proferir auto de sobreseimiento temporal, pidió tal permiso para traer un recibo por la cantidad de dos mil quinientos pesos ($ 2.500), que le adeudaba un señor Lombana, a fin de buscar su pago por la vía judicial (F. 79 v.).

Pero, con toda razón, el Procurador 2º Delegado en lo Penal observa que tal explicación no es atendible, pues "se advierte que los sindicados fueron puestos en libertad por no existir motivo legal para detenerlos y no por sobreseimiento temporal... y no tiene fundamento alguno el que se diera tal permiso a Ramírez para obtener el susodicho recibo y buscar el pago de esa suma de dos mil quinientos pesos, si al día siguiente iba a ser puesto, con su compañero Carreño Ruiz, en libertad".

De otra parte, los sindicados de violencia carnal Carreño Ruiz y Ramírez sostuvieron enfáticamente el cargo al Juez Ortiz Rosero, en diligencia de careo (F. 183), lo que también hizo el señor Peñarete Suárez, Director de la Cárcel de San Cayetano (F. 201 y ss.).

Se tienen, pues, las condiciones del delito de concusión, según el precepto contenido en el artículo 156 del Código Penal, pues el sindicado Ortiz Rosero, con abuso del cargo, indujo a los mencionados Carreño Ruiz y Ramírez a entregarle la cantidad de cuatrocientos pesos, dizque a título de "multa", para obtener su libertad.

Sabido es que son requisitos de la concusión los siguientes: a) Calidad de funcionario o empleado público en el agente; b) Abuso del cargo o de las funciones; c) Empleo de medios encaminados a constreñir o inducir a alguien a dar o prometer al mismo funcionario o a un tercero, "dinero o cualquier otra utilidad".

Y estos elementos se tienen en la conducta de que se ha hecho examen.

b) Se sindica al mismo doctor Ortiz Rosero de haber recibido de José Isidro Malaver Montaño la cantidad de doscientos cinco pesos ($ 205.00), también dizque a título de "multa", para hacerle entrega de dos escopetas decomisadas por la policía.

El acusado admite haber hecho entrega de las citadas escopetas a Malaver Montaño, pero sin haberle exigido dinero alguno (F. 88 v.).

El ya nombrado Eccehomo Peñarete, Director de la Cárcel de San Cayetano (F. 11 v.), refiere que Isidro Malaver le contó que el doctor Ortiz Rosero le exigía aquella suma de doscientos cinco pesos, por la devolución de las citadas escopetas.

Y el hecho de que el funcionario sindicado, mediante oficio de 4 de septiembre de 1967 (F. 34) pidiera al Alcalde Municipal de San Cayetano las dos escopetas, dizque porque cursaba en su Despacho demanda de Leonidas Cañón para que Malaver le devolviera tales armas, por ser de propiedad de aquél, lo cual no se desprende del juicio a que hace alusión, dado que en ese negocio no aparece solicitud alguna al respecto, ni orden de embargo de dichas escopetas, dan credibilidad suficiente al denunciante Malaver, como para encontrar acreditado este cargo.

c) Atribuye Serafín Rincón al doctor Ortiz Rosero el haberle exigido, por intermedio de Jorge Salazar, la cantidad de cien pesos, para tramitar una demanda que Rincón iba a proponer contra Nieves Castiblanco (F. 57 v.), a fin de que ésta entregara a Rincón una suma de dinero por aquélla recibida como arras.

Llamado a declarar bajo la gravedad del juramento Jorge Salazar (F. 60), dice lo siguiente: "Le entregué la suma de cien pesos en un billete de tal denominación, se lo entregué personalmente en el Despacho del Juez, el catorce de octubre corriente..." (1967)... "a eso de las diez de la mañana; se los entregué delante de Juanito, no le sé el apellido, quien trabaja en el mismo Juzgado; Serafín Rincón quería demandar a una señora, cuyo nombre quedó de traerme para yo presentar la demanda; me dejó firmado el papel sellado (efectivamente el declarante muestra la hoja de papel sellado... firmada por el reverso con tinta verde y dice: "Serafín Rincón"). Serafín me dijo de esta manera: Llévele estos cien pesos al doctor, que él me exigió para esa demanda para embargar la yegua moramosquiada, que es de propiedad de la demandada y que los señores Marcelo Rincón y Luis Montaño pueden certificar que es propietaria del semoviente. El saldo a cobrar eran seiscientos pesos, pero él estimaba la deuda en un mil pesos. Serafín me dio los cien pesos, y yo se los dí al señor Juez. Serafín vino después y le preguntó al señor Juez, si yo le había entregado los cien pesos, y el Juez dijo que sí, que los había recibido de mis manos".

El funcionario sindicado negó este cargo, pero el declarante Jorge Salazar lo sostuvo en diligencia de careo con el sindicado (F. 121).

También resulta plenamente comprobado este nuevo hecho, pues no aparece razón alguna para negarle credibilidad a los nombrados Rincón y Salazar, en quienes no resulta motivo alguno que dé fundamento, siquiera, a tan grave animadversión hacia el doctor Ortiz Rosero, que los llevara a hacerle, bajo la gravedad del juramento, tan grave acusación.

2º Fueron desvirtuados los cargos que aparecen en los puntos g) y j), respecto de los cuales se tiene:

a) En cuanto a lo aseverado por Luis Antonio Castro Santana, de que entregó al Juez Ortiz Rosero trescientos cincuenta pesos para que se adelantara el trámite de un juicio ejecutivo que aquél adelantaba contra Rosa Montaño de Gutiérrez, el acusado dijo que se trataba de un depósito para el abogado que se encargara de adelantar tal juicio (F. 97 v.). Y en las diligencias de careo de Castro y Vespaciano Gómez, estos dos declarantes admitieron que ciertamente ese era el destino del dinero entregado al Juez Ortiz Rosero.

El Juez sindicado, en razón de que la demanda relacionada con el juicio de que se ha hecho mención fue rechazada, no consignó el dinero recibido de Castro Santana, y esa suma fue encontrada por el Procurador del Distrito Judicial de Zipaquirá en el Juzgado, a raíz de la visita que practicó (F. 68).

Comparte la Corte la conclusión a que llega el juzgador *a quo* en relación con este cargo (Ord. 2º de la parte resolutiva de la providencia recurrida), al sobreseer definitivamente en favor del doctor Ortiz Rosero, conclusión que igualmente acepta como jurídica el Procurador 2º Delegado en lo Penal.

b) Al folio 53 del expediente dice Isaac Ballesteros Malaver: "Yo le dije al señor Alcalde, mejor, él me preguntó que qué me decía el señor

Juez. Yo le contesté que el señor Juez me decía que tenía que traerle la suma de trescientos pesos; el Juez me leyó la demanda que tienen a Carlos Eduardo Alvarez, y como yo tenía la calidad de fiador de Alvarez, entonces fue cuando el señor Juez me dijo que le trajera trescientos pesos, porque la demanda no servía para nada. El viernes pasado vine a traérselos, este viernes pasado; entonces dijo que no era para que se los dejara a él, sino para que los pasara a la recaudación de hacienda; él me hizo un recibo y me fui a la recaudación de hacienda y allá me recibieron los trescientos pesos, y ahí le mandaron un recibo al señor Juez".

Encuentra el Procurador 2º Delegado en lo Penal un nuevo cargo en lo dicho por Ballesteros Malaver y observa que éste no fue examinado por el juzgador *a quo*.

Y luego de un examen de los datos del expediente sobre el particular, pide que se sobresea definitivamente en cuanto a tal imputación, en favor del doctor Ortiz Rosero, porque "la libertad de Alvarez fue otorgada antes de la consignación de la suma indicada, en el proceso que se le adelantó por violencia carnal (F. 68); pero, como lo explicó el Juez Ortiz Rosero en su indagatoria, se dispuso que se consignara tal suma, estimándola necesaria, pero después, en virtud de que la libertad concedida al nombrado Alvarez tuvo la calidad de incondicional, fue devuelta tal suma, como aparece en el expediente.

Resulta comprobado, por tanto, que la conducta del doctor Ortiz Rosero en este caso, no es delictiva y debe sobreseerse definitivamente en su favor, en lo concerniente a este cargo.

3º El juzgador *a quo*, en el punto tercero de la parte resolutiva de la providencia que revisa la Corte, dispuso sobreseer definitivamente en favor del doctor Ortiz Rosero, en relación con el cargo que le hacen Luis Villamil, Luis Velásquez, Daniel Suárez y N. Gordillo, de haberles exigido la cantidad de doscientos pesos a cada uno, para concederles el beneficio de libertad.

No comparte esta decisión el Ministerio Público, por las siguientes razones:

"Este cargo tampoco se investigó adecuadamente. El Alcalde de San Cayetano dio cuenta de él en oficio dirigido al Procurador Distrital (F. 2) y el Director de Cárcel se expresó así: 'Un muchacho Luis Villamil dizque le cobró doscientos pesos también; lo supe porque él mismo me dijo' (Fl. 11 v.). Posteriormente agregó: 'A Luis Villamil sí lo distingo, él estuvo trabajando aquí en el municipio. A los otros no los tengo presentes' (F. 12 v.).

"Luis Eduardo Velásquez negó que se le hubiera solicitado dinero y que hubiera estado detenido; Luis Villamil y Daniel Suárez, no fueron interrogados. Se recibió declaración a Carlos Arturo Gordillo (F. 202), pero evidentemente se trata de persona diferente.

"Contra Luis Villamil cursó un asunto por abigeato (F. 67 v.) como consta en la revisión de procesos que efectuó el Procurador Distrital".

Concluye el Procurador 2º Delegado en lo Penal con la petición de que se continúe la averiguación de este cargo.

La Corte está de acuerdo con lo solicitado por el Ministerio Público, porque efectivamente, es necesario recibir declaración juramentada a Luis Villamil y a Daniel Suárez, y, luego de identificar a N. Gordillo, recibirle también declaración bajo la gravedad del juramento.

Es el caso, pues, de sobreseer temporalmente en cuanto a tales hechos y ordenar que se reabra la averiguación. Para éllo, corresponde revocar el referido punto tercero de la parte resolutiva del auto objeto del recurso de apelación.

4º El cargo de que trata el aparte b), que hace al doctor Ortiz Rosero el señor Luis Alfonso Achury Poveda, quien dice que el acusado "me sacó cincuenta pesos por presentar yo el memorial y una estampilla de dos pesos" (F. 56), no está suficientemente comprobado y respecto de esta imputación debe ser revocado el llamamiento a juicio.

El referido Achury Poveda estuvo sindicado del delito de rapto, y afirma que llevó al Juez un memorial solicitando algunas pruebas, lo que dio lugar a la exigencia de la suma de que da cuenta. Pero no se verificó, mediante la inspección judicial correspondiente, si existe en el proceso aludido el memorial de que informa dicho señor Achury Poveda. El Juez dice que los referidos cincuenta pesos los recibió Juan Rubio, Auxiliar Primero Judicial al servicio de su Despacho, para citar algunos testigos. Pero no se recibió declaración al citado señor Rubio, elemento de juicio necesario para decidir con seguridad sobre la aludida imputación.

Es ésta también la opinión del Ministerio Público.

5º En cuanto a los hechos de que trata el aparte d), respecto de los cuales también el juzgador *a quo* llama a juicio al sindicado Ortiz Rosero, al considerarlos como constitutivos del delito de concusión, el Ministerio Público dice:

Consiste esa imputación en "haberse hecho entregar del detenido José de la O. Guzmán un cheque por la suma de $ 1.300, haciéndole creer que estaba destinado a su apoderado, ins-

trumento que fue cobrado para beneficio exclusivo del funcionario. Posteriormente se exigió al detenido más dinero para el pago de unas declaraciones''.

''Estima la Procuraduría que el Tribunal Superior y la Corte Suprema de Justicia no son competentes para conocer de este cargo, porque, según probanzas que aparecen en el expediente, no se trata de un delito de responsabilidad, sino de una infracción común. Los delitos de responsabilidad son aquellos que no pueden cometer sino los funcionarios o empleados públicos, en relación con las funciones que les son propias, o en razón del cargo.

''Al capturarse a José de la O. Guzmán, se le halló un cheque por $ 1.300, que nada tenía que ver con el hecho investigado. El doctor Ortiz Rosero le indicó a Guzmán que esa suma de dinero podía destinarla a su apoderado, propuesta que el detenido aceptó y a ese fin dejó en poder del funcionario el instrumento negociable. El doctor Ortiz hizo cobrar el cheque en Zipaquirá y se apropió del dinero, pues no lo entregó al abogado de Guzmán.

''El Tribunal Superior estimó que se trataba de un delito de concusión, criterio que no comparte este Despacho, pues el funcionario no abusó del cargo, ni de las funciones, ni tampoco constriñó o indujo a José de la O. Guzmán para que le entregara el cheque, sino que incumplió el encargo que le confió el acusado''.

La Corte está de acuerdo con el Procurador 2º Delegado en lo Penal, en cuanto a que, de haber ocurrido el hecho atribuido al doctor Ortiz Rosero, éste no se realizó con abuso de sus funciones o del cargo de Juez Promiscuo Municipal de San Cayetano, lo cual es suficiente para excluir el delito de concusión, dado que tal ilícito punible requiere de tal abuso.

Se tendría, en el caso de que resulten comprobados los hechos, un posible delito contra la propiedad, el que, por razón de la cuantía y del lugar donde se pudo cometer, corresponde al Juzgado Promiscuo Municipal de San Cayetano (Arts. 37, numeral 3, y 41 del Código de Procedimiento Penal).

Corresponde, por tanto, revocar en este punto el llamamiento a juicio que se hace al doctor Ortiz Rosero, según el ordinal 1º de la providencia objeto del recurso (parte resolutiva) y disponer que se envíen las copias del caso al Juzgado Promiscuo Municipal de San Cayetano, para su conocimiento.

6º Pide el Procurador 2º Delegado en lo Penal que se confirmen las decisiones tomadas por el Tribunal Superior de Bogotá en la providencia impugnada, en los ordinales 4º y 5º de la parte resolutiva de tal proveído, en los cuales, como se dejó antes transcrito, se ordena: a) ''Abrir investigación por separado por el cargo que Marco Tulio Pulga Ovalle hace al procesado Hugo Jesús Ortiz Rosero, y que, en la relación de hechos, se presenta como un posible delito contra la administración pública'', y, b) ''Continuar por separado la investigación por el posible delito de peculado, por la pérdida de un revólver'' existente en el Despacho a cargo del doctor Ortiz Rosero, cuando recibió el Juzgado Promiscuo Municipal de San Cayetano.

Se trata de los cargos distinguidos con los apartes f) y la i), de la relación de hechos atribuidos al doctor Ortiz Rosero.

En cuanto al primero, dice Marco Tulio Pulga Ovalle que entregó al Juez Ortiz Rosero la suma de $ 2.300, para que, luego de entregar tal dinero a Julio Peña, fuera desembargado un terreno, y también para el pago de honorarios al abogado que obtuviera tal desembargo. Y respecto del segundo, expresa el Procurador del Distrito Judicial de Zipaquirá, en el acta de visita (F. 70), que no dio explicaciones satisfactorias el Juez Ortiz Rosero en cuanto a la desaparición de un revólver, de uso del Despacho.

Expresa el Ministerio Público que es deficiente la averiguación adelantada respecto de tales hechos, pues, en cuanto al últimamente señalado, ni siquiera se interrogó en la diligencia de indagatoria al funcionario sindicado; y respecto del primero, observa el Procurador 2º Delegado en lo Penal que, al folio 159 ''aparece una constancia firmada por Marco Tulio Pulga Ovalle que exoneraría de todo cargo al doctor Ortiz Rosero, pero estima este Despacho que es conveniente ahondar en la investigación para calificar lo ocurrido''. Y pide que, como lo ordena el juzgador *a quo*, se produzca copia para que se investigue separadamente este hecho.

7º Como cargo no examinado por el juzgador *a quo*, la Procuraduría Segunda Delegada en lo Penal anota, como se dejó dicho, que ''en la declaración de Rafael Antonio Castellanos, Secretario de la Alcaldía Municipal de San Cayetano, se encuentra: 'También por información verbal del señor Luis Antonio Castro Santana se tuvo conocimiento de que el doctor Ortiz Rosero le había sacado un dinero posiblemente por entregar unos semovientes, que en días pasados se le habían extraviado' ''.

Pide, en consecuencia, que se saque copia de lo pertinente, para que se averigue este undécimo cargo.

La Corte encuentra procedente la solicitud del Ministerio Público.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del Procurador 2º Delegado en lo Penal,

Resuelve:

Primero. Confirmar lo resuelto por el juzgador *a quo* en la providencia de que se hizo mérito, en el ordinal 1º de la parte resolutiva, en cuanto llama a juicio por el delito de concusión previsto en el Capítulo II, del Título III, del Libro 2º del Código Penal, al doctor Hugo Jesús Ortiz Rosero, según los cargos que se le hacen en los apartes a), c) y e), de la relación de hechos, en concurso material.

En consecuencia, *se revoca* lo resuelto en ese mismo ordinal 1º de la parte resolutiva del auto impugnado, en cuanto a los cargos b) y d), imputados al doctor Ortiz Rosero y mencionados en la citada relación de hechos.

Segundo. Confirmar el ordinal 2º de la parte resolutiva del proveído de que se ha hecho alusión, en cuanto sobresee el Tribunal Superior de Bogotá, de manera definitiva, en favor del doctor Ortiz Rosero, respecto del cargo que se le hace en el aparte g), de la relación de hechos.

Tercero. Sobreseer definitivamente en favor del mismo doctor Ortiz Rosero respecto del cargo distinguido con la letra j), de la relación de hechos (y que el Ministerio Público anota en al aparte 10 de su concepto), respecto del cual no hizo calificación ninguna el juzgador *a quo*, consistente en la supuesta exigencia del sindicado a Eduardo Alvarez, para que le entregara la suma de trescientos pesos, a fin de concederle el beneficio de libertad.

Cuarto. Revocar el ordinal 3º de la parte resolutiva del proveído objeto del recurso de apelación, en cuanto sobresee definitivamente en favor del doctor Ortiz Rosero, en relación con el cargo de que dá cuenta el aparte h), de la relación de hechos (8º del concepto del Ministerio Público) y en su lugar se *sobresee temporalmente* al mismo acusado, a fin de que se reabra la averiguación y se practiquen las pruebas aludidas en la parte motiva, sobre este particular.

Quinto. Sobreseer temporalmente en favor del doctor Ortiz Rosero, en cuanto al cargo detallado en el aparte b) de la relación de hechos (2º cargo del concepto del Ministerio Público), por el cual llamó a juicio el Tribunal Superior de Bogotá al sindicado, determinación que se revoca en esta providencia. Al respecto, debe reabrirse la investigación para practicar las diligencias indicadas en la parte motiva de este proveído.

Sexto. Ordenar que se expidan las copias pertinentes y se remitan al Juez Promiscuo Municipal de San Cayetano, a fin de que conozca del cargo que se hace en el aparte d) de la relación de hechos (cargo 4º del concepto del Ministerio Público), cargo respecto del cual el juzgador *a quo* llamó a juicio al procesado y que se revoca, como se hace en el ordinal 1º de esta providencia.

Séptimo. Confirmar lo resuelto en los ordinales 4º y 5º de la parte resolutiva del proveído objeto del recurso de apelación, y que se relaciona con los cargos de que tratan los apartes f) e i) (6º y 9º del concepto del Procurador 2º Delegado en lo Penal).

Octavo. Ordenar que se saque copia de lo pertinente, a fin de que se adelante la investigación del cargo que el Ministerio Público anota en el punto 11 de su concepto, el que no fue examinado por el Tribunal Superior de Bogotá, ni investigado suficientemente.

Noveno. Confirmar lo resuelto en los ordinales 6º y 7º de la providencia del Tribunal Superior de Bogotá (parte resolutiva).

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Luis Enrique Romero Soto, Humberto Barrera Domínguez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Julio Roncallo Acosta, Mario Alario Di Filippo, Alvaro Luna Gómez, Luis Carlos Pérez, José María Velasco Guerrero.

J. Evencio Posada V., Secretario.

SALA DE CASACION LABORAL

SEGURO DE VIDA

Esta Sala de la Corte considera que cuando el artículo 22 del Decreto 2351 de 1965, dice que el seguro de vida consistente en un mes de salario por cada año de servicios, continuos o discontinuos, se liquidará en la misma forma que el auxilio de cesantía, se está refiriendo a la regla contenida en el artículo 17, inciso 1, que señala cual es el salario que ha de tomarse como base para hacer dicha liquidación, o sea por el último, si no sufrió variación en los tres últimos meses, o por el promedio mensual de lo devengado en el último año, si hubo esa variación o si el salario era variable; así es como se liquida el auxilio de cesantía por regla general.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., trece de enero de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor José Eduardo Gnecco C.).

Sección segunda. - Acta número 1.

Aura María González viuda de Suárez, Guillermo Suárez González, Elda Suárez González de Pérez y Enrique Suárez González, mayores de edad, demandaron por medio de apoderado a la Fábrica de Tejidos "San José de Suaita", con domicilio principal en Bogotá, para que se la condenara a pagarles, en sus condiciones de herederos y causahabientes del señor Augusto Suárez Plata, los siguientes valores: auxilio de cesantía que le hubiera correspondido al causante por haber prestado servicios a la demandada durante veintiún años tres meses y nueve días; seguro de vida doblado por haber fallecido el causante con ocasión de un accidente de trabajo; lo correspondiente a dos años de vacaciones causadas y no disfrutadas; prima de servicios por el tiempo comprendido entre el 1º de julio y el 9 de octubre de 1965; pensión de jubilación a que tenía derecho el causante, para la viuda y por un período de dos años, contados a partir del fallecimiento del señor Suárez Plata; un mes de salario por los gastos de entierro; salario por el tiempo comprendido entre el 1º de octubre y el 9 de octubre de 1965, y las agencias en derecho.

Según los hechos de la demanda, Augusto Suárez Plata prestó sus servicios a la sociedad demandada desde el 1º de julio de 1944 hasta el 9 de octubre de 1965 fecha en que atracadores le causaron la muerte cuando desempeñaba sus funciones habituales dentro de la Fábrica de Tejidos San José de Suaita; devengó diferentes salarios, siendo el último de $ 600.00 mensuales, más un salario en especie consistente en el uso por todo el tiempo de servicios, de una casa de habitación con toda clase de servicios. Los demandantes son causahabientes de Augusto Suárez Plata, la primera en su calidad de esposa legítima y los demás en su carácter de hijos legítimos, y la sociedad demandada se ha negado a pagarles el valor de las prestaciones e indemnizaciones a que tienen derecho, presentándoles una liquidación que rechazaron por no ajustarse a las normas legales.

Fundamentaron su demanda en el artículo 22 del Decreto 2351 de 1965; 32 del Decreto 1611 de 1962; 65, 129, 186, 249, 258 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo.

La sociedad demandada contestó la demanda negando algunos hechos y oponiéndose a las peticiones de la parte demandante.

Cumplido el trámite de la primera instancia, el Juez del conocimiento, que lo fue el Tercero Laboral Municipal de Bogotá, dictó sentencia

el catorce de julio de mil novecientos sesenta y nueve, en la cual condenó a la Fábrica de Tejidos San José de Suaita a pagar a los demandantes las siguientes sumas: $ 7.717.58 por cesantía; $ 38.295 por seguro de vida; $ 900.00 por vacaciones; $ 247.50 por prima de servicios y $ 900.00 por gastos de entierro; absolvió a la demandada de las demás peticiones; declaró oficiosamente probada la excepción de pago hasta por la suma de $ 5.217.21 y condenó en costas a la demandada.

Apelaron ambas partes. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, al decidir la alzada luego de poner en conocimiento de las partes la existencia de una nulidad proveniente de haberse excedido el apoderado de los demandantes en el ejercicio del mandato, que fue allanada por los interesados, y de decretar algunas pruebas oficiosamente, modificó en sentencia de veintiséis de julio de mil novecientos setenta y uno la condena por seguro de vida para fijarla en la suma de $ 37.800.00; dispuso que la mitad del seguro y de las otras prestaciones sería para la viuda en cuantía de $ 21.173.93, y a cada uno de los otros herederos le correspondería la suma de $ 7.057.97 por las mismas prestaciones. Revocó la absolución por la pensión de jubilación solicitada y en su lugar condenó a la demandada a pagar a Aura María González viuda de Suárez la cantidad de $ 16.200.00 por dicho concepto. Confirmó en todo lo demás el fallo de primer grado e hizo de cargo de la sociedad demandada las costas de la segunda instancia en un sesenta por ciento (60%).

Interpuso el recurso de casación el apoderado de la Fábrica de Tejidos San José de Suaita. Concedido por el Tribunal Superior y admitido por esta Sala de la Corte, se decidirá previo el estudio de la respectiva demanda, y del escrito de oposición.

Alcance de la impugnación.

Pretende que la sentencia recurrida sea "casada parcialmente y que, como consecuencia, la Sala de Casación Laboral de la honorable Corte Suprema de Justicia, actuando como Tribunal de Instancia, modifique el fallo: 1º El literal B) del numeral 1º, en el sentido de rebajar la condena por el monto del seguro de vida, no incluyendo el salario en especie y liquidándolo en la misma forma que el auxilio de cesantía, conforme al artículo 22 del Decreto 2351 de 1965 y demás normas concordantes. 2º Que revoque el literal a) del numeral 2º y, en su lugar, mantenga el artículo 2º del fallo de primera instancia. 3º Que, igualmente, modifique el literal b) del fallo recurrido, en cuanto a que en él se reparten los derechos incluyendo el salario en especie y liquidándolos sobre la base del último sueldo, en los que hace al seguro de vida".

Con base en la causal primera de casación formula tres cargos los cuales se estudiarán en su orden.

Primer cargo.

Acusa la sentencia de ser "violatoria de las normas sustantivas: 22, 23, 27, 127, 129, 186, 249, 260, 263, 247, del Código Sustantivo del Trabajo y los artículos 400 del Código Civil y 3º de la Ley 92 de 1938. La violación se produjo de modo indirecto por apreciación indebida y errónea al dar por establecida la edad, por medio no idóneo".

Al sustentar el cargo dice el recurrente que entre las pruebas mencionadas para fijar la edad del trabajador fallecido se encuentra el acta del registro civil de su defunción, en la cual se dice que tenía 65 años y era natural de Suaita; que comparado este documento con la fotocopia de la cédula de ciudadanía, folio 211, arrojó una diferencia en cuanto a la edad, pues de esta última se desprende que en 1934 el de cujus tenía 40 años; que la inexistencia de la prueba principal no se demostró, por lo cual no podía tenerse en cuenta la supletoria y que aun cuando oficiosamente se intentó acreditar dicha inexistencia, pues se libraron oficios a los párrocos de Tibaná y de Suaita, únicamente dio respuesta el primero en el sentido de que no aparecía la partida de bautismo de Augusto Suárez Plata.

Se refiere luego el casacionista a los artículos 260 y 275 del Código Sustantivo del Trabajo y 400 del Código Civil, y dice que en esta última norma se establece la forma de determinar la edad y la manera de demostrarla, lo que no se cumplió en el caso sub lite, pues no habiéndose establecido la inexistencia de la prueba principal no podía darse mérito al acta de registro civil de defunción, como así lo consideró el fallador de primera instancia; que en consecuencia el Tribunal Superior infringió la ley sustantiva al dar por establecido un hecho como es el de la edad del causante, con un medio probatorio no idóneo, sin que pueda hablarse de la facultad del artículo 61 del Código Procesal del Trabajo, que se encuentra limitado con la excepción de la prueba solemne.

Termina así el impugnador: "Y justamente, al tenor de lo dispuesto en el artículo 400 del Código Civil y el artículo 30 de la Ley 92 de 1938 la edad se determina por los medios que

allí se establece, entre los cuales no está precisamente el que tuvo en cuenta el Tribunal. Otra hubiera sido la conclusión si hubiese apreciado las pruebas en la forma predeterminada por la ley y, al no hacerlo, incurrió en un error de derecho consistente en dar por llenado el requisito de la edad, que es uno de los presupuestos fácticos de la norma que consagra el derecho de la pensión de jubilación, en vida del ex-trabajador, y a favor de sus causahabientes, en caso de muerte".

Para el opositor no existe el error de derecho a que alude el recurrente, por cuanto el *ad quem* ordenó oficiosamente como prueba la partida de nacimiento del señor Augusto Suárez Plata, para lo cual se dirigió a los Párrocos de Tibaná y San José de Suaita y ante la ausencia de esta prueba, ofició a la Registraduría del Estado Civil para que le enviará fotocopia de la cédula de ciudadanía que le fue expedida al causante, de la cual es fácil colegir la edad que tenía cuando falleció, pues en 1938 era de 40 años.

Se considera.

A folios 48 del cuaderno principal se encuentra la copia de la partida de defunción, expedida por el Notario Público del Circuito de Suaita, de Augusto Suárez Plata, de sesenta y cinco (65) años de edad, natural de Suaita, República de Colombia, fallecido el 9 de octubre de 1965. A folios 49 obra la copia de la partida de matrimonio de Augusto Suárez natural de Tibaná, y Aura María González, celebrado el 18 de octubre de 1928, copia expedida por el párroco de Suaita. El Cura Párroco de Tibaná certificó (folio 186) que se buscó la partida de bautismo de Augusto Suárez Plata desde 1890 a 1915 y no se encontró.

Los documentos anteriores demuestran, a juicio de esta Sala la inexistencia de la prueba principal referente al estado civil de Augusto Suárez Plata, pues habiendo nacido en Tibaná, como lo declaró al contraer matrimonio, la certificación del Párroco de ese lugar sobre no haberse encontrado la correspondiente partida de bautismo es suficiente sobre el particular, pues aun cuando en la partida de defunción se dice que el causante nació en Suaita, bien podía dársele mayor fe a la declaración que hizo el propio interesado, al contraer matrimonio, sobre el lugar de su nacimiento.

Cuanto a la edad, en la fotocopia autenticada de la cédula de ciudadanía número 655959, que según certificación del Jefe de Identificación de la Registraduría Nacional del Estado Civil le fue expedida el 22 de noviembre de 1934 al señor Augusto Suárez Plata (folio 211), se dejó constancia de que era de cuarenta años, o sea que en la fecha de su fallecimiento, 9 de octubre de 1965, Suárez Plata tenía aproximadamente 63 años de edad. Y si hay alguna discrepancia con la partida de defunción que se elabora con datos suministrados por terceros, y en la cual aparece una edad de 65 años, ello no significa que no fuese posible determinar que el día en que falleció tenía por lo menos cincuenta y cinco (55) años de edad, que es la requerida para gozar de la pensión de jubilación, pues las edades que aparecen en dichos documentos son ambas superiores en exceso a la de cincuenta y cinco años. Dio cumplimiento el *ad quem* al artículo 400 del Código Civil, al deducir la edad de Augusto Suárez Plata de documentos sobre cuya autenticidad no hay duda alguna, y por lo tanto no incurrió en el error de derecho que le atribuye el impugnador de haber dado por demostrado el requisito de la edad para tener derecho a la pensión de jubilación por medios probatorios inidóneos. No prospera el cargo.

Segundo cargo.

Acusa la sentencia de "ser" violatoria de la ley sustantiva por infracción indirecta, de los artículos: 22, 23, 27, 127, 129, 186, 249, 260, 263, 247, 275 del Código Sustantivo del Trabajo y los artículos 22 del Decreto 2351 de 1965 y 6º del Decreto 118 de 1957, como consecuencia de haberse infringido, por aplicación indebida de los artículos 134, 720 y 395 de la Ley 105 de 1931. Antiguo Código Judicial".

Comenta el casacionista los principios generales que rigen las normas procesales y dice que ellos se pretermitieron por parte del fallador de primera instancia al no aplicar en debida forma el artículo 134 del Código Judicial que se refiere a la competencia del Juez comisionado, pues el primero dictó un auto por medio del cual comisionó al Juez de San José de Suaita para que notificara y diera posesión al perito designado para hacer el avalúo del salario en especie providencia que se comunicó a dicho Juez, no obstante lo cual fue el de Suaita, y no el de San José de Suaita, el funcionario que practicó la diligencia. Agrega que además el apoderado de la demandada objetó el dictamen por error grave, se admitió el incidente, pero no se le dio el trámite indicado en el inciso 2º del artículo 720 del Código Judicial que remite al 395 del mismo Código, y a pesar de ello se declaró en firme el dictamen, y el fallador de segunda instancia le reconoció todo el valor a dicha prueba.

que fue producida con un procedimiento que no es el establecido en la ley, y que de haberse observado, no se habría producido la violación de las normas sustantivas enunciadas en el planteamiento del cargo, o sea que no se habría incluido el salario en especie para la liquidación de las prestaciones reclamadas.

Para el apositor la soberanía de la prueba, en materia laboral, no se le puede limitar al Tribunal, máxime cuando la parte demandada reconoció el salario en especie y solo hace valer supuestos errores de procedimiento que debieron alegarse dentro de las instancias del juicio.

Se considera.

Las irregularidades procesales anotadas por el casacionista han podido, en caso de existir, subsanarse en las instancia mediante los recursos y remedios previstos en la ley. Nada dijo el apoderado de la demandada en esa oportunidad sobre los errores de procedimiento que anota y es improcedente ahora alegar en el recurso extraordinario lo que ha debido discutirse y decidirse durante el juicio.

Además, en el fondo la acusación versa sobre la existencia de un error de hecho originado en la errónea apreciación de la prueba pericial, y es sabido que de acuerdo con el artículo 7º de la Ley 16 de 1969, sustitutivo del 23 de la Ley 16 de 1968, el error de hecho sólo podrá alegarse como violación de la ley sustancial laboral cuando provenga de falta de apreciación o apreciación errónea de un documento auténtico, de una confesión judicial o de una inspección ocular. Estando excluida la prueba pericial de aquéllas que puedan dar origen al error de hecho, la Corte se encuentra impedida para estudiar la acusación que se formula.

Por las razones expuestas se rechaza el cargo, que no prospera.

Tercer cargo.

Acusa la sentencia recurrida de ser "violatoria de la ley sustantiva por interpretación errónea del artículo 22 del Decreto 2351 de 1965 y consecuencialmente de los artículos 22, 23, 27, 129, 186, 249, 260, 263, 275, 306 del Código Sustantivo del Trabajo. También hubo interpretación errónea del artículo 17 del 2351 de 1965".

En la sustentación del cargo transcribe el recurrente las consideraciones que hizo el Tribunal Superior para llegar a la conclusión de que en la liquidación del seguro de vida sólo es aplicable el inciso 1 del artículo 17 del Decreto 2351 de 1965 y no el inciso 2 del mismo artículo, y dice que la interpretación correcta es la de liquidar el seguro en la misma forma que el auxilio de cesantía, o sea que se liquida no por el último año de servicios, sino conforme a los diferentes períodos de trabajo. La interpretación errónea consiste —continúa—, en que le dio un alcance a la norma que no tenía, ni que era la intención del legislador de emergencia. Considera que no puede ser válido el argumento de que por ser distinta la naturaleza de las dos prestaciones se liquidan de modo distinto. Por último, dice que si el *ad quem* hubiera interpretado bien la norma, no habría llegado a la conclusión equivocada de liquidar el seguro de vida tomando como base únicamente el último sueldo.

El opositor argumenta que el seguro de vida y el auxilio de cesantía son instituciones jurídicas diferentes y que si el último se liquidara como el primero con todas sus limitaciones, habría un vacío en la ley al ordenar que el seguro de vida se liquida como la cesantía, con todas sus restricciones. Agrega que la demanda de casación adolece de errores técnicos, como la no enunciación exacta de las normas violadas, la incidencia de éstas en el fallo y otros.

Se considera.

El Tribunal Superior al proceder a fijar la cuantía del seguro de vida correspondiente a los beneficiarios demandantes dijo que "a simple vista podría pensarse que la liquidación del seguro de vida es la misma que la del auxilio de cesántía, pero ello no es así porque si el derecho a este auxilio difiere en su cuantía del derecho al seguro de vida mal puede resultar la misma liquidación". Hace luego una relación de las diferencias que existen entre las dos prestaciones y continúa: "De lo anterior resulta evidente que el seguro de vida no puede liquidarse en la misma forma que el auxilio de cesantía, porque se desvirtuaría el derecho en sí mismo establecido en la ley. Por ejemplo: habría que incluir la proporcionalidad por fracciones de año, no se incluiría tiempo discontinuo, tendría que aceptarse la congelación e inclusive resultarían seguros de vida de 15 días por año de servicio. No siendo claro el mandato legal obliga su interpretación cuando establece la liquidación del seguro de vida '...en la misma forma que el auxilio de cesantía'. Teniendo en cuenta la norma general de interpretación contenida en el artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo, esto es, observando la finalidad establecida en el artículo 1º de la misma norma... 'lograr la justicia en las relaciones que surgen entre patronos y trabajadores, dentro de

un espíritu de coordinación económica y equilibrio social' ''. En consecuencia, la Sala para los efectos de la liquidación del seguro de vida, tendrá en cuenta únicamente los mandatos del numeral 1º, del artículo 17 del Decreto 2351 de 1965, que transcribe, ''Y no tendrá en cuenta el ordenamiento contenido en el numeral 2 de la misma disposición. Porque al aplicar los factores del numeral 1 encuentra que ninguno de ellos pugna con el derecho al seguro de vida en la forma establecida por el artículo 22 del citado decreto, es decir, todos estos factores *pueden ser comunes* a la liquidación de ambos derechos, mientras que el mandato del numeral 2 en donde implícitamente se encuentra la congelación de la cesantía establecida por el Decreto 118 de 1957, restringiría el seguro de vida con una congelación que le es ajena. Aquí sí ha encontrado la Sala la *igualdad de liquidación* sin que se viole cualitativa o cuantitativamente el derecho al seguro de vida. Además, esta interpretación está más acorde con la razón de ser del seguro de vida, dirigida a reparar a los beneficiarios del mismo, en parte desde luego, por la pérdida de la fuente de producción y de subsistencia familiar del trabajador, muerto al servicio de su patrono. Y porque además no existiría espíritu de coordinación económica ni de equilibrio social si el seguro de vida causado en un año determinado viniera a ser liquidado con fundamento en salarios que cuantitativamente correspondían a otras condiciones económicas como las imperantes en nuestro medio hace 20 o 15 años. Tal el caso de autos. Resultaría irritante que para pretender reparar la vida del trabajador Augusto Suárez Plata en 1965, haya que tomarse en cuenta para un período de 13 años como en la cesantía un salario de $ 226.16 causado en 1944''.

La discrepancia entre el impugnador y el *ad quem* consiste en que mientras el segundo estimó que para liquidar el seguro de vida no era aplicable el inciso 2 del artículo 17 del Decreto 2351 de 1965, es decir, que no se tendría en cuenta lo dispuesto en el artículo 253 del Código Sustantivo sobre que los aumentos de salario sólo afectarán el cómputo de la cesantía durante los tres años anteriores a la fecha de cada aumento, ni lo establecido en el artículo 6º del Decreto 116 de 1957 que congeló las cesantías en treinta de junio de dicho año, para el primero, por el contrario, dichas normas deben aplicarse al determinar la cuantía del seguro de vida, como lo exige el artículo 22 del Decreto 2351 de 1965.

Ahora bien: el artículo 22 del Decreto 2351 de 1965, que sustituyó al 212 del Código Sustantivo del Trabajo, dispuso que los patronos obligados al pago del seguro de vida de sus trabajadores, pagarán por este concepto a los beneficiarios del asegurado: ''a) Un (1) mes de salario por cada año de servicios continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este Decreto, liquidado en la misma forma que el auxilio de cesantía, sin que el valor del seguro sea inferior a doce (12) meses de salario, ni exceda de treinta mil pesos ($ 30.000); b) Si la muerte del trabajador ocurre por causa de accidente de trabajo o enfermedad profesional, el valor del seguro será el doble de lo previsto en el literal anterior, pero sin exceder de sesenta mil pesos ($ 60.000)''.

Establece la norma transcrita que la suma que el patrono debe pagar a los beneficiarios del trabajador fallecido, será igual a un mes de salario por cada año de servicios, liquidada en la misma forma que el auxilio de cesantía, y para liquidar ésta de acuerdo con el artículo 17 del Decreto 2351 de 1965, que sustituyó el 253 del Código Sustantivo del Trabajo, ''se toma como base el último salario mensual devengado por el trabajador, siempre que no haya tenido variación en los tres (3) últimos meses. En el caso contrario y en el de los salarios variables, se tomará como base el promedio de lo devengado en el último año de servicios o en todo el tiempo servido si fuere menor de un año. 2. Para el tiempo de servicio anterior al treinta y uno (31) de diciembre de mil novecientos sesenta y dos (1962) se aplicarán las normas vigentes hasta esa fecha''.

Esta Sala de la Corte considera que cuando el artículo 22 (Decreto 2351/65) dice que el seguro de vida consistente en un mes de salario por cada año de servicios, continuos o discontinuos, se liquidará en la misma forma que el auxilio de cesantía, se está refiriendo a la regla contenida en el artículo 17, inciso 1, que señala cuál es el salario que ha de tomarse como base para hacer dicha liquidación, o sea por el último, si no sufrió variación en los tres últimos meses, o por el promedio mensual de lo devengado en el último año, si hubo esa variación o si el salario era variable; así es como se liquida el auxilio de cesantía por regla general.

Cierto es que el inciso 2 del artículo 17 prevé ciertas situaciones especiales en relación con los trabajadores que han venido prestando sus servicios con anterioridad al treinta y uno (31) de diciembre de 1962, lapso éste al cual se le

aplican las normas vigentes hasta esa fecha sobre liquidación del auxilio de cesantía. Pero no encuentra la Sala argumentos convincentes para tener en cuenta ese régimen restrictivo y excepcional de la liquidación de la cesantía, cuando se procede a liquidar el seguro de vida para el cual la ley no estableció restricciones ni limitaciones de ninguna clase en su liquidación. En consecuencia la conclusión del Tribunal Superior de que para liquidar el seguro de vida sólo debe aplicarse el inciso 1 del artículo 17 del Decreto 2351 de 1965, prescindiendo de lo dispuesto en el inciso 2 ibídem, *está de acuerdo con una correcta interpretación de los artículos 22 y 17 del citado Decreto, como ya se ha visto,* por lo cual no prospera la acusación contenida en este cargo, que se hace por haberse incurrido en la violación de dichos preceptos al interpretarlos erróneamente.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia recurrida dictada el veintisiete de julio de mil novecientos setenta y uno por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral.

Costas del recurso a cargo de la parte recurrente.

Notifíquese, cópiese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García B., José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

MODALIDADES DEL SALARIO

No pugna con ningún precepto sustantivo laboral el que las partes fijen como remuneración del trabajo un porcentaje de las comisiones y bonificaciones retributivas del mismo, siempre que no resulten inferiores al mínimo legal.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., enero veintiséis de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor José Enrique Arboleda Valencia).

Sección Segunda. - Acta número 3.

Celio González Santamaría, por su apoderado judicial, instauró demanda, repartida al Juzgado Quinto Laboral de Bogotá, contra Singer Sewing Machine Company S. A. para que se hicieran contra ésta las siguientes declaraciones y condenas:

"1º Que se declare por su despacho la ineficacia de la cláusula 6ª del contrato de trabajo suscrito entre mi poderdante y la sociedad demandada por considerar que vulnera derechos ciertos e indiscutibles del trabajador.

"2º Que como consecuencia de la declaración se condene a la demandada al pago de la remuneración por los descansos y días festivos con el promedio semanal devengado por el trabajador desde el día 27 de julio de 1964 y hasta el 20 de mayo de 1967, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 176 del Código Sustantivo del Trabajo.

"3º Reajuste de las primas de servicios con el nuevo salario que resulte al pago de los descansos dominicales y festivos liquidados en la forma establecida por la ley.

"4º Reajuste del auxilio de cesantía liquidado con el salario promedio que resulte al pago de los dominicales y festivos liquidados en la forma establecida por la ley.

"5º Indemnización por el no pago oportuno de los salarios y prestaciones sociales en la forma establecida por el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo".

Los hechos fundamentales de la acción son los tres que enseguida se copian:

"1º El señor Celio González prestó sus servicios a la sociedad demandada desde el día 27 de julio de 1964 hasta el 20 de mayo de 1967.

"2º La cláusula sexta del contrato de trabajo suscrito entre el señor Celio González y la sociedad demandada establece que el 17.5% de las comisiones descritas en los literales a) a f) de esta cláusula será pagado al trabajador como remuneración por descansos dominicales y festivos.

"3º La antedicha cláusula viola lo dispuesto en el artículo 176 del Código Sustantivo del Trabajo y por lo tanto debe considerarse que la sociedad demandada no ha pagado a mi poderdante el valor de la remuneración por los descansos dominicales y festivos".

La empresa, mediante procurador judicial, respondió la demanda oponiéndose a sus pretensiones y negando los hechos fundamentales. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido.

El Juzgado del conocimiento decidió el litigio con sentencia de 9 de marzo de 1969 totalmente absolutoria de la sociedad demandada; pero el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, al desatar el recurso de alzada interpuesto por el demandante, revocó esa sentencia el 28 de mayo de 1971, y, en su lugar, impuso a la compañía estas condenas:

"a) *Condénase* a la empresa demandada a pagar al actor la suma de cuarenta y cuatro mil ciento cuarenta y cinco pesos con ochenta y tres centavos ($ 44.145.83) moneda corriente, por concepto de *dominicales y festivos.*

"b) *Condénase* a la demandada a pagar al actor la suma de cinco mil quinientos setenta y cinco pesos con treinta y un centavos ($ 5.575.31)

moneda corriente, por concepto de *reajuste de primas de servicio* impetradas.

"c) *Condénase* a la demandada a pagar a la parte actora la suma de cinco mil quinientos setenta y cinco pesos con treinta y un centavos ($ 5.575.31) moneda corriente, por concepto del *reajuste de cesantía,* impetrado.

"2º *Absuélvase* a la parte demandada de las demás súplicas contenidas en el libelo de demanda.

"3º *Decláranse no probadas* las excepciones propuestas.

"4º *Las costas* de la primera instancia serán a cargo de la pate demandada".

Ambas partes recurrieron en casación, presentaron oportunamente las correspondientes demandas y los respectivos escritos de réplica y con fundamento en todos ellos procede la Sala a pronunciar sentencia, empezando por estudiar el libelo de la demandada, pues aspira a la casación del fallo del Tribunal y a la confirmación del absolutorio de primera instancia.

En busca de este fin formula un sólo cargo del tenor siguiente:

"*Primer cargo.* Violación, por vía indirecta y aplicación indebida, del artículo 43 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación los artículos 13, 21, 127, 132, 134, 172, 173, 174 y 176 del mismo estatuto y 4º de la Ley 187 de 1959, y consecuencialmente también por aplicación indebida, de los artículos 57, ordinal 4º, 249, 253 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo y del Decreto legislativo 2351 de 1965, adoptado por la Ley 48 de 1968. A esas infracciones llegó el sentenciador por haber incurrido en evidentes errores de hecho, a causa de la equivocada apreciación de los documentos auténticos visibles a folios 21 a 35 y de las posiciones absueltas a folios 41 a 43. Tales errores fueron:

"a) Dar por demostrado, sin estarlo, que las partes convinieron en denominar 'sueldo' las comisiones pactadas como retribución del trabajo o las convenidas como remuneración de los descansos obligatorios, o ambas.

"b) Dar por demostrado, sin estarlo, que las partes acordaron como 'retribución del mismo esfuerzo' tanto el 82.5% de la tabla descrita en la cláusula quinta del contrato, como el 17.5% de la misma tabla, a que se contrae la cláusula sexta (F. 33).

"c) No dar por demostrado, estándolo, que las partes diferenciaron expresamente el salario propiamente dicho o de actividad (retribución del esfuerzo realizado o de las operaciones ejecutadas en los días laborables) y el salario por asimilación legal o de descansos obligatorios (remuneración del no trabajo en domingos y festivos).

"d) Dar por demostrado, sin estarlo, que la estipulación del 82.5% de la tabla, como salario de actividad, desmejoraba por sí misma la situación del agente González en relación con lo que establece la legislación laboral.

"e) Dar por demostrado, sin estarlo, que la estipulación del 17.5% de la misma tabla básica como retribución de los descansos en domingos y festivos, desmejoraba por sí misma aquella situación legal o entrañaba renuncia de un derecho del trabajador".

Para sustentarlo alega, en primer término, que este fallo y varios otros similares dictados por el mismo Tribunal contra la misma empresa, "reproducen los bien conocidos argumentos de la honorable Corte en los célebres juicios contra Sears Roebuck, sin diferirlos, por lo que resulta aplicándolos a casos diametralmente opuestos", tesis en cuya demostración se extiende para probar el "error a)". Luego, para establecer los errores 'b)" y "c)", dice que ellos se ponen en evidencia "de la simple lectura de la estipulación controvertida" y agrega: "la distinción que hacen las partes contratantes entre el salario destinado a retribuir el trabajo en los días laborales (el 82.5% de la tabla de comisiones que sirve de referencia o base para deducir ese porcentaje de la cláusula quinta), y la "remuneración de los descansos dominicales y de días festivos" (el 17.5% de la misma tabla), es protuberante. Hasta en cláusulas distintas. Pero al diferenciar ambas clases de salario, el de retribución del "trabajo" y el de retribución de los "descansos", las partes se limitan a seguir el ejemplo que da el Código", para lo cual hace un somero análisis de los artículos 127, 173, 174, 176 y 177 del mismo.

Por último, a fin de mostrar los errores "d)" y "e)", sostiene que "estipular como salario de actividad, retributivo del trabajo en los días laborales y NO DE LOS DESCANSOS EN DOMINGOS Y FESTIVOS (mayúsculas de la demanda), el 82.5% de cualquier comisión básica, en vez del 100% de esa misma comisión, es una simple manifestación de la libertad consagrada, respecto del salario, por el artículo 132", y tal estipulación en nada desmejora la situación legal mínima del trabajador, lo que sustenta así:

"Así como sería lícito acordar como salario 'la mitad de cien pesos diarios' o 'un cuarto de cincuenta mil pesos mensuales', no lo es menos convenir el 50% de $ 100.00 diarios, o el 25% de $ 50.000 mensuales, que son sus equivalentes.

El 82.5% de una comisión del 14% sobre ventas al contado, es necesariamente inferior al 14% porque la parte es menor que el todo. Equivale (simple multiplicación) a haber estipulado una comisión del 11.55% sobre ventas al contado y el 82.5% de una comisión del 6% sobre ventas a plazo no puede ser igual a un 6% sino a una comisión del 4.95%. Mientras una ley no fije *porcentajes mínimos* de comisiones, no podrá ir contra la ley pactar un 11.55% o un 4.95%, en vez de un 14% o un 6%, como comisión sobre ventas al contado o a plazo, respectivamente. Y si, en el hecho, las comisiones pactadas (tanto el 14% como el 11.55%) no llegaren a producirle al agente el salario mínimo legal o convencional, la empresa tendrá que completarle, pagándole *la diferencia,* hasta llegar a dicho mínimo. He subrayado este final de la demostración del "error d)", porque se relaciona con el "error e)".

"La estipulación de un porcentaje cualquiera, el 17.5% en el caso de autos, para retribuir los descansos en domingos y festivos, tampoco desmejora la situación del agente respecto del ordenamiento legal (Art. 176 del Código). Obedece a un cálculo elemental: si el año tiene 365, y de ellos son 52 domingos y 17 festivos (de los cuales caen por lo menos 2 en domingos, normalmente), el trabajador más cumplido, que no falte sin justa causa *ni un solo día laborable en el año,* ganará salario de actividad en 299 días y salario por descansos obligatorios en 66 días. Si es jornalero o si es comisionista, siempre el salario de actividad será un 82.5% y el remuneratorio de los descansos en 17.5% del 100% previsto por el total de los 365 días. Y si a ese genio del cumplimiento se le quedare sin remunerar algún festivo, tendrá derecho a reclamarlo, pero *no a que el* 17.5% *recibido por los descansos* se tenga como salario adicional por el trabajo".

Arguye el opositor que "la sentencia recurrida indudablemente no incurre en ninguno de los errores evidentes de hecho que se le atribuyen en la demanda de casación", y que, por el contrario, el Tribunal dio "interpretación exacta a las cláusulas 5ª y 6ª del contrato de trabajo suscrito entre las partes, lo que lo llevó a declarar la ineficacia de la cláusula 6ª, por vulnerar ella derechos ciertos e indiscutibles del trabajador, como son los descansos dominicales y festivos, liquidados en la forma prevista por el artículo 176 del Código Sustantivo del Trabajo para los trabajadores cuya remuneración sea variable". Sostiene luego que es aplicable al evento de autos lo resuelto en las sentencias contra Sears Roebuck y transcribe al efecto apartes de las mismas.

La Sala, para resolver, considera:

El punto objeto de controversia consiste en que las partes celebraron un contrato de trabajo, cuya cláusula quinta, intitulada: "Remuneración", establece que "el trabajador recibirá como remuneración mensual, en las oficinas de la empresa, el 82.5% de lo siguiente", que comprende diversas comisiones o porcentajes sobre el valor de venta de los artículos indicados en el contrato o en documentos adicionales del mismo, y cuya cláusula sexta determina que "el 17.5% de las comisiones y bonificaciones descritas en los literales a) a g) del artículo anterior será pagado al trabajador como remuneración de descansos dominicales y de días festivos". En otras palabras, los contratantes convinieron en que el 100% del salario variable del vendedor se descompondría en dos factores: el 82.5% para remunerar el trabajo efectuado y el 17.5% para cubrir la remuneración del descanso en los domingos y días festivos.

La sentencia acusada, de acuerdo con el demandante, considera ilegal esta última cláusula y aduce, en primer lugar, los fallos pronunciados por esta Sala contra Sears Roebuck de Colombia S. A. en distintas oportunidades. Pero éstos no resultan aplicables al presente caso, como lo sostiene el recurrente, por falta de igualdad en el supuesto básico, según pasa a mostrarse:

Trátase en este asunto de un salario cuya naturaleza de "variable" está aceptada expresamente por los contratantes al final de la cláusula 5ª del contrato de trabajo, diciendo: "las partes hacen constar que las comisiones y bonificaciones en la forma aquí estipulada corresponden a la remuneración del trabajador y constituyen *el salario variable* (subraya la Sala) del mismo, sin que sobre el particular hubiera surgido discrepancia alguna durante el juicio.

En cambio, en los negocios contra Sears Roebuck el punto de discusión fue la naturaleza del salario pactado en el contrato de trabajo, que lo determina, diciendo: "un sueldo mensual correspondiente al 5% de las ventas". De esta expresión deducía la empresa que siendo "en sueldo" se consideraban dentro de él cubiertos los dominicales y festivos, mientras que los trabajadores alegaban que no se trataba de "sueldo"; o sea, de salario fijo, sino de uno variable, dentro del cual no se tienen como satisfechos los días de descanso obligatorio. La Corte dijo, por ejemplo, en la sentencia de 7 de febrero de 1964

(G. J. 2271): "No se requieren mayores esfuerzos dialécticos para demostrar que el salario a comisión es tipo de remuneración variable... Las partes, en uso de la facultad que les otorga el artículo 132, pueden acordar cualquiera de las dos clases de remuneración, o combinar el salario por unidad de tiempo con una cualquiera de las modalidades del variable. Lo que sí no les está permitido es escoger el variable, denominándolo sueldo, tipo de asignación fija, para colocar la estipulación bajo el imperio del artículo 174, inciso 2, del Código del Trabajo...". Y esta razón, expuesta con mayor o menor amplitud en los diversos fallos sobre el particular, fue la que la llevó a considerar que la dicha cláusula del contrato de trabajo "vulnera el derecho del trabajador a los descansos legales, contrario a lo previsto en el artículo 43 de ese Código, en pugna también con el principio de su artículo 13. Uno y otro, para el caso en examen, son restricciones a la libertad contractual".

Dedúcese de lo expresado que no existe paridad entre el evento sub judice *y el que fue materia de decisión en los litigios contra Sears Roebuck, ya que en el actual ni se discute la naturaleza del salario ni a uno variable se le ha dado la denominación de sueldo por ver de colocarse dentro del artículo 174, inciso 2, del Código Sustantivo del Trabajo. La sentencia acusada pues, incurre en manifiesto error al fundarse en los citados fallos contra Sears para tener también por ilegal la cláusula del contrato que aquí se estudia, y que, como se indicó arriba, determina que el 17.5% de las comisiones y bonificaciones recibidas por el trabajador le será pagado "como remuneración de descansos dominicales y de días festivos".*

Y la Sala no encuentra fundamento jurídico ni de hecho para declarar la ilegalidad o ilicitud de este pacto, por la razón siguiente: no pugna con ningún precepto sustantivo laboral el que las partes fijen como remuneración del trabajo un porcentaje de las comisiones y bonificaciones retributivas del mismo, siempre que no resulten inferiores al mínimo legal. Por eso, cuando la cláusula quinta del contrato en discusión determina el salario en un 82.5% del 14% del valor de las ventas al contado y en 82.5% del 6% del valor de las ventas a plazos y en un 82.5% del 20% del valor de los accesorios y repuestos vendidos, etc., etc., no hace otra cosa que ceñirse a la autorización contenida en el artículo 132 del Código Sustantivo del Trabajo, según la cual "el patrono y el trabajador pueden convenir libremente el salario en sus diversas modalidades, como por unidad de tiempo, por obra o a destajo y por tarea, etc., pero siempre respetando el salario mínimo legal o el fijado en los pactos, convenciones colectivas y fallos arbitrales". Ninguna norma obliga a que sea el 100% del porcentaje sobre el valor de lo vendido lo que remunere el trabajo del agente vendedor, por lo cual es lícito el contrato que se analiza cuando estipula un tanto por ciento de un porcentaje sobre las ventas, como "el salario variable del trabajador".

Ahora bien. Fijado válidamente el salario variable por la labor desarrollada en un 82.5% de las comisiones y bonificaciones convenidas, el dominical debe pagarse, según el artículo 176 del Código Sustantivo del Trabajo, tomando el promedio de lo devengado durante los días trabajados de la semana inmediatamente anterior, promedio que equivale, sin ninguna falta al trabajo, por el sólo dominical de cada semana, al 16.7%, el que sube al 17.5% si se computan los días laborables y los dominicales y festivos de un año. Una sencilla operación aritmética muestra tales porcentajes.

En estas condiciones, si suponemos que en el caso a estudio únicamente se hubiese pactado la remuneración mencionada del 82.5%, el patrono hubiera tenido que pagar globalmente en un año el 17.5% del salario variable recibido por su agente. Cuál entonces la razón para que sea ineficaz, por perjudicial al trabajador, la cláusula del contrato de trabajo que traduce esta realidad? Ninguna... Si es lícito establecer, según se dejó expuesto, como salario variable un 82.5% de las comisiones convenidas, por imperativo matemático el valor de los dominicales y festivos equivaldrá al 17.5% del salario devengado en un año, sea que se pacte o no en el contrato respectivo. Luego, no puede ser ilegal el convenio que exprese este hecho.

Conclúyese de lo dicho que la sentencia impugnada comporta manifiesto error de hecho al interpretar el contrato de trabajo del actor, señalando como ilícita la cláusula sexta del mismo. Por lo tanto, deberá accederse a lo pedido por el recurrente, para lo cual sirven de suficientes consideraciones de instancia las razones antes expresadas.

No es el caso de considerar el recurso de la parte demandante por la prosperidad del interpuesto por la demandada y que conduce a su absolución.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia

y por autoridad de la ley, *casa parcialmente* la sentencia acusada en los numerales 1º, 3º y 4º de su parte resolutiva, y, en función de instancia, *confirma* la dictada por el Juzgado Quinto Laboral de Bogotá en este juicio el 11 de marzo de 1969.

Costas del recurso de casación interpuesto por la parte demandante, a cargo de ésta.

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

José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García, José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

INFRACCION DIRECTA DE LA LEY

La infracción directa de la ley consiste en su desconocimiento o en la disposición contra su mandato, con independencia de toda cuestión probatoria.—Y aquí el recurrente la afirma como consecuencia de errores de hecho que provinieron de la mala apreciación de determinadas probanzas —entre ellas, peritazgo y testimonios excluidos de éste concepto por la Ley 16 de 1969— esto es, por vía indirecta, que contraría los supuestos lógicos en que ha de considerarse la violación directa.—Tal equivocación descalifica el ataque, conforme a la doctrina y a la jurisprudencia sobre técnica del recurso de casación y a la práctica constante de la Corte.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., veintiséis de enero de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado ponente: Juan Benavides Patrón).

Sección primera. - Acta número 2.

Se resuelve el recurso de casación que interpuso, por medio de apoderado, A. y S. Santamaría S. A. contra la sentencia dictada el 14 de junio de 1971 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena en el ordinario de trabajo que le promovió José Cambas Vásquez, ambos de las condiciones que registra el expediente radicado en esta Sala bajo el número 4036.

El libelo inicial afirmó:

"1º El señor José Cambas Vásquez, mi poderdante fue contratado por la sociedad demandada en la ciudad de Medellín por medio de contrato escrito, para administrar la oficina de Cartagena —Departamento de Bolívar—, el 23 de noviembre de 1957.

"2º Con base en el contrato escrito y en la cláusula séptima de dicho contrato se pactó la remuneración y que a la letra dice 'como remuneración por el trabajo del administrador los patronos reconocen la siguiente: cuarenta y cinco centavos (0,45) por cada botella de setecientos veinte gramos (720) de ron o de aguardiente que venda y veinticinco centavos ($ 0,25) por cada botella de trescientos sesenta gramos (360) de ron o aguardiente que venda'.

"La comisión por la venta de otros licores, alcoholes, cremas, alhucemas, y otros productos, sería convenida posteriormente entre las partes y señalada por carta que se entenderá incorporada a este contrato y además Whisky Gold Thystle, alcohol perfumado, etc.

"3º Mi poderdante permaneció al frente de los negocios de la sociedad A. y S. Santamaría S. A., hasta el 31 de enero de 1969, en forma continua y sin interrupción, o sea once años, 2 meses y 8 días.

"4º El 31 de enero de 1969, la sociedad representada por el doctor Santiago Santamaría Toro, dio por terminado el contrato de trabajo suscrito entre mi poderdante y la sociedad, en forma unilateral y sin mediar causa justificativa.

"5º La sociedad demandada, representada por el doctor Santiago Santamaría Toro, al dar por terminado el contrato dejó la siguiente constancia que a la letra dice: 'Cartagena, enero 31 de 1969. Señor José Cambas V. Ciudad. Estimado José. Por medio de la presente dejo constancia, de que he recibido a entera satisfacción la oficina, existencia, cuentas, etc. de la firma A. y S. Santamaría S. A., de la cual era usted administrador. Deseo además manifestarle mis agradecimientos por los servicios prestados por usted durante el tiempo que los negocios estuvieron a su cargo, manejados por usted, y sus hijos con la más absoluta y escrupulosa honorabilidad y corrección. Sin otro particular me suscribo atento amigo y seguro servidor Santiago Santamaría'.

"6º La oficina de A. y S. Santamaría S. A., en esta ciudad a cargo del administrador José Cambas Vásquez, atendía los negocios de la mis-

ma sociedad en Montería y Sincelejo, por lo que las comisiones por ventas en esas ciudades hay que agregárselas a las de Cartagena, en las mismas condiciones para todos los efectos legales.

"7º Mi poderdante es mayor de 60 años de edad y permaneció al servicio de la sociedad demandada por más de once (11) años.

"8º La sociedad demandada hasta la fecha no ha pagado el valor de las prestaciones como son cesantía, primas de servicio, vacaciones, jubilación como tampoco el valor del transporte a Medellín, ni la indemnización por la ruptura del contrato en forma unilateral, constituyéndose por ello, obligada a pagar los llamados salarios caídos.

"9º Con base en el contrato de trabajo suscrito entre mi poderdante y la sociedad demandada, no se le ha pagado a aquél en debida forma, la remuneración pactada, por lo que la sociedad demandada debe cubrir a mi poderdante esos valores sin pagar.

"10. Distribuidora Antioquia A. y S. Santamaría, depositó en el Juzgado Primero Laboral de esta ciudad la suma de $ 65.027.60 y a favor de mi poderdante el día 21 de mayo del año en curso por concepto de las prestaciones sociales e indemnizaciones, según consta en la copia que se adjunta, suma que fue retirada por mi poderdante con la reserva de reclamar ya que esta suma no cubre cesantía, vacaciones, primas de servicio, jubilación e indemnización y don José Cambas Vásquez no trabajó con Distribuidora Antioquia A. y S. Santamaría T., sino con la sociedad A. y S. Santamaría S. A., sociedad totalmente distinta y por otra parte la suma no cubre la totalidad de dichas prestaciones.

"11. El 17 de septiembre del año en curso, la sociedad demandada depositó en el Juzgado 1º Laboral de esta ciudad a favor de mi mandante la suma de $ 27.166.96 por concepto 'del pago de jubilación hasta la fecha' según se desprende del contenido de la consignación, suma que fue retirada el ocho (8) de octubre de este mismo año, haciendo también la reserva no en cuanto al concepto, sino en cuanto a su monto ya que no está discriminado, por la que se pide su revisión, tomando como base el salario promedio.

"12. La empresa cancelaba mensualmente las comisiones por ventas de los licores, perfumes, cremas, alcoholes, etc., a mi poderdante, realizadas en Cartagena, para esta ciudad y para los Departamentos de Córdoba, Sucre y San Andrés Islas, resultando un promedio diario con base en el último año de $ 559.02.

"13. Mi mandante pagó por su cuenta salarios a empleados al servicio de la sociedad demandada sin tener obligaciones por lo que se le debe repetir su pago desde la fecha de ingreso a la empresa hasta su salida".

Y con base en los hechos anteriores se demandó la condena a cesantía por todo el tiempo trabajado a razón de $ 559.02 diarios desde el 23 de noviembre de 1957 hasta el 31 de enero de 1969.

a) Vacaciones dejadas de pagar a razón del mismo salario;

b) Revisión de la jubilación aceptada por la empresa y que consta en el recibo que se adjunta;

c) Indemnización por la ruptura unilateral del contrato;

d) Indemnización por el no pago oportuno de las prestaciones;

e) Devolución de los dineros pagados por el concepto de salarios y prestaciones pagados a empleados de A. y S. Santamaría S. A., por cuenta de mi poderdante;

f) Gastos y costas del juicio.

La sociedad demandada contestó en la siguiente forma:

"Al hecho 1º No es cierto. La sociedad A. y S. Santamaría y el señor José Cambas Vásquez celebraron contrato escrito de trabajo en Medellín con fecha 23 de noviembre de 1957 para administrar la oficina de la sociedad en Cartagena, cuyas actividades cubrían los Departamentos de Bolívar, Sucre y de Córdoba, tal como lo confiesa el demandante en el hecho sexto del libelo de demanda.

"Al hecho 2º No es cierto como lo presenta el demandante. En el contrato de trabajo escrito celebrado entre las partes el 23 de noviembre de 1957 se estipula textualmente: 'Como remuneración por el trabajo del administrador los patronos le reconocen la siguiente: cuarenta y cinco centavos (0,45) por cada botella de setecientos veinte (720) gramos de ron o de aguardiente que venda y veinticinco centavos ($ 0,25) por cada botella de trescientos sesenta (360) gramos de ron o de aguardiente que venda. La comisión por venta de otros licores, alcoholes, cremas, alhucemas y otros productos, será convenida posteriormente entre las partes y señaladas por carta que se entenderá incorporada a este contrato'. Posteriormente, a partir del 1º de enero de 1965, fueron modificadas esas comisiones por mutuo acuerdo, en el sentido de rebajarlas quedando así: cuarenta y tres ($ 0,43) centavos por cada botella de setecien-

tos veinte (720) gramos de ron, aguardiente, de whisky, de cremas y de ginebra; veintitrés ($ 0,23) centavos por cada botella de trescientos sesenta (360) gramos de ron, o de aguardiente; cinco centavos ($ 0,05) por botella de setecientos veinte (720) gramos de alcohol perfumado o de alcohol corriente; un peso con nueve centavos ($ 1.09) por cada garrafa de dos y media botellas de ron o de aguardiente y dos pesos con quince centavos ($ 2.15) por galón de ron o de aguardiente. Esta modificación consta en las relaciones de comisiones elaboradas y firmadas por el mismo demandante que mensualmente enviaba para el pago de su remuneración.

"Al hecho 3º. Es cierto.

"Al hecho 4º. No es cierto. Para que quede testimonio de lo ocurrido cuento lo siguiente. El demandante se autopagó auxilio de cesantía parcial por la suma de $ 159.253.45, suma ésta que se negó a reitegrar a pesar de la insistencia de mi representada, aduciendo imposibilidad para ello por haber invertido ese dinero en tierras y ganados. El autopago arbitrario se hizo, a sí mismo, de modo irregular, porque ni siquiera se obtuvo permiso de la Inspección Nacional del Trabajo.

"Además, el demandante se negó a cumplir órdenes del patrono de atender necesidades urgentes del negocio en Sincelejo alegando la proximidad de la boda de una de sus hijas, como razón para explicar su conducta con posterioridad a la grave desobediencia en que incurrió.

"De modo que sí existieron causas señaladamente justificativas para extinguir el contrato de trabajo, y realmente con fundamento en ellas fue que A. y S. Santamaría S. A. prescindió de los servicios del señor Jòsé Cambas Vásquez. Solamente que no fueron aducidas movido el representante legal de la sociedad demandada por ese sentimiento de solaridad muy ostensible entre antioqueños, especialmente cuando trabajan en tierra extraña. Y porque así procedió, la entidad demandada tuvo que pagar al demandante indemnización por ruptura unilateral del contrato, cuyo monto todavía no le resulta bastante.

"Al hecho 5º Es cierto. Y ello constituye plena prueba de lo narrado en la respuesta anterior.

"Al hecho 6º Es cierto, y las comisiones causadas por ventas en Montería y Sincelejo siempre se agregaron a las de Cartagena para todos los efectos.

"Al hecho 7º El tiempo de servicio es cierto. No le consta a la sociedad demandada ni al suscrito la edad precisa del demandante.

"Al hecho 8º No es cierto y constituye tal afirmación una conducta procesal que el señor Juez deberá apreciar al dictar sentencia, porque era el propio demandante el que se pagaba sus prestaciones con autorización de la empresa, salvo en el caso narrado en la respuesta al hecho 4º

"Al actor se le cancelaron todas las prestaciones sociales a que tenía derecho, inclusive pensión de jubilación restringida y hasta indemnización por ruptura unilateral del contrato de trabajo, a la cual no tenía en verdad derecho alguno.

"En efecto el señor José Cambas Vásquez ha recibido de la sociedad A. y S. Santamaría S. A. las siguientes sumas que integran la totalidad de lo debido por los conceptos que reclama en este hecho:

a) $ 88.558.59 por cesantías parciales según comprobantes de pago elaborados y autorizados por él mismo, pagos en cheques que giró el señor Cambas a su propio favor como administrador de la agencia de Cartagena;

b) $ 176.042.53 por primas de servicio, vacaciones y cesantía hasta 31 de diciembre de 1967, según comprobantes de pago de iguales características a las indicadas en el literal anterior, pago cumplido en igual forma;

c) $ 172.056.65 por concepto de total de cargos resultantes en el extracto de su cuenta con la sociedad incluido el pago de la retención en la fuente para su imporrenta por las comisiones ganadas en enero de 1969, hecho en febrero de dicho año;

d) $ 65.027.60 depósito de prestaciones sociales e indemnización por ruptura del contrato en el Banco Popular según comprobante B-272680 de mayo 21 de 1969 hecho por la sociedad a favor del Juzgado 1º Laboral Municipal de Cartagena para el señor Cambas, y que éste retiró;

e) $ 27.166.96 depósito mesadas de jubilación restringida en el Banco Popular según comprobante B-323062 de septiembre 17 de 1969 hecho por la sociedad a favor del Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cartagena para el señor Cambas, y que éste retiró;

f) $ 6.130.85 prima del primer semestre de 1968, según comprobante de pago elaborado y aprobado por el señor Cambas y que se pagó con cheque girado por él como administrador de la oficina de Cartagena a favor de sí mismo;

g) $ 19.444.21 prima del segundo semestre de 1968 y vacaciones correspondientes al año de

1968, según comprobante elaborado como el indicado en el literal anterior y pago hecho también en igual forma.

"Al hecho 9º No es cierto. La sociedad demandada le ha pagado todo lo que le corresponde. Ocurrió, como quedó explicado en la respuesta al hecho segundo, que a partir de enero de 1965 las partes convinieron una rebaja en las comisiones por ventas.

"Al hecho 10. Sí se hizo el depósito indicado en este hecho, el cual fue retirado por el demandante. 'Distribuidora Antioquia' es el nombre del establecimiento de la sociedad demandada en Cartagena, del cual era administrador el señor Cambas, nombre que identifica la actividad de A. y S. Santamaría S. A. a la cual estaba vinculado el demandante, pues dicha compañía tiene otras actividades respecto a las cuales el señor Cambas era ajeno completamente. El papel donde está escrita la carta de 31 de enero de 1969 que en fotocopia acompaña el demandante a su libelo tiene en su membrete la enunciación del establecimiento en dicha forma.

"Al hecho 11. Es cierto y el monto de dicho depósito es correcto.

"Al hecho 12. Las liquidaciones de comisiones incluían las causadas por ventas en todo el territorio que cubría la agencia de Cartagena.

"Al hecho 13. No es cierto. Conforme a la cláusula quinta del contrato de trabajo escrito celebrado entre las partes, el demandante se obligó a pagar los sueldos y prestaciones sociales del chofer para la comioneta que se le puso a su disposición, lo mismo que los de los bulteadores que resolvieron utilizar. En los 11 años, 2 meses y 8 días que tuvo vigencia el contrato de trabajo, jamás reclamó el señor José Cambas Vásquez sueldos y prestaciones sociales para trabajadores que él hubiese empleado distintos de los relacionados en la nómina de la oficina de la sociedad en Cartagena. Constituye este reclamo una verdadera sorpresa para A. y S. Santamaría S. A. Y si se sirvió de personas buscadas exclusivamente por él fue porque decidió descargar sus propias obligaciones en auxiliares por razones estrictamente personales, las cuales no tienen ni pueden tener incidencia en las relaciones laborales entre la sociedad demandada y el señor Cambas".

Y en su defensa excepcionó pago, inexistencia de las obligaciones, prescripción, compensación, incompatibilidad de la indemnización por mora en el pago de prestaciones sociales o salarios caídos con la indemnización por ruptura unilateral del contrato de trabajo, la cual se canceló en el caso de autos, falta de causa, beneficio de restricción por razón del capital de la sociedad vinculado a la actividad del *sub judice* respecto de la petición indemnizatoria por despido injusto y limitación o tope legal de la jubilación.

Tramitada la controversia el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cartagena, que fue el del conocimiento, la desató en sentencia de 11 de mayo de 1971 por la que absolvió a la demandada de todas las pretensiones del actor, sin condenar en costas; mas habiéndose apelado esta decisión por las partes litigantes, el Tribunal mencionado de Cartagena resolvió la alzada así:

"Revocar la sentencia apelada y, en su lugar, condenar a la sociedad 'A. y S. Santamaría S. A.', con domicilio en Medellín, representada por Santiago Santamaría Toro, a pagarle al demandante, señor José Cambas Vásquez, dentro de los 3 días siguientes a la ejecutoria de ésta providencia, las siguientes sumas: por indemnización de perjuicios, $ 103.481.51; por mesadas de la pensión de jubilación restringida, causadas hasta el 1º de junio de 1971, $ 72.707.04. Total $ 176.188.55. Son: ciento setenta y seis mil ciento ochenta y ocho 55/00. Y la suma de $ 6.387.00 mensuales, a partir del 1º de junio de 1971, por concepto de pensión mensual vitalicia de jubilación. No hay condenación en costas".

El recurso extraordinario.

Persigue el quebranto total del fallo del *ad quem* para que, en su lugar, se confirme el de primera instancia. Al efecto se formulan tres cargos que se estudiarán en su orden, así como las réplicas del opositor.

Primer cargo.

Acusa interpretación errónea de los artículos 59, ordinal 1º, del Código Sustantivo del Trabajo y 1714 y 1715 del Código Civil, el primero de los cuales prohibe compensar suma alguna de los salarios y prestaciones en dinero que correspondan a los trabajadores y los otros dos definen la compensación y fijan su alcance, respectivamente. Estos últimos, por vacío del estatuto laboral y conforme a su precepto 19.

Para el recurrente la violación de esos textos ocurrió porque el Tribunal los interpretó, el laboral en primer término y los civiles en consecuencia, en una forma restrictiva que ellos no autorizan y que contraría, inclusive, la jurisprudencia reiterada de la Corte. Así, expresa el acusador, "considera (el *ad quem*) que deter-

minadas prestaciones e indemnizaciones debidas por el patrono no son compensables, aun cuando la obligación a cargo del trabajador sea exigible, tenga origen en la relación de trabajo y sea líquida o de liquidez fijable con los elementos probatorios allegados al proceso". Y para sustentar el ataque transcribe pasaje del fallo impugnado en el que el Tribunal acoge los argumentos del *a quo* sobre compensación "para admitirla", como admite también la jurisprudencia de la Corte sobre el tema, manifiesta —la misma Corporación— que lo que sí no comparte es la indiscriminación de los rubros compensables, esto es, que acepta el fenómeno solucionador de las obligaciones materia por materia, pero que si se pagó de más por razón de primas, vacaciones o cesantía no es ello deducible de lo que se deba pagar por indemnizaciones, por ejemplo. Agregando el fallador: 'Cosa distinta es que si la cuenta corriente del peticionario le reputa un saldo débito, le sea imputable a *cualquier deuda* de los patronos para con aquél. En otras palabras que no es viable el raciocinio del señor Juez del conocimiento en el sentido de sumar todo lo que recibió el comisionista trabajador durante la vigencia de su contrato por razón de prestaciones, sin discriminarlas, involucrando dentro del mismo guarismo lo pagado o autopagado por primas, vacaciones y cesantías, para luego establecer la cuantía, de todo lo que puede corresponderle con base en el tiempo servido y su última remuneración promedio, por los mismos conceptos, y además por los de la indemnización por despido y mesadas causadas de pensión jubilatoria' ".

Por lo cual concluye el recurrente: "Como consecuencia de esta violación de las disposiciones indicadas, el Tribunal Superior de Cartagena dejó de aplicar sumas compensables a la cancelación de lo que le importaban al señor José Cambas Vásquez su auxilio de cesantía, en la parte insoluta, y la indemnización por terminación unilateral del contrato por parte de la empresa".

Para el opositor el cargo es ilegal, infundado y contradictorio pues la sentencia no interpreta ni trata de interpretar, ni menciona siquiera, las normas legales que prohiben compensar deudas laborales entre patronos y trabajadores; en ninguna parte habla de las disposiciones legales que invoca el recurrente como infringidas, ni de su espíritu o alcance, en ningún sentido. Además, la interpretación errónea de la ley consiste en su equivocado entendimiento, con independencia de la cuestión de hecho debatida, y aquí lo que se acusa es una consideración sobre asunto de hecho o probatorio, como es el de los rubros o materias imputables por prestaciones sociales determinadas, o sea que versa sobre partidas singularizadas, por lo que escapan al concepto de violación presentado. Finalmente, el opositor defiende el raciocinio del Tribunal —para el caso de que pueda examinársele— y reitera que el cargo no tiene fuerza legal ni jurídica.

Se considera.

En verdad, el Tribunal no citó los textos legales de que se ocupa el ataque, pero es incuestionable que la resolución judicial los contiene al dedicar un capítulo al tema de la compensación que se le había propuesto. Asimismo es ostensible que al definir este asunto el fallador no interpretó en forma equivocada los dichos preceptos ya que en manera alguna desconoció que el del orden laboral reconoce, en sus condiciones, el fenómeno compensatorio, ni que los del civil, en su aplicación supletoria, lo definen y fijan su alcance. Así dijo: "Compensación. La Corporación acoge los argumentos del *a quo* para admitirla, así como la sentencia de la honorable Corte que transcribe, que además es reiterada ya: (C. S. J., Cas. Lab., octubre 2 de 1968)". Otra cosa es que conocidos por el Tribunal esos textos, en su contenido solucionador, como lo fueron al expresar que se les admitía según lo había hecho el *a quo* y se les entendía además conforme a la jurisprudencia de la Corte, no los aplicara a obligaciones del trabajador de existencia y condiciones que los reclamaban como lo plantea el cargo. Porque en este caso se trata no de un entendimiento equivocado de los dichos preceptos; en sí mismos, en el sentido propio de ellos, sino de una aplicación indebida por vía directa en cuanto se les habría llevado a consecuencias jurídicas contrarias a las queridas por el legislador, como tan largamente lo tienen enseñado la doctrina y la jurisprudencia. El concepto de violación de la ley fue, pues, mal escogido por el recurrente, debiéndose agregar que ni siquiera se le desarrolló y demostró de la manera debida.

Por otra parte, el cargo no contiene las normas laborales en que se fundan las condenas del *ad quem*. Su propósito, y todo el alcance de la impugnación, señalado en forma expresa y contenido en lo que se alega, es el de quebrantar las decisiones sobre indemnización de perjuicios y pensión jubilatoria, y, sin embargo, no contiene ninguno de los textos legales que aplicó el fallador para producirlas, esto es, que dejó sin señalar, el acusador, como debió hacerlo, las

normas sustantivas laborales que resultaran igualmente violadas a consecuencia de aquel primer desconocimiento jurídico y en que consiste primordialmente el recurso de casación del trabajo. En otras palabras, que no se formuló una proposición jurídica completa, necesaria para que la Sala, en su misión, pueda considerar y declarar, en su caso, violada la ley sustancial.

El cargo, en consecuencia, carece de los preceptos propios de las condenaciones impugnadas y, por este aspecto también, se ostenta inestimable.

Segundo cargo.

Acusa infracción directa de los artículos 1625, 1626, 1627, 1634 y 1648 del Código Civil, aplicables conforme al artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo, a consecuencia de errores de hecho en la apreciación del experticio de folios 264 a 268, de las posiciones absueltas por Cambas, de los 18 documentos que singulariza y de los testimonios de David Velásquez, Roberto Arango, David Jaramillo y Olga Estrada.

La apreciación errada de estas pruebas, según el acusador, condujo al Tribunal a:

"1º A estimar que tanto el Juez de Primera instancia como la empresa demandada imputaron dos veces la cantidad de $ 176.042.53 que retiró el demandante señor José Cambas Vásquez el 16 de abril de 1967 mediante comprobante u orden de pago número 6370 para autopagarse auxilio de cesantía liquidado parcialmente por valor de $ 159.253.45 y cancelarse vacaciones y primas con el saldo.

"2º A considerar que hecha una recapitulación total del auxilio de cesantía que correspondía a José Cambas Vásquez por todo el tiempo servido, y restado el resultado de tal recapitulación lo que se le había pagado por dicho concepto mediante liquidaciones parciales, la parte del autopago sin autorización del Ministerio del Trabajo que imputó a cancelación parcial de cesantía parte que ascendía a $ 159.253.45 y lo que de la primera consignación judicial se tomó para auxilio de cesantía, todavía quedaba la sociedad "A. y S. Santamaría S. A." debiendo al actor $ 8.929.49 por concepto de auxilio de cesantía insoluto.

"3º A compensar con parte de la indicada suma de $ 176.042.53 del autopago lo que, en concepto del Tribunal, debe pagarse al demandante a título de indemnización restringida por despido injustificado y de mesadas de jubilación restringida causadas.

"4º A apreciar que es a favor de José Cambas Vásquez que hay saldo por prima y vacaciones insolutas, cuando tal saldo es débito para el demandante según los propios planteamientos del fallo impugnado.

"5º A no aceptar, de las partidas que figuran en el extracto de la cuenta corriente que existía entre el señor José Cambas Vásquez, y la sociedad demandada, para efectos de compensación, partidas distintas a las relativas a la retención en la fuente ordenada por la ley para efectos de impuesto sobre la renta.

"6º A confundir la cuenta corriente que por préstamos y suministros existía entre el actor Cambas Vásquez y la sociedad demandada con el rubro 'cuenta corriente' de la contabilidad de 'A. y S. Santamaría S. A.' a que alude el experticio del contador señor Jairo Arango Cardona antes indicado".

Para el opositor este cargo peca fundamentalmente contra la técnica de casación y no puede ser considerado siquiera.

Se estudia.

La infracción directa de la ley consiste en su desconocimiento o en la disposición contra su mandato, con independencia de toda cuestión probatoria. Y aquí el recurrente la afirma como consecuencia de errores de hecho que provinieron de la mala apreciación de determinadas probanzas —entre ellas, peritazgo y testimonios excluidos de este concepto por la Ley 16 de 1969— esto es, por vía indirecta, que contraría los supuestos lógicos en que ha de considerarse la violación directa. Tal equivocación descalifica el ataque, conforme a la doctrina y a la jurisprudencia sobre técnica del recurso de casación y a la práctica constante de la Corte.

Además, el cargo tampoco contiene una proposición jurídica completa, pues no incluyó los textos en que se fundó el fallador para producir sus condenas, y sin la mención de ellos es imposible el proceso de confrontación en que consiste el remedio extraordinario, concretado, finalmente, a los consagratorios de derecho del trabajo, para la misión específica de esta Sala. El cargo, por lo expuesto, es inatendible.

Tercer cargo.

Acusa aplicación indebida del artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo e interpretación errónea del 50, Código Procesal del Trabajo, a consecuencia de las cuales el fallo liquidó la jubilación restringida del trabajador a razón

de $ 6.387, en sus mesadas del 1º de abril de 1971 al 1º de junio del mismo año de conformidad con el Decreto 435 de 1971, que empezó a regir en la primera de las fechas indicadas cuando la demanda que inició la litis fue notificada el 4 de diciembre de 1969, es decir, que se aplicó ese decreto a un juicio anterior a su vigencia, haciéndose uso de facultad *ultra petita* solo concedida a los jueces de primera instancia.

El recurrente transcribe los apartes del fallo relativos al extremo jubilatorio y concluye que ha debido condenarse a mesadas de $ 3.350, para el lapso que primeramente indicó y de allí en adelante, pues cuando la vinculación de trabajo terminó y cuando quedó demarcado el ámbito de la relación jurídico procesal la disposición aplicada no existía y el Juez de primera instancia, único funcionario con la referida facultad, no creyó jurídico aplicar el decreto citado, yendo el Tribunal más allá del pedimento del libelo.

Para el opositor, con cita de la enseñanza jurisprudencial, no acontecieron ninguna de las dos violaciones que se acusan, además de que la sentencia recurrida, en este extremo de jubilación restringida, se basó expresamente en el artículo 8º de la Ley 171 de 1961 y en el Decreto 435 de 1971, que versan sobre dicha prestación social, y estas bases sustanciales no fueron objeto del cargo.

Se considera.

De nuevo debe manifestarse, y así lo reclama el opositor, que el ataque no contiene una proposición jurídica completa, pues no incluyó como violados los textos laborales en que se fundamentó la decisión judicial sobre el extremo jubilatorio de la litis. Y si bien en su desarrollo se menciona el Decreto 435 de 1971 y se censura que se le hubiese aplicado a un caso que, en concepto del recurrente, no debió aplicarse porque no tenía existencia jurídica cuando concluyó la vinculación de trabajo y se trabó la relación jurídico procesal, tal mención no se formuló debidamente para el recurso extraordinario, esto es, no se afirmó su violación con expresión del concepto, sino que se alegó acerca de ella como si de instancia se tratara, y aun olvidando, por otro lado, que no es admisible la presentación de todo un decreto sin indicar el texto o textos que se pretenden infringidos. Además de que, por ninguna parte aparece la cita del artículo 8º de la Ley 171 de 1961 en que se apoyó expresamente el sentenciador y sin la cual, así como con la debida expresión del concepto de la violación y su demostración, no es posible la confrontación jurídica en que consiste el recurso extraordinario.

Ha de anotarse, finalmente, que el alcance de este ataque (reducir el valor de las mesadas jubilatorias) no coincide con el expresado en el capítulo especial de la demanda de casación, que proponía un quebranto total del fallo recurrido para que se volviera a la absolución por todo extremo del primer grado. Como se muestra impropio también afirmar, por la vía directa o sin presentación de error de hecho, que el Tribunal fue más allá del pedimento del libelo cuando él apreció (F. 40 del cuaderno 2º) que dicho escrito solicitó la revisión o fijación de la cuantía de la jubilación restringida. Habría aquí una cuestión fáctica, a definir con examen de la demanda inicial, que no fue propuesta ni es considerable a través del concepto de interpretación errónea que se predicó respecto del artículo 50 del Código Procesal del Trabajo.

Todo lo anterior obliga a desestimar el ataque.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia objeto del presente recurso, de la fecha y origen indicados.

Costas al recurrente.

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

Juan Benavides Patrón, Alejandro Córdoba Medina, Jorge Gaviria Salazar.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

DOCUMENTO AUTENTICO E INSPECCION OCULAR

El impugnador alega acerca también de la condición de documento auténtico que tiene el acta de inspección ocular, para fijarla en el ámbito del artículo 23 de la Ley 16 de 1968, para los efectos de la acusación por error de hecho.—El documento y la inspección ocular son medios de prueba diferentes, en la doctrina y en la ley, y no es admisible presentar el último, a través del acta que lo contiene, como especie del primero o como él mismo, para sortear los rigores de la casación laboral, en su motivo del error de hecho.

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

(Magistrado ponente: doctor Juan Benavides Patrón).

Sección primera. - Acta número 4.

Se resuelve el recurso de casación interpuesto por el apoderado de Unión de Farmacias Limitada (Unifar), contra la sentencia que dictó el 19 de mayo de 1971 el Tribunal Superior del Distrito de Barranquilla en el juicio de trabajo que le promovió a la recurrente el señor Jaime Enrique Ospino Camargo, litigantes de las condiciones contenidas en el expediente que se radicó en esta Sala bajo el número 4044.

En el plenario el demandante afirmó haber servido para la demandada desde el 21 de junio de 1950 hasta el 3 de junio de 1969, fecha en la que se le despidió sin justa causa; desempeñaba las funciones de agente vendedor en las zonas de Barranquilla y Sabanalarga y tenía a su cargo, además, los cobros en la de Cartagena pero inconsultamente lo desmejoraron quitándole las dos últimas así como enviando nuevos vendedores a esas zonas por lo que se le disminuyó el salario; los reclamos correspondientes no fueron atendidos, a pesar de que en varias ocasiones la Inspección del Trabajo citó al representante de la empresa y solo en el mes de junio de 1969 compareció el abogado de ella siendo despedido Ospino Camargo en seguida, con carta del 13 (sic) del dicho mes; el sueldo promedio fue de $ 4.476.65; al trabajador le hicieron algunas liquidaciones de cesantía durante la vigencia del contrato, sin autorización legal, y al liquidarlo en forma definitiva no se tuvo en cuenta todo su tiempo de servicio, que fue de 19 años. Le adeudan los salarios del tiempo transcurrido entre el 2 de mayo y el 10 de junio de 1969 y el reajuste de sus prestaciones e indemnizaciones.

Con base en los hechos anteriores el libelo inicial suplicó indemnización por la terminación del contrato sin justa causa, reajuste de prestaciones legales conforme al tiempo servido y al salario devengado, salarios dejados de pagar, jubilación especial de 15 años, mora y costas del proceso.

La demandada se opuso a las pretensiones del actor manifestando, en lo fundamental, que éste abandonó el empleo el 2 de mayo de 1969 por lo que lo despidió con justa causa el 3 de junio siguiente conforme al ordinal 6º del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 en consonancia con los artículos 58-1 y 60-4 del Código Sustantivo del Trabajo.

Tramitada la controversia el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Barranquilla la desató en fallo del 22 de enero de 1971, cuya parte resolutiva dispuso:

"1º Condenar, como en efecto se condena a la firma Unión de Farmacias Ltda. (Unifar), representada por el señor Francisco M. Serrano B y en éste juicio por el doctor Tulio Guzmán Civetta, a pagar al señor Jaime Enrique Ospino Camargo, representado en este juicio por el doctor Víctor Beltrán Ariza la suma de noventa mil doscientos diez y siete pesos con ochenta y seis centavos ($ 90.217.86) moneda corriente, así: ruptura unilateral del contrato de trabajo $ 87.321.74; salario dejado de pagar $ 1.668.86 reajuste de prestaciones sociales $ 1.227.27.

"2º No decretar la pensión de jubilación pedida.

"3º Absolver, como en efecto se absuelve a la demandada de los demás cargos de la demanda, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

"4º Costas a cargo de la parte vencida del juicio".

Apelada esta providencia el Tribunal mencionado de Barranquilla, en la suya de la fecha igualmente indicada, resolvió:

"Refórmase la sentencia de veintidós (22) de enero del año en curso, dictada en este juicio, la cual quedará así:

"*Primero.* Condenar, como en efecto se condena a la empresa 'Unión de Farmacias Ltda. (Unifar)', a pagar al señor Jaime Enrique Ospino Camargo, la suma de noventa mil doscientos diecisiete pesos, con ochenta y seis centavos ($ 90.217.86), así: a) Indemnización por despido injusto $ 87.321.74; b) Salarios dejados de pagar $ 1.668.85; c) Reajuste de cesantía $ 1.227.27. Total $ 90.217.86.

"*Segundo.* Declárase fundada la excepción de petición antes de tiempo en relación con la pensión especial de jubilación solicitada.

"*Tercero.* Absolver a la empresa 'Unión de Farmacias Ltda. (Unifar)', de los demás cargos de la demanda.

"*Cuarto.* Sin costas en la instancia".

El recurso extraordinario.

Persigue el quebranto del fallo del *ad quem* "para que se revoque la condena contra la empresa en concepto de indemnización de perjuicios por la supuesta ruptura unilateral del contrato de trabajo celebrado entre las partes".

A este efecto en cargo único formulado por la causal del "artículo 23 de la Ley 16 de 1968 e inciso 2º del numeral 1º del Decreto 528 de 1964", se afirma infringido, por falta de aplicación, "el artículo 7º, ordinal 6º del Decreto 2351 de 1965 en armonía con los artículos 58, ordinal 1º y 60 ordinal 4º del Código Sustantivo del Trabajo que dan derecho al patrono para despedir por justa causa al trabajador que abandona el cargo", violación de ley que se presenta como acontecida "por error de hecho en la falta de apreciación como se debe" del acta de la inspección ocular de fecha 25 de septiembre de 1970, que es un documento auténtico.

En desarrollo del ataque el recurrente manifiesta que la pieza indicada demuestra que Ospino Camargo faltó al trabajo sin justa causa y sin consentimiento de su patrono, del 2 al 31 de mayo de 1969, pues "las faltas al trabajo se expresaban, según el acta, con la palabra 'ausente' y la asistencia timbrando el actor sus tarjetas de control"; que en estas tarjetas se anotaba el movimiento de asistencia, ausencia e incapacidad y que si durante el mes de mayo se registró la ausencia al trabajo del promotor de la litis, este hecho dice a grandes voces que infringió una de sus obligaciones primordiales, cual es la de trabajar personalmente. Agrega que el fallador buscó explicación a las ausencias referidas en otros hechos o circunstancias que operan u operaron fuera del ámbito de la propia acta, que vale por su fondo, interiormente, en lo que ella afirma inspeccionado y no más, siéndole extraño completamente lo ocurrido fuera de ella.

El impugnador alega también acerca de la condición de documento auténtico que tiene el acta de inspección ocular, para fijarla en el ámbito del artículo 23 de la Ley 16 de 1968, para los efectos de la acusación por error de hecho, y observando que el fallo apreció los testimonios de Manuel Muñoz Lechuga y José J. Palacio en sentido de asistencia al trabajo del demandante, esto es, para las circunstancias que estima extrañas al acta misma, y reparando asimismo en que la prueba testimonial no es susceptible de examen por aquel concepto conforme a la restricción de la antedicha Ley de 1968, sostiene preeminencia probatoria de aquel medio directo de Juez y que la testimonial sí se la puede atacar indirectamente, por comparación con la otra de mayor envergadurá, de la que resulta maltrecha y aniquilada.

Por todo lo cual concluye que se dejó de dar por establecido el abandono del trabajo por parte de Ospino con las consecuencias de ley del derecho del "patrono para despedir por justa causa".

No hubo escrito de oposición.

Se considera.

El documento y la inspección ocular son medios de prueba diferentes, en la doctrina y en la ley, y no es admisible presentar el último, a través del acta que lo contiene, como especie del primero o como él mismo, para sortear los rigores de la casación laboral, en su motivo del error de hecho. Mas el esfuerzo del acusador en este punto —que se exhibe también al referirse a la prueba materia de su escrito como "falta de apreciación como se debe", para ajustarla a otra restricción de la Ley 16 de 1968— resulta innecesario frente a la reforma de la Ley 16 de 1969, vigente para el recurso de autos y no invo-

cada en el mismo, porque ésta a más de ampliar, respecto del documento auténtico, la posibilidad del quebranto de ley a la mala apreciación del mismo, incorporó entre las pruebas susceptibles de examen la de inspección ocular, que es precisamente la que importa al recurrente y que bien podía someter a estudio de la Corte en la forma que autoriza la regulación de casación en vigor, como debió hacerlo, y no en la que respondía solamente al texto anterior y de modo, además, que no tuvo recibo en jurisprudencia de la Sala.

Por otra parte debe observarse que el ataque solo señala como violado el texto 7º, ordinal 6º, del Decreto 2351 de 1965, en relación con los artículos 58-1 y 60-4 Código Sustantivo del Trabajo, sobre terminación del contrato por justa causa y concretamente por la de abandono del cargo que se le imputó al trabajador de la litis, pero no incluyó el sustancial en que reposa la condena sobre que versa el recurso, indispensable para que la proposición jurídica fuese completa.

Mas superando los defectos reseñados ha de agregarse que la decisión impugnada reposa no solo en la inspección ocular que se sostiene mal apreciada, o falta de la apreciación debida, sino en testimonios que no pueden estudiarse en razón de las restricciones del recurso, conforme a la Ley 16 de 1969. En estas condiciones se mantienen soportes inatacados e inatacables y, por ellos, lo resuelto judicialmente, que no puede destruirse mientras subsistan elementos de convicción que lo determinaron. Sobre este particular también ha sido constante la jurisprudencia de la Corte.

Todavía debe expresarse que la sentencia del *ad quem* contiene también pronunciamiento sobre pensión restringida, acerca de la cual declaró petición antes de tiempo por no haber alcanzado el trabajador la edad de ley. Mas explícitamente el Tribunal apreció acerca de esta acción que se había probado la condición de despido injusto. El recurrente no impugna esta decisión, y su demanda se contrae al extremo indemnizatorio precisado. Nada puede la Sala exigir al respecto, en razón de la naturaleza y de la técnica del recurso extraordinario, pero resultaría incongruente que pudiese destruirse el despido injusto para el dicho efecto de indemnización y se conservaran su existencia y declaración para la otra decisión, por no haber sido objeto de ataque o no haberse comprendido en los propósitos del mismo.

Todo lo anterior exhibe que el escrito considerado no consulta los preceptos debidos de ley, ni presenta en forma completa los que debieron someterse a estudio de la Corte, ni desarrolla y demuestra el ataque conforme a la técnica del recurso extraordinario, por lo cual resulta inestimable. Se agrega que, debido al carácter de ellos, los defectos anotados solo podían expresarse en la presente decisión, pues no eran calificables en la oportunidad procesal anterior, conforme a la práctica constante de la corporación.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia objeto del presente recurso, de la fecha y origen mencionados.

Sin costas, porque no aparecen causadas.

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

Juan Benavides Patrón, Alejandro Córdoba Medina, Jorge Gaviria Salazar.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

INDEMNIZACION MORATORIA

Es evidente que esta Sala de la Corte, ha sostenido reiteradamente que, es motivo de exoneración de la sanción moratoria a que se refiere el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, cuando la buena fe que se reclama está respaldada por razones valederas afianzadas a su turno en pruebas atendibles que abonen esa creencia, así como también ha expresado que se admite la exoneración cuando el patrón niega el contrato laboral y, en consecuencia, se abstiene de consignar suma alguna en favor del trabajador, justificando su actitud con razones valederas y aportando al proceso las pruebas del caso, de las cuales pueda el fallador llegar al convencimiento de que obró de buena fe.

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

(Magistrado ponente: doctor Miguel Angel García B.).

Sección segunda. - Acta número 5.

El 8 de julio de 1967 demandó el doctor Carlos Bolaño López, por medio de procurador judicial, al Instituto Colombiano de Seguros Sociales, en juicio ordinario laboral de mayor cuantía, con la finalidad de obtener el pago de:

a) Auxilio de cesantía por el tiempo comprendido entre el 25 de mayo de 1960 y el 30 de septiembre de 1965;

b) Vacaciones correspondientes al tiempo antes citado;

c) El valor de las primas de servicio causadas durante el mismo tiempo; y

d) Indemnización moratoria a partir del 1º de octubre de 1965 por el no pago de las prestaciones aludidas.

Como fundamentos de hecho de su demanda presenta el actor los que se sintetizan así:

Dice que se comprometió con el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, a prestar sus servicios personales a esta entidad, mediante contrato escrito celebrado el 25 de mayo de 1960, el cual sin solución de continuidad fue sustituido por el suscrito el 3 de abril de 1962 y luego por el de 2 de junio de 1963; que sus servicios en consecuencia duraron desde el 25 de mayo de 1960 al 30 de septiembre de 1965, y que sus labores consistían en "prestar personalmente el servicio de transfusiones de sangre a los afiliados y beneficiarios del instituto"; que devengó un salario variable que en el último año de servicio ascendió a la cantidad total de $ 74.430 o sea con un promedio mensual de $ 6.202.50 moneda corriente; que el Instituto no le ha pagado el auxilio de cesantía, ni vacaciones, ni primas de servicio a que tiene derecho, ni la indemnización moratoria por el no pago de tales conceptos.

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, que fue el del conocimiento, puso fin a la instancia con fallo de veintinueve de septiembre de mil novecientos setenta, por el que condenó a la parte demandada a pagar al demandante las siguientes cantidades:

"a) Treinta y seis mil cuarenta pesos con veintisiete centavos ($ 36.040.27) moneda corriente, por concepto de auxilio de cesantía;

"b) Tres mil trescientos setenta pesos, moneda corriente ($ 3.370), por concepto de vacaciones;

"c) Ocho mil setecientos setenta y dos pesos con sesenta y cinco centavos ($ 8.772.65) moneda corriente, por concepto de primas de servicio; y

"d) Doscientos vinticuatro pesos con sesenta y seis centavos ($ 224.66) moneda corriente *diarios,* a partir del primero (1º) de octubre de mil novecientos sesenta y cinco (1965) y hasta la fecha en que se cancelen los valores a que se contraen los literales a) y c) de este fallo, a título de indemnización moratoria".

Declaró probada la excepción de prescripción por los derechos causados con anterioridad al 31 de enero de 1964, por concepto de primas y vacaciones y condenó en costas.

Solo la parte demandada apeló de esa decisión del *a quo*, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá por medio de sentencia de treinta y uno de mayo de mil novecientos setenta y uno modificó lo resuelto por el inferior en el literal c) de la parte resolutiva del fallo apelado, redujo a ocho mil cuatrocientos veinticinco ($ 8.425) el monto de la condena por primas de servicios y confirmó en todo lo demás.

Contra esa sentencia interpuso el recurso extraordinario de casación la parte demandada, concedido éste y aceptado aquí por la Sala, presentada en tiempo la demanda de casación y oportunamente la réplica de la parte opositoria, para decidir se considera:

La demanda.

Dice así el casacionista:

"Aspiro con este recurso a que la sentencia de segunda instancia, arriba singularizada, sea casada para que la honorable Sala, en sede de instancia, revoque el fallo de primer grado y en su lugar absuelva al Instituto de todo gravamen, condenando en costas al actor.

"Con apoyo en la causal primera de casación laboral (Art. 60, D. L. 528 de 1964 y 7º, L. 16 de 1969) formulo contra la referida sentencia los siguientes cargos:

"*Primer cargo.* Violación indirecta, por aplicación indebida, de los artículos 22, 23, 24, 27, 28, 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo, a causa de evidentes errores de hecho, y consecuencial aplicación indebida de los artículos 186, 189, 249, 253, 306 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo y 17 del Decreto 2351 de 1965 adoptado por la Ley 48 de 1968.

"Los errores de hecho provienen de la equivocada apreciación de los documentos en que constan los contratos de folios 8 a 14 del cuaderno I y de la falta de apreciación de los que obran a folios 15 a 67, 85 a 114, frente a los que aparecen a folios 140 a 199. Igualmente, de la errada estimación de los de folios 206 a 307, y falta de apreciación de los datos del libro incorporado al expediente.

"El sentenciador apreció los contratos, para destacar la cláusula 1ª, en la cual el contratista doctor Bolaño 'se compromete para con el Instituto a prestar personalmente el servicio de transfusiones de sangre'. Pero pasó por alto la frase que sigue: *'Durante las veinticuatro horas del día'* y sobre todo la estipulación consignada en la cláusula cuarta: 'El doctor Carlos R. Bolaño López se compromete a *proporcionar bajo su responsabilidad y costo, el personal técnico y científico necesario para dar oportuno y eficaz cumplimiento a las solicitudes de transfusión del Instituto'*. En el resumen que el honorable Tribunal de Bogotá hace de tales convenios escritos, olvidó precisamente hacer cualquier alusión al horario de veinticuatro horas todos los días, y al suministro, *por cuenta del contratista,* de todo el personal técnico y científico... no de *ayudantes* del doctor Bolaño, como lo entendió el honorable Tribunal, sino... necesario para *dar oportuno y eficaz cumplimiento* al contrato.

"De los tres elementos tipificantes del contrato de trabajo, según los artículos 22, 23, 24 y 28 del Código Sustantivo del Trabajo, el más importante es el primero, desde el punto de vista de la prueba (la prestación *personal* del servicio), pues demostrado que el servicio ha de prestarlo el agente *'por sí mismo'*, se presume la subordinación jurídica, la que a su turno impone la retribución (a. 27). Por ser aquel primer elemento la base de la presunción de los demás (Art. 24), no puede ser presumido a su vez, sino plenamente demostrado. Si de simple 'relación de trabajo' se trata, bastará acreditar que el agente prestó algún servicio por sí mismo: pero si se trata de un verdadero contrato, escrito además, de sus propias cláusulas deberá desprenderse que el contratista se *obliga* a prestar el servicio *por sí mismo. Y no por medio de otras personas naturales distintas.*

"Los contratos comentados, de folios 8 a 14, no podían obligar, al doctor Bolaño a prestar *'por sí mismo'* el servicio de transfusiones *'durante las veinticuatro horas del día'* por más de cinco años... Si se dijo 'prestar *personalmente* el servicio', al enfrentar esa locución al horario de veinticuatro horas, salta a la vista que su sentido es distinto del literal. Efectivamente, está aclarado ese sentido más adelante: '...se compromete *a proporcionar, bajo su responsabilidad y costo,* el personal técnico y científico necesario' para cumplir, durante las veinticuatro horas del día, y todos los días del año, el servicio de transfusiones contratado.

"Por no entenderlo así el sentenciador incurrió en el *error de hecho* consistente en dar por demostrado, sin estarlo, que el doctor Bolaño se obligó a prestar el servicio *por sí mismo,* y en efecto lo prestó, durante veinticuatro horas de cada día en más de cinco años, sin facultad para enviar *en remplazo suyo,* pero *'bajo su responsabilidad y costo'*, a otras personas, como en efecto las mandó, según el dicho unánime de todos

los testigos (Dr. Jaime Ramírez, Fs. 120-121; Dr. Hernando Ospina Aguirre, Fs. 124-125; Dra. Rosalba García de Villanueva, Fs. 125-126; Dr. Rafael Castillo Torres, Fs. 127-128), cuyos testimonios no invoco como mal apreciados porque el sentenciador no les atribuye la afirmación de que el doctor Bolaño prestó *siempre* por sí mismo el servicio.

"A ese error coadyuvó la falta de apreciación de las constancias sobre el anterior contrato del Dr. Bolaño, en 1957 y 1958, *ese sí laboral* (Fs. 140 a 199) y las facturas y cuentas de cobro (Fs. 85 a 114) por las transfusiones del segundo contrato. De haberse apreciado estas probanzas documentales surgiría el indicio vehementísimo de que los pagos de sueldos y prestaciones fueron oportunos e inmediatos y completos cuando ambas partes se sabían ligadas por un contrato de trabajo, y en cambio dejaron *ambas* transcurrir más de cinco años del nuevo contrato sin un reclamo de prestaciones, primas o vacaciones ni liquidación de cesantía final, cuando se comprometió el doctor Bolaño a *suministrar el personal científico necesario para el cumplimiento del convenio.*

"El protuberante error de hecho individualizado, condujo al sentenciador a aplicar, sin ser pertinentes, los artículos 22, 23, 24, 27 y 28 del Código Sustantivo del Trabajo, que definen el contrato de trabajo y su presunción, a un caso en que el servicio contratado no podía ser prestado 'por sí mismo' por una sola persona y en que ésta se reservó expresamente la facultad de suministrar todo el personal científico y técnico necesario para el cumplimiento del contrato, bajo su responsabilidad, esa sí *personal* y durante las veinticuatro horas diarias de todos los años, y *a su costo,* también permanente y personal.

"Esta última estipulación, la de asumir el costo del personal científico, contribuye a desnaturalizar la relación, pues el artículo 28 impide que el trabajador asuma los riesgos de la operación o negocio contractual. Además, al no ser debidamente estimada por el sentenciador, lo indujo a tomar como *salario* los pagos de la tarifa convenida, en los cuales estaba incluido necesariamente el *costo* asumido por el contratista, o sean los salarios del personal científico y técnico que hubiera suministrado, con violación de los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo, a causa del error de hecho adicional consistente en tomar como retribución del servicio prestado exclusivamente por el doctor Bolaño, todo lo pagado por el ICSS, sin serlo, y no dar por demostrado, estándolo, que allí había involucradas las remuneraciones de otras personas cuyo 'costo' asumió el contratista.

"La consecuencia de ambos errores fue la aplicación de las normas laborales sobre pago de vacaciones (Arts. 186 y 189), primas de servicio (Art. 306) y cesantía (Arts. 249, 253 del C. S. T. y 17 del D. 2351 de 1965), y sobre indemnización moratoria (Art. 65 del C. S. T.), a una relación jurídica de carácter civil y no laboral".

Se estudia el cargo.

El casacionista parte de la base de la inexistencia del contrato de trabajo y señala que la relación que existió entre el actor del juicio y la entidad demandada fue de origen y naturaleza puramente civiles. Por ello encamina la censura, en este cargo, hacia los errores de hecho que determina como cometidos por el Tribunal, provenientes de la equivocada apreciación de los documentos contentivos de los contratos, que figuran a los folios 8 a 14 del cuaderno I y de la falta de apreciación de las documentaciones que obran a folios 15 a 67, 85 a 114, frente a los que aparecen a los folios 140 a 199, así como de la errada estimación de los que se encuentran de folios 206 a 307 y falta de apreciación de los datos del libro incorporado al expediente.

En el caso *sub judice,* al examinar los contratos contenidos en los documentos que aparecen a los folios 8 a 14 del expediente, equivocadamente apreciados según la censura, dice así el Tribunal:

"Los contratos escritos a que se refieren la demanda y la contestación respectiva obran a folios 8 a 11 y 13 a 14 de los autos; no han sido tachados ni redargüidos de falsos, por el contrario, en la inspección ocular practicada por el Juzgado del conocimiento el 14 de agosto de 1968, en las 'oficinas de la Clínica San Pedro Claver, en donde funciona el Banco de Sangre' (del I.C.S.S.), el señor Juez, acompañado por el Secretario del Juzgado, y con la intervención de la testigo actuario, doña Magnolia Orozco viuda de Urueña, procedió a cotejar los dichos contratos y constató que 'corresponden exactamente a los encontrados (sic) en un folder del Instituto titulado 'contrato Dr. Carlos Bolaños' (folios 135-136, cuaderno Nº 1); lo cual está demostrando la autenticidad de tales documentos.

"Son de naturaleza laboral los contratos contenidos en esos documentos? Para dar respuesta a este interrogante es menester explicar antes, aun cuando sea someramente, la noción del contrato de trabajo y sus características jurídicas, y luego examinar el contenido de tales documentos".

Continúa el Tribunal con un estudio sobre ese particular y luego dice así:

"En las disposiciones contractuales que se acaban de ver y que son la esencia de los contratos en comento, se distingue con nitidez y facilidad la concurrencia de los tres elementos esenciales que integran la existencia del contrato de trabajo: actividad o prestación personal de un servicio, subordinación o dependencia del prestador del servicio y retribución o remuneración del servicio. Por consiguiente, para el discernimiento de la Sala no hay duda de que los contratos escritos que obran en los autos son de naturaleza laboral...".

Más adelante expresa:

"En los autos obra un abundante acervo probatorio que demuestra la relación jurídica laboral que existió entre el actor y la demandada, así como los extremos de la misma relación y la modalidad de su cumplimiento".

Luego agrega:

"Respecto a la modalidad de la realización de la relación laboral o de la prestación de los servicios por parte del actor, que tanta inquietud ha llevado al criterio expresado en la contestación de la demanda, la Corte ha dicho: 'El hecho de que el trabajador se valga de ayudantes para ejecutar su labor no desvirtúa por sí mismo la existencia del contrato de trabajo. En tratándose de trabajador especializado en determinada actividad se supone la existencia de órdenes del patrono y ejecución de las mismas aunque no se expidan en forma permanente, ya que tal requisito no ha menester en estos casos'. (G. J., LXXXVI, 258)".

Ciertamente el *ad quem* en su sentencia, no se refiere específicamente a las pruebas que el casacionista indica como no apreciadas, sino que alude al *acervo probatorio,* lo que constituye una falla apreciable, por cuanto que, el juzgador de instancia debe, como lo ha repetido muchas veces la Corte, examinar y analizar todas y cada una de las pruebas aducidas por las partes para llegar fundamentado en forma completa a la solución de la litis.

Con todo, es objetivo que el Tribunal presenta como soportes de su convencimiento de la existencia de la relación laboral que dice existió entre el demandante y el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, tanto los contratos contenidos en los documentos a que alude el casacionista como mal apreciados, como la contestación de la demanda en calidad de confesión, cuya excelencia demostrativa destaca el sentenciador de segundo grado, así como el "abundante acervo probatorio" según sus propias expresiones.

El censor dirige el ataque hacia el error en la apreciación de tales contratos que aparecen en documentos suscritos por las partes, de donde conceptúa que aparece una relación contractual de tipo civil y no laboral, por cuanto a su manera de ver aquella cláusula que dice: "El doctor Carlos R. Bolaño López se compromete a proporcionar bajo su responsabilidad y costo el personal técnico y científico necesario para dar oportuno y eficaz cumplimiento a las solicitudes de transfusiones del Instituto" revela que el doctor Bolaño fue un contratista.

El *ad quem,* como acaba de anotarse, estimó la relación laboral del texto mismo del contrato que así lo expresa, entendiendo el servicio personal del trabajador, su remuneración, la subordinación y el tiempo trabajado como elementos integrantes de ese contrato, y *dedujo de la cláusula antes advertida* citada por el casacionista como la expresión de un contrato civil, *mas bien la autorización de la parte patronal para que el doctor Bolaño pudiera complementar su propio y personal servicio a favor del ICSS con ayudantes,* desde luego tan calificados como él por tratarse de un servicio especializado, y de ahí la cita de la Jurisprudencia de la Corte sobre ese particular.

Ahora bien, no puede negarse el trabajo personal prestado por el doctor Bolaño al Instituto en la delicada labor propia de su especialización, por lo cual recibió remuneración en conformidad con la tarifa acordada contractualmente y mediante las variaciones en el valor señaladas en cada uno de esos contratos, lo cual observa la Sala, no solo se deduce de los contratos mismos sino de otras pruebas, como de los datos que aporta el libro agregado al expediente llamado "control de transfusiones" presentado en el curso de la diligencia de inspección ocular *por la parte demandada,* con la finalidad de "demostrar que el doctor Bolaño recibió como pago en calidad de honorarios el valor *de algunas transfusiones que no realizó personalmente".* (Se subraya).

De folio 15 a 67 aparecen órdenes de pago libradas por el ICSS que acreditan que el doctor Bolaño recibió remuneración en las cantidades allí anotadas en cada una de ellas, por los servicios prestados por él en determinadas fechas, y en las que se alude al contrato celebrado por el doctor Bolaño con el Instituto, pruebas éstas que el impugnante indica como no apreciadas por el fallador de segundo grado. Sin embargo, la falta de singularización o especificación de tales pruebas en el estudio del *ad quem,* no influyó necesariamente en la decisión que tomó, por

cuanto de ellas mas bien se deduce la relación laboral que existió entre el demandante y la parte demandada.

De folios 85 a 114 se encuentran cuentas y órdenes de pago señaladas por la censura como no apreciadas, frente a las que aparecen de folios 140 a 199, las cuales tampoco influyen en lo resuelto por el Tribunal, toda vez que las primeras se refieren a trabajo prestado por el doctor Bolaño al Instituto mediante contratos diversos al referido en las probaciones de folios 140 a 199; estas últimas acreditan que el doctor Bolaño en la época referida en éllas fue empleado de nómina del ICSS mientras que las otras aluden al contrato de servicios de tipo laboral pero distinto al servicio de nómina o de planta.

Y finalmente de folios 206 a 307 aparecen otras cuentas de cobro presentadas por el doctor Bolaño al ICSS de 1960 a 1963, por el valor de los servicios prestados que allí se determinan, e indicadas por el casacionista como indebidamente apreciadas, cuentas éstas que, como las referidas anteriormente, *acreditan el servicio prestado por el doctor Bolaño* y el valor de ese servicio en los determinados casos a que ellas en detalle se refieren.

En estas condiciones se ve que, aun cuando el sentenciador de segundo grado no se pronunció especialmente respecto a cada una de las pruebas aludidas por el recurrente, sino que solo menciona el *acervo probatorio,* irregularidad censurada ya en otro paso de esa providencia, el Tribunal, como está advertido, dedujo el convencimiento de la relación de tipo laboral existente entre el doctor Bolaño y el ICSS de los contratos, fundamento sustancial de la acción y de la contestación de la demanda. Y si esas probaciones a que se refiere el censor, en este cargo, no podían influir en la decisión del *ad quem,* para una resolución diferente, como está examinado por la Sala, no aparecen en forma alguna los errores evidentes que el censor atribuye al fallo materia del recurso extraordinario de casación.

Por otra parte, no sobra anotar ahora, en esta providencia que, si como está dicho antes, el apoderado de la parte demandada presentó el llamado libro de "control de transfusiones", en el curso de la diligencia de inspección ocular, con la clara determinación de probar con él que algunas transfusiones no fueron hechas por el doctor Bolaño, no demostró en el curso del debate probatorio ni cuales fueron esas transfusiones que llama "algunas" ni el valor de ellas deducible según el censor, de lo percibido por el doctor Bolaño.

Por otra parte, aun cuando no fue practicada prueba pericial, ni de reconocimiento judicial del libro (control de transfusiones), su presentación al juicio sin controversia, sí produce determinados efectos probatorios y contribuye fehacientemente a respaldar esa prestación personal de servicios por parte del doctor Bolaño, con la observación que hace esta Sala, de que muchos de los pacientes que fueron atendidos, según el libro, por las personas que figuran allí como "Osio" y "Duarte", no aparecen en las cuentas de cobro presentadas por sus servicios por el doctor Bolaño comparando los respectivos nombres y fechas, lo que sugiere que el doctor Bolaño no recibió por esos servicios ejecutados por otras personas, remuneración alguna como lo señala el casacionista.

No apareciendo pues los errores evidentes a que el cargo se refiere éste no prospera.

Cargo segundo.

Lo expone el casacionista de la siguiente manera:

"*Segundo cargo* (subsidiario del anterior). Violación por vía directa, y por interpretación errónea, de los artículos 22, 23, 24, 27 y 28 del Código Sustantivo del Trabajo, y consecuencialmente, por aplicación indebida, violación de los artículos 186, 189, 249, 253, 306 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo, y 17 del Decreto 2351 de 1965, adoptado por la Ley 48 de 1968.

"La ligera motivación del fallo impugnado permite sostener quizas que el sentenciador apreció rectamente los contratos del doctor Bolaño con el ICSS, cuyas principales cláusulas transcribe o resume, y no ignoró por tanto que el doctor Bolaño podía enviar en su remplazo a su señora esposa, doña Leticia Boom de Bolaño, o al doctor Alvaro Duarte Gutiérrez, o a muchos otros de que hablan los testigos, y que en efecto los envió a hacer las transfusiones. Pero entendió el sentenciador que los artículos 22 y 23 del Código Sustantivo del Trabajo no impiden esa suerte de estipulaciones, cambios o remplazos del trabajador, sino que a esos remplazos se refiere la jurisprudencia de la honorable Corte, que copia: 'El hecho de que el trabajador se valga de ayudantes para ejecutar su labor no desvirtúa por sí mismo la existencia del contrato de trabajo'.

"Entonces no habría incurrido en error de hecho, sino en equivocada inteligencia de la norma sustancial y de la jurisprudencia invocada. Cuando esta última habla de 'ayudantes' presupone que el trabajador actúa por sí mismo, pero no *solo,* sino con la ayuda de terceros. El

caso de autos (suministro del personal científico y técnico necesario) se refiere al remplazo del contratista por otras personas, no a la simple ayuda de éstas, situación no permitida por los artículos 22 y 23 del Código, rectamente atendidos.

"La consecuencia de esa equivocada interpretación indujo a calificar como contrato de trabajo uno civil, con aplicación indebida de los artículos 22, 23, 24, 27 y 28 del Código Sustantivo del Trabajo, sobre contrato de trabajo, y consecuencialmente, a la aplicación indebida de las normas sobre vacaciones, prima de servicios, cesantía e indemnización moratoria (Art. 65 del C. S. T.), no siendo pertinentes".

Se estudia el cargo.

En este cargo el casacionista señala que hay por parte del *ad quem* interpretación errónea de las normas sobre contrato de trabajo y como consecuencia de ello indebida aplicación de aquellas que se refieren a vacaciones, cesantía, primas de servicio, etc.

Es decir que, el impugnante y el sentenciador están de acuerdo con los supuestos de hecho que configuraron la relación laboral entre el actor del juicio y la parte demandada. Pero el censor, para puntualizar que el *ad quem* le dio a las normas relacionadas con el contrato de trabajo una interpretación que no corresponde a su verdadero espíritu, deriva hacia la jurisprudencia de la Corte en la que ésta corporación expresó el concepto de que "el hecho de que el trabajador se valga de ayudantes para ejecutar su labor no desvirtúa por sí mismo la existencia del contrato de trabajo", y hace hincapié acerca de que en el caso *sub lite* no se trata de ayudantes sino de personal *técnico y científico* necesario para atender a las obligacions contratadas por el doctor Bolaño, de donde concluye que el Tribunal *calificó como contrato de trabajo uno civil.* Es objetivo que este planteamiento no constituye esencialmente error en la interpretación de las normas legales que regulan esta materia, sino equivocada apreciación de los factores probatorios de donde el sentenciador dedujo esa conclusión.

Y el casacionista bien lo sabe que, la Corte se ha pronunciado reiteradamente en el sentido de que el error en la interpretación de una norma legal solo tiene lugar cuando el fallador de instancia le ha dado una equivocada apreciación a esa norma considerada en sí misma, con prescindencia de toda cuestión de hecho.

El cargo desde luego hábilmente planteado, no pudo sustraerse de considerar la situación fáctica relacionada con la apreciación hecha por el *ad quem* a esos contratos, en los que contempla según la censura una relación civil y no laboral.

En consecuencia el cargo no prospera.

"*Tercer cargo.* Violación por vía directa, y por interpretación errónea, del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

Lo sostiene así el impugnante:

"Entiende el sentenciador la sanción del artículo 65 vinculada a la mala fe del deudor, en lo cual está en lo cierto; pero mientras la jurisprudencia de la honorable Corte sostiene que cuando el deudor dicute de *buena fe,* con razones que tengan algún asidero jurídico y que justifiquen por lo menos *la duda* sobre la naturaleza laboral de la relación, debe ser exonerado de la sanción, en cambio el honorable Tribunal de Bogotá pretende que la discusión sobre la naturaleza del vínculo tiene que ser presentada 'con argumentos que se destaquen por la virtualidad del poderío magnífico de la fundamentación, la lógica y la enjundia jurídica' y además que 'surjan del *sub judice* hechos realmente respetables'. O sea, que sólo demostrando hasta la saciedad que el contrato *sub lite* no es laboral puede dejar de aplicarse el artículo 65 del Código.

"La argumentación del ICSS, desde la contestación de la demanda y a lo largo de todo el proceso, y aún después de la condena a 'salarios caídos' en ambas instancias, ha sido y sigue siendo una misma, a todas luces 'respetable' y suficiente, cuando menos para sembrar la *duda razonable* exigida por la jurisprudencia: que no puede ser contrato de trabajo uno en que el supuesto trabajador esté en capacidad de suministrar el personal científico que deba ejecutar la labor contratada, aunque ese supuesto trabajador asuma *personalmente* la responsabilidad y el costo de ese personal".

Se estudia.

La postulación de este cargo la presenta el recurrente por vía directa y por interpretación errónea del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, empero en la sustentación del mismo se refiere a cuestiones de facto que en su concepto ha debido tener en cuenta el sentenciador de segundo grado para exonerar a la parte demandada de la indemnización moratoria, postulado que de por sí enerva no solo el estudio sino la prosperidad misma del cargo, toda vez que en tratándose de una situación fáctica concreta como base para esas argumentaciones no cabe la violación por vía directa de la norma citada, artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo,

por cuanto no se trata de equivocada apreciación de élla estimada en sí misma sin consideración a cuestiones de hecho.

En consecuencia el cargo no prospera.

"*Cuarto cargo* (subsidiario del anterior). Violación por aplicación indebida y por vía indirecta del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, a causa del evidente error de hecho de dar por establecida la mala fe del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, sin estarlo, y no dar por probada, estándola, la duda razonable del ICSS respecto a la naturaleza jurídica del ICSS (sic). A esos errores llegó el sentenciador por equivocada apreciación de los contratos visibles a folios 8 a 14 y 206 a 307 y falta de apreciación de los de folios 15 a 67, 85 a 114 y del libro incorporado al expediente.

"El sentenciador pasó por alto la estipulación de la cláusula cuarta de los contratos del doctor Bolaño, que le permitía a éste 'suministrar el personal científico y técnico necesario' para las transfusiones, y no solamente 'ayudantes' suyos, como también dejó de considerar la imposibilidad de un servicio personal 'es decir, prestado por sí mismo', durante veinticuatro horas diarias de todos los días de todos los cinco y medio años. Tampoco apreció la conducta del ICSS en 1957 y 1958, cuando tuvo al doctor Bolaño como empleado, con prestaciones, ni la del doctor Bolaño durante los cinco años del contrato de suministro del personal científico. Esos defectos de apreciación de documentos auténticos, condujeron al error de hecho evidente de no dar por demostrado, estándolo, que la facultad del contratista Bolaño no era la de poner simples 'ayudantes' suyos, en su pretendida labor de veinticuatro horas diarias, sino enviar verdaderos 'remplazos' cuando quisiera asumir su responsabilidad, y su costo. De allí que atribuya al ICSS mala fe, y con base en ésta fulmina la condena por indemnización moratoria".

Se estudia.

Es evidente que esta Sala de la Corte, ha sostenido reiteradamente que, es motivo de exoneración de la sanción moratoria a que se refiere el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, cuando la buena fe que se reclama está respaldada por razones valederas afianzadas a su turno en pruebas atendibles que abonen esa creencia, así como también ha expresado que se admite la exoneración cuando el patrón niega el contrato laboral y, en consecuencia, se abstiene de consignar suma alguna en favor del trabajador, justificando su actitud con razones valederas y aportando al proceso las pruebas del caso, de las cuales pueda el fallador llegar al convencimiento de que obró de buena fe.

En el caso sub judice, la parte demandada negó enfáticamente la existencia del contrato de trabajo, a todo lo largo del proceso, afianzada para esa ubicación inmodificable en la cláusula contractual, de donde a su juicio entendió que el suministro del personal científico y técnico necesario para atender las obligaciones contractuales, implicaba una relación jurídica de naturaleza puramente civil y no de tipo laboral.

Esta razón, respaldada en esa cláusula debe considerarse valedera para los efectos perseguidos en este cargo, puesto que la parte demandada estimó por esas consideraciones desde luego atendibles, que el doctor Bolaño era un contratista de aquellos servicios aludidos en los contratos y no un trabajador subordinado. Planteamiento éste que por lo menos acarrea la duda razonable que tuvo el ICSS al interpretar a su manera esos contratos escritos, lo que conlleva como consecuencia lógica que deba ser exonerado desde luego de la indemnización moratoria. Por ello será casada la sentencia parcialmente, teniendo en cuenta como consideraciones de instancia los razonamientos expresados en el cuerpo de esta providencia, por no ser necesario agregar más.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley *casa parcialmente* la sentencia de fecha treinta y uno de mayo de mil novecientos setenta y uno, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este juicio, en cuanto confirmó la de primer grado en lo atinente a la condena por indemnización moratoria, y en sede de instancia, *revoca* el ordinal d) del punto *primero* de la parte resolutiva del fallo de fecha veintinueve de septiembre de mil novecientos setenta, proferido en este mismo juicio por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, en cuanto condenó a la parte demandada al pago de tal indemnización.

No la casa en lo demás.

Sin costas en el recurso.

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

José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García B., José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PRESCRIPCION

Lo mismo es, desde el punto de vista de las consecuencias jurídicas, el que la derogación de la ley creadora de una prescripción extintiva se produzca a sólo un día de iniciada o que se efectúe cuando falta sólo un día para que se consuma: la nueva voluntad legal es la de que desaparezca el término extintivo, que no puede, por tanto, seguir corriendo con apoyo en una disposición sin vigencia.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., febrero diez y ocho de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor José Enrique Arboleda Valencia).

Sección segunda. - Acta número 6.

Elías María Hazbum plantó demanda ante el Juzgado Laboral Municipal de Santa Marta, contra la Compañía Frutera de Sevilla con el fin de que se impusiesen a ésta las siguientes condenas:

"1ª A efectuar una nueva liquidación de las prestaciones que le correspondían a mi mandante el 28 de febrero de 1961, tomando como base para dicha liquidación el sueldo que correspondía al señor Iván Bockelmant, como mandador de la finca 'Marconia', sueldo equivalente a la suma de trescientos treinta y cuatro dólares (US$ 334.00) mensuales, pues mi mandante en el momento de ser liquidado por la Compañía se encontraba desempeñando este cargo, en remplazo del señor Bockelmant.

"2ª A pagar las diferencias de sueldo existentes entre la suma de seiscientos pesos ($ 600.00) mensuales y la suma de trescientos treinta y cuatro dólares (US$ 334.00) mensuales, diferencia proveniente del sueldo con que fue liquidado mi mandante el 28 de febrero de 1961, y del sueldo que debió ganar desde que le tocó remplazar al señor Bockelmant en el cargo de mandador de la finca 'Marconia', dentro del período de tiempo que señalen los libros de la empresa.

"3ª Al pago de la pensión de jubilación tomando como base el último sueldo que debió devengar en dólares, a que se refieren los dos puntos anteriores, pues a partir del 13 de mayo de 1963 el señor Elías María Hazbum cumplió 50 años de edad, o, en todo caso, tomando como base el último sueldo devengado.

"4ª A condenar en costas a la parte demandada en caso de oposición".

Fundó estas peticiones en los siguientes hechos:

"1º La demandada Compañía Frutera de Sevilla es sucesora de la Magdalena Fruit Company, y ésta, a su vez, es sucesora de la United Fruit Company, sociedades que fueron incorporadas en Colombia por escrituras públicas números 456, 470 y 321 respectivamente, de fechas 19 de noviembre de 1946, 22 de julio de 1926 y 1º de julio de 1912; y todas entre sí han constituido una misma empresa.

"2º Mi mandante trabajó para dichas compañías durante el período comprendido entre 1935 y 1938 en las fincas 'Montería' y 'Paulina' bajo la dirección inmediata de Rodrigo Correa y medio año en la fábrica de ladrillos de la empresa, bajo la dirección de Juan Amasta, y posteriormente desde el 17 de abril de 1947 hasta el 28 de febrero de 1961.

"3º En los últimos tiempos —en 1958— mi mandante fue designado para el cargo de mandador de la finca 'Marconia', en remplazo del señor Iván Bockelmant, pero en vez de pagársele el sueldo de trescientos dólares mensuales que venía devengando el señor Bockelmant, se le siguió pagando el sueldo de seiscientos pesos ($ 600.00) mensuales que mi poderdante venía devengando en un cargo inferior.

"4º Mi mandante reclamó a la Compañía Frutera en forma amistosa las prestaciones de esta

demanda, pero no obtuvo ningún resultado positivo.

"5º La Compañía Frutera de Sevilla tiene un capital superior a los $ 800.000".

La empresa, al contestar la demanda, negó algunos hechos y aceptó como cierta la negativa al pago de las prestaciones reclamadas, por haberlo sido "cuando ya se había producido la prescripción", medio defensivo que opone, así en cuanto a "la prescripción general o común", como a "la prescripción especial de un año establecida en el artículo 267 del Código Sustantivo del Trabajo". Propuso también las excepciones de carencia de acción y de pago.

El Juzgado Primero del Circuito Laboral de Santa Marta, al que correspondió decidir el negocio, lo hizo con sentencia de 12 de febrero de 1971 en la que dispuso: "Decláranse prescritos todos los derechos y acciones que tuviere el demandante contra la Compañía Frutera de Sevilla".

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, al decidir el recurso de alzada interpuesto por la parte demandante, en fallo de 4 de agosto de 1971, resolvió lo que se copia:

"1º *Revócase* la sentencia pronunciada por el señor Juez Primero del Circuito Laboral de esta ciudad, a los 12 días del mes de febrero de 1971, y en su lugar se dispone: *condénase* a la Compañía Frutera de Sevilla, a pagar a Elías María Hazbum una pensión especial de jubilación así: de $ 449.02, desde el día 28 de abril de 1964 hasta el 22 de septiembre de 1967; y de $ 525.35 desde el 23 de septiembre de 1967 en adelante.

"2º Absuélvase a la Compañía Frutera de Sevilla de todos los demás cargos impetrados en el libelo de demanda.

"3º Decláranse prescritas las mesadas pensionables exigibles desde el despido del trabajador hasta el 28 de abril de 1964.

"4º La Compañía Frutera de Sevilla puede deducir el 5% de cada mesada pensionable hasta el 3 de octubre de 1965, siempre que no sobrepase la suma pagada por concepto de auxilio de cesantía, a la terminación del contrato; y

"5º Sin costas en ambas instancias".

Acudió la empresa a esta Sala de la Corte en ejercicio del recurso extraordinario de casación y fundó la respectiva demanda, replicada a tiempo por la parte actora, mediante la cual pretende que la sentencia anterior "sea casada totalmente y que, en función de instancia, la Sala confirme el fallo de primer grado".

En buca de tal fin formula este primer cargo, que se estudiará junto con la réplica del opositor:

"*Primer cargo*. Por vía directa, y por interpretación errónea el artículo 267 del Código Sustantivo del Trabajo en relación con el 260 *ibídem* y con los artículos 30 de la Constitución, 16 del Código Sustantivo del Trabajo, 2º, 41 y 42 de la Ley 153 de 1887, 1625, 2512, 2535 y 2683 del Código Civil; y como consecuencia de ello, por aplicación indebida, los artículos 7º y 8º de la Ley 171 de 1961, 14 y 15 de la misma Ley, 1º y 3º de la Ley 1ª de 1963, 1º y 2º de la Ley 7ª de 1967, Decreto 1233 de 1969 y 127, 128, 129 y 137 del Código Sustantivo del Trabajo.

"Independientemente de cuestiones de hecho, pues ambas partes litigantes y el propio sentenciador dan por cierto que el actor sólo trabajó hasta el 28 de febrero de 1961 y que su primer reclamo de pensión lo formuló en 1967, la sentencia recurrida deja de aplicar la norma vigente en febrero de 1961 sobre pensión especial por servicios mayores de quince años y menores de veinte (Art. 267 del Código Laboral), para aplicar en cambio la Ley 171 de 1961, que entró a regir el 1º de febrero de 1962, arguyendo: 'Es cierto que el artículo 267, que regía cuando el trabajador fue despedido, de manera categórica establecía una prescripción corta de un año para reclamar el derecho, y de ahí que se venga sosteniendo que los trabajadores que no reclamaron en tiempo carecen actualmente de acción para demandar su jubilación. Recuerda la Sala que es jurisprudencia reiterada de la honorable Corte Suprema de Justicia que el derecho a pensión o status de pensionado es imprescriptible, y que lo que prescribe son las mesadas pensionables que no se reclaman dentro de los términos señalados por la ley. Donde existe la misma razón, existe el mismo derecho. Las pensiones plenas y especiales sólo difieren en su cuantía, por lo cual no ve la Sala razón para que el estado de pensionado prescriba cuando de pensiones especiales se trate, mas no para los planes. No hay, pues, un fundamento lógico para aceptar la prescripción que propone la parte demandada, salvo en cuanto ésta se refiera a las mesadas pensionables que no se reclamaron oportunamente'.

"Sin ese razonamiento, el cargo tendría que ser por infracción directa, en la modalidad de falta de aplicación, del artículo 267 del Código, que el sentenciador se negó a aplicar en la parte que dice: 'pero su derecho a ella (a la pensión especial después de quince años de servicio) debe reclamarlo dentro del término contado de un año a partir del despido', y no por interpretación errónea del precepto. Porque la re-

beldía del Tribunal contra la norma sería incuestionable.

Pero la argumentación trascrita muestra más bien que el Tribunal entendió equivocadamente dicho artículo 267 en ralación con el 260 del mismo Código y con los artículos 8º, 14 y 15 de la Ley 171 de 1961, frente a las reglas constitucionales y legales que rigen el fenómeno de la prescripción y el tránsito de legislaciones sobre la materia. Pues sostiene que entre la pensión jubilatoria ordinaria o plena o la "especial" ordenada por el artículo 267 del Código no hay más diferencia que la cuantía, por lo cual los fundamentos jurídicos y lógicos de la jurisprudencia de la Corte sobre imprescriptibilidad del status del jubilado ordinario tienen que servir también para sustentar la imprescriptibilidad del pensionado "especial" conforme el artículo 267.

Hace luego un análisis de las diferencias existentes entre la pensión de jubilación ordinaria y la especial y entre otros tipos de pensiones para mostrar que la tesis del Tribunal "implica una generalización errada". Y en cuanto a la prescripción del derecho reconocido al actor en la sentencia impugnada, asienta:

"La Ley 171 de 1961 entró a regir el 1º de febrero de 1962, (Art. 15), y derogó ciertamente el artículo 267 del Código del Trabajo (Art. 14). Pero esa derogación no pudo tener efecto retroactivo, ni menos *revivir* derechos extinguidos por prescripción o por cualquier otro *modo* legal (Arts. 1625, 5212, 2535 y 2683 del C. C.) desde febrero de 1961.

"Los preceptos de la Ley 153 de 1887 invocados en el cargo no son menos pertinentes. El artículo 2º hace prevalecer la ley posterior sobre la anterior cuando sean 'ambas preexistentes al hecho que se juzga'; el 41 contempla el tránsito de normas sobre prescripción, permitiendo prolongar la iniciada bajo el imperio de una ley, *y que no se hubiese completado aún* al tiempo de promulgarse otra que la modifique', precisamente porque si el antiguo término de prescripción ya se hubiera completado, el derecho se extinguió y no puede ser revivido por la ley nueva".

En seguida, transcribe parte del fallo de esta Sala de 15 de diciembre de 1970 y concluye:

"El derecho a la pensión-sanción o especial regulada por el artículo 267 del Código, emergente de un despido efectuado en febrero de 1961, se extinguió al cabo de un año, en febrero de 1962, por falta de reclamación, conforme al mismo artículo 267, entonces vigente. La Ley 171 de 1961, cuyo artículo 14 derogó el 267 del Código a partir del 1º de febrero de 1962, no puede aplicarse 'a quien no estuviera vinculado en el momento en que empezó a regir', por haber dejado de estarlo desde febrero de 1961. La pretendida resurrección de aquel derecho extinguido implicaría darle *efecto retroactivo* a la Ley 171.

"Como consecuencia de la errónea interpretación del artículo 267 del Código, el sentenciador revoca la decisión del *a quo*, que declaró la prescripción. Y al entrar a resolver de fondo el litigio, incurre en las otras infracciones precisadas en el cargo: porque aplica indebidamente, a un caso definido y clausurado muchos años antes de que entrara a regir la nueva ley, los artículos 7º, 8º, 14 y 15 de la Ley 171 de 1961, sobre pensión-sanción; y con base en la cuantía pensional así dedúcida, aplicó los reajustes ordenados por las Leyes 1ª de 1963 y 7ª de 1967, y el Decreto 1233 de 1969, que resultaron por eso mismo también indebidamente aplicados".

Termina la sustentación de este ataque con el traslado de un buen fragmento de la sentencia dictada por la Sala el 14 de julio de 1971 en el juicio de Vicente Daza Portela contra la misma demandada y el que aduce por considerar dicho caso y el que ahora se analiza como "sustancialmente idénticos".

En su réplica el opositor arguye:

"Es imperativo reconocer que el sentenciador, al estimar que las pensiones de jubilación consagradas en los artículos 260 y 267 del Código Sustantivo del Trabajo son fundamentalmente iguales y que solo difieren en su cuantía, para deducir que en ambos casos el derecho, o la acción para reclamarlo era imprescriptible, hizo una equivocada inteligencia de esos preceptos, infrigiéndolos, en consecuencia, por el concepto afirmado en la censura.

"Mas no es exacto que haya violado también, y por el mismo concepto de interpretación errónea, los artículos 30 de la Carta, 16 del Código Sustantivo del Trabajo, 2º, 41 y 42 de la Ley 153 de 1887, y 1625, 2512, 2535 y 2683 del Código Civil, pues el fallador no sólo no hace ninguna exégesis de ellos, sino que ni siquiera los menciona en la sentencia.

"No obstante, comoquiera que el verdadero soporte del fallo lo constituye la interpretación de los artículos 260 y 267 del Código Sustantivo del Trabajo, razonamiento que ya se admitió como equivocado, el ataque, en lo esencial, puede considerarse fundado. Pero, aún así, la acusación no podrá tener éxito, pues la honorable Sala al hacer las consideraciones de instancia con miras a proferir la decisión que remplace la impugnada, tendrá que llegar, sin otra alter-

nativa, a la misma conclusión adoptada por el *ad quem*.

"En efecto, son hechos indiscutibles del proceso que el trabajador fue despedido injustamente el 28 de febrero de 1961 y que la Ley 171 de ese año —que derogó (Art. 14) el artículo 267 del Código— comenzó a regir el 1º de febrero de 1962. Es decir, que en esta última fecha no se había completado aún el término prescriptivo de un (1) año de que hablaba el fenecido artículo 267. La empresa, por consiguiente, no alcanzó a liberarse de la acción que contra élla tenía su trabajador, o, en otras palabras, a ganar el derecho de que no se la demandaba por concepto de la pensión de jubilación especial reclamada en el *sub lite*.

"No puede hablarse, en consecuencia, de derecho adquirido, donde solo existía una mera expectativa. No hubo, por tanto, violación, en ninguna de las modalidades registradas en la ley, de los artículos 16 del Código Sustantivo del Trabajo y 30 de la Constitución. Se explica este planteamiento del recurrente por la equivocación en que incurre al computar el tiempo transcurrido entre la fecha del despido —28 de febrero 1961— y la en que comenzó a regir la Ley 171 —1º de febrero de 1962—, pues da por establecido que el término de la prescripción ya se había cumplido cuando entró en vigencia la nueva ley".

Trascribe luego apartes de la misma sentencia aducida por el recurrente y concluye diciendo:

"Siendo incuestionable, pues, que el trabajador fue despedido injustamente el 28 de febrero de 1961; que prestó servicios a una empresa con capital superior a $ 800.000 durante más de 15 años; que es mayor de 50 años y que la acción para reclamar la pensión de jubilación especial que surge de esos hechos no alcanzó a prescribir, porque la norma que regulaba ese fenómeno fue derogada antes de que se completara el término a que ella se refería, el derecho demandado resulta incontrovertible y debe ser reconocido mediante el mantenimiento de la sentencia impugnada".

Para resolver la Sala considera:

Es incuestionable la errada interpretación que efectuó el Tribunal de los artículos 260 y 267 del Código Sustantivo del Trabajo, como lo sostiene el casacionista, lo acepta el opositor y lo ha expuesto esta Sala en la sentencia de 14 de julio de 1971 (Vicente Daza Portela vs. Cía. Frutera de Sevilla), que ambas partes invocan en el presente proceso. Ella expone la siguiente doctrina, que ahora se reitera:

Se considera.

"La sentencia acusada admite que el artículo 267 del Código Sustantivo del Trabajo, vigente cuando el trabajador fue despedido, establecía una prescripción corta, de un año, para reclamar el derecho, y que de ahí se ha sostenido la carencia de acción de los trabajadores que no reclamaron en tiempo para solicitar la jubilación. Sin embargo, el mismo fallo concluye que por ser iguales las pensiones ordinaria y especial salvo en la cuantía, no hay fundamento lógico para aceptar la prescripción alegada respecto al estado de jubilado, aunque sí para las mesadas no reclamadas oportunamente.

"Es equivocado el entendimiento del Tribunal. La pensión ordinaria consagrada por el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo y la especial de que trata el artículo 267 de la misma obra, son diferentes no solamente en su cuantía, sino también en los hechos generadores de los derechos. Mientras la pensión ordinaria no requiere sino tiempo servido y edad, la especial exige también el despido sin justa causa. El artículo 260 obliga a las empresas de capital no inferior a $ 800.000, a pagar pensión de jubilación al trabajador que hubiere servido 20 años continuos o discontinuos, anteriores o posteriores al Código, y hubiere llegado o llegare a 55 años de edad si es varón a 50 si es mujer.

El artículo 267 obligaba a los mismos patronos a pagar pensión especial cuando el trabajador con más de 15 años de servicios continuos o discontinuos fuera despedido sin justa causa, el pago se hacía desde el día en que cumpliera 50 años y el derecho debía reclamarse dentro del año siguiente.

"Asimismo, había diferencia en cuanto al tiempo servido, 20 años en la ordinaria, entre 15 y 20 en la especial. La edad era diferente, en la ordinaria 55 años para el varón y 50 para la mujer, en la especial 50 años para ambos. La terminación del contrato podía obedecer a cualquier causa en la ordinaria, en la especial se requería despido injusto.

"Además, el artículo 267 del Código citado, consagra evidentemente la prescripción de un año contado a partir del despido, sin que sea posible entender que tal precepto deja imprescriptible la pensión en él establecida.

"El sentenciador apoya su interpretación en un tratadista colombiano de derecho laboral, pero olvida que en la obra que cita, y en la página 163, el mismo autor se refiere a la pensión especial del artículo 267 y dice: 'pero el

derecho a reclamarla prescribía en un año, contado a partir del despido'. Además, cuando el aludido expositor habla de la imprescriptibilidad del derecho a jubilación, se refiere expresamente a las pensiones consagradas por la Ley 171 y no a la determinada en el dicho artículo 267.

"También se respalda el fallador en la jurisprudencia sobre imprescriptibilidad del status de jubilado, sin advertir que esa jurisprudencia se ha referido siempre a la pensión ordinaria, o sea, a que cumplidos el tiempo de servicios y la edad requerida por la ley, se produce el estado de jubilado, pero sin relación a la pensión especial de que hablaba el artículo 267 del Código Sustantivo del Trabajo".

Desde este punto de vista el cargo prospera y su consecuencia sería la casación del fallo impugnado para dejar en vigor la sentencia de primera instancia, que declaró la prescripción de los derechos y acciones del demandante, según lo pide el recurrente. Pero como el opositor sostiene la imposibilidad de la sentencia de instancia por no haber prescrito la acción del actor en virtud de la derogación del término extintivo señalado en el artículo 267 del Código Sustantivo del Trabajo es preciso analizar este tema.

"Toda prescripción extintiva (ha dicho la Sala de Negocios Generales de la Corte). de corto o de largo tiempo, produce sus efectos por el sólo concurso de dos elementos: inactividad del dueño del derecho a perseguirlo y hacerlo efectivo por las vías indicadas, y en un lapso al cual se haya extendido la actitud tolerante y pasiva del acreedor. Terminado el lapso de tiempo, el derecho desaparece o muere, como sanción por la inercia del que lo tenía. Surge entonces una situación jurídica inmodificable, por carencia de acción. A eso equivale la excepción de prescripción: a que la obligación o derecho concluye por el mero transcurso del tiempo". (S. N. G. sentencia del 21 de junio de 1943, G. J., número 1998. Pág. 730).

La Sala de Casación Civil ha expuesto: "El artículo 2512 del Código Civil distingue entre la prescripción adquisitiva (de un derecho) y la extintiva (de una acción). Para declarar esta última basta solamente que no se haya ejercido la acción durante cierto tiempo: una acción o derecho se prescribe cuando se extingue por prescripción, es decir, cuando ha pasado el tiempo que otorga la ley para su ejercicio. Y si bien es cierto que el artículo 2538 de dicho Código considera el caso consecuencial de la prescripción adquisitiva de un derecho que necesariamente envuelve la prescripción extintiva de la acción para reclamarlo, ello no quiere decir que no existe la regla general de la extinción de las acciones *por el sólo hecho* de haber dejado de ejercerlas durante el tiempo que la ley señala". (Sentencia de 22 de febrero de 1929. C. J., T. XXXVI. Pág. 274).

Y esa misma jurisprudencia es la sostenida por esta Sala en la ya citada sentencia de 14 de julio de 1971, diciendo: "En cuanto a la prescripción, ella se vuelve situación definida o consumada cuando se cumple sin interrupción el plazo legal para que se adquieran los derechos o se extingan las acciones".

Pero en el evento a estudio surge una circunstancia especial que lo sitúa fuera de los principios enunciados y es la de que no había transcurrido totalmente el término extintivo de un año cuando fue derogado el artículo 267 del Código Sustantivo del Trabajo que lo establecía. Los hechos, no discutidos, ni por el sentenciador, ni por las partes, son éstos: a) Fecha de despido del demandante: 28 de febrero de 1961; b) Fecha de vigencia de la ley derogatoria (Art. 14 de la Ley 171 de 1961): 1º de febrero de 1962; y c) Fecha en que se cumplía el año de prescripción extintiva señalado por el citado artículo 267, que lo fijaba "a partir del despido": 28 de febrero de 1962. Es decir, que aún no había transcurrido el lapso extintivo (faltaban 28 días) al dejar de regir la norma que lo determinaba. Cuál es la consecuencia de este hecho? No cabe duda para la Sala que la imposibilidad de que pudiera consumarse la prescripción extintiva, pues desapareció del ámbito jurídico por la derogación del precepto que la sustentaba.

No empece a esta tesis la brevedad del tiempo que faltaba para que se hubiese operado la prescripción de la acción del demandante (28 días), pues el fenómeno prescriptivo sólo se cumple por el transcurso exacto del tiempo fijado en la norma respectiva. *Lo mismo es, desde el punto de vista de las consecuencias jurídicas, el que la derogación de la ley creadora de una prescripción extintiva se produzca a sólo un día de iniciada o que se efectúe cuando falta sólo un día para que se consuma: la nueva voluntad legal es la de que desaparezca el término extintivo, que no puede, por tanto, seguir corriendo con apoyo en una disposición sin vigencia.*

Es cierto que el artículo 41 de la Ley 153 de 1887, invocado por ambos contendientes en este recurso, establece: "la prescripción iniciada bajo el imperio de una ley, y que no se hubiere completado aún al tiempo de promulgarse otra que la modifique, podrá ser regida por la primera o la segunda, a voluntad del prescribiente; pero

eligiéndose la última, la prescripción no empezará a contarse sino desde la fecha en que la ley nueva hubiera empezado a regir''.

Mas este precepto dice relación a la prescripción adquisitiva y no a la extintiva, ya que sólo en aquella puede hablarse de que el fenómeno se rija por la primera o la segunda ley ''a voluntad del prescribiente'', *o sea, de quien está adquiriendo un derecho por el transcurso del tiempo merced a una actividad suya encaminada a ese fin, lo que no ocurre en la extintiva, ajena a toda actividad tanto del acreedor, como del deudor, y la que se produce precisamente por la razón contraria: abandono, inactividad, negligencia para promover la acción o ejercitar el derecho y cuya consecuencia es la extinción de aquella o de éste.*

En consecuencia, el cargo no prospera.

El segundo cargo está concebido de esta manera:

''*Segundo cargo.* (Subsidiario del anterior). Violación, por vía directa y por falta de aplicación, del artículo 267 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con el 16 *ibídem*, 1625 y 2535 del Código Civil. Consecuencialmente, y por aplicación indebida, los artículos 7º, 8º, 14 y 15 de la Ley 171 de 1961, 1º y 3º de la Ley 1ª de 1963, 2º de la Ley 7ª de 1967 y Decreto 1233 de 1969.

''En el evento de que el razonamiento del sentenciador transcrito en el cargo anterior no fuere estimado como sustentáculo de una interpretación equivocada del artículo 267 del Código, la negativa a aplicarlo en la parte que fijó un año de plazo, contado desde el despido injusto, para reclamar el derecho a la pensión especial, constituye una rebeldía contra dicha norma. Y al no declarar extinguido por prescripción el derecho del actor, y entrar a fallar de fondo el litigio, incurrió el sentenciador en indebida aplicación de las citadas disposiciones de la Ley 171 de 1961, porque ésta entró a regir mucho después de extinguido el contrato de trabajo a que se aplica, dándole así efecto retroactivo, que rechazan la Constitución en su artículo 30 y el artículo 16 del Código Laboral, violado igualmente por indebida aplicación''.

Este ataque es sustancialmente el mismo del cargo que antecede, del cual se diferencia por la vía escogida de ''falta de aplicación'', en vez de interpretación errónea, del mismo artículo 267 del Código Sustantivo del Trabajo al no haber declarado la prescripción de un año consagrada en él para pensión especial que establecía. Pero, como se explicó al desechar el primer cargo, el evento a estudio comporta la modalidad de haber sido derogado aquel precepto que determinaba el término extintivo, antes de que éste hubiese transcurrido en su integridad, lo que hizo imposible que pudiera consumarse la prescripción alegada por el recurrente.

Por lo tanto, tampoco tiene éxito este cargo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia recurrida.

Con costas a cargo del recurrente.

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

José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García, José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CASACION.—(Técnica).

Los artículos 52 del Decreto 2127 de 1945 y 1º del Decreto 797 de 1949, sustituido el primero por el segundo, son simplemente reglamentarios, y por tanto, el supuesto quebrantamiento de ellos, no puede dar base a un cargo en casación, si no se señala la norma sustancial reglamentada.—La Sala ha dicho en jurisprudencia reiterada que el artículo 1º del Decreto 797 de 1949 es reglamentario del 11 de la Ley 6ª de 1945, como lo fue el 52 del Decreto 2127 del mismo año, antes de ser sustituido por aquél.—Era preciso entonces que el impugnante hubiera acusado como violado el artículo 11 de la Ley 6ª de 1945 para poder entrar en el examen de los cargos.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., febrero veintitrés (23) de mil novecientos setenta y dos (1972).

(Magistrado ponente: doctor Jorge Gaviria Salazar).

Sección primera. - Acta número 6.

El señor Rafael Flórez Uribe, por conducto de apoderado, demandó a "Canalización y Reembolso Río Medellín. Instituto de Aprovechamientos de Aguas, representado por el doctor Gustavo Arango, para que mediante los trámites de un juicio ordinario de mayor cuantía fuera condenado a pagarle:

"a) Ocho (8) horas extras semanales desde el 1º de mayo de 1965 hasta la fecha del despido. Hay constancias de cobro de estas horas desde hace más de dos años.

"b) Reajuste del 10% de los salarios correspondientes al suscrito desde 1º de julio de 1965 hasta la fecha de mi despido, teniendo presente que devengaba por día la suma de $ 24.11 y que había hecho tal reclamo desde hace más de dos años, como se constatará en inspección ocular de los libros y papeles de dicha empresa.

"c) La indemnización moratoria en pago de las prestaciones sociales. La prima de antigüedad sólo me fue pagada en diciembre de 1967 y la prima de navidad sólo me fue pagada en diciembre de 1968 debiéndoseme haber pagado desde la fecha de mi salida.

"d) De acuerdo a los hechos que constituyen despido colectivo pido la *declaratoria judicial de que existió tal despido,* al verificarse los hechos de que tratan el despido colectivo mencionado en la demanda.

"e) Que en consecuencia de la anterior declaratoria se decrete lo establecido por el numeral tercero del artículo 40 del Decreto 2351 de 1965; en el sentido de que Rafael Flórez Uribe ha sufrido un despido inexistente, esto es que no produjo ningún efecto.

"f) Que como efecto de la inexistencia del despido *se me reconozca* y se me *ordene pagar* por su despacho, los salarios desde el mismo momento en que fui despedido. Y que además por su despacho se disponga que el suscrito continúe laborando en las mismas condiciones que antes, con las mejoras convencionales que sobre mi cargo se haya estipulado.

"g) Que se reconozca la pensión de jubilación sanción a favor de Rafael Flórez Uribe desde el 13 de octubre de 1972.

"h) Las costas del juicio".

Relató como hechos sustentatorios de sus pretensiones los siguientes:

a) Que como oficial de primera y con un salario de $ 24.11, fue trabajador del Instituto desde el 21 de febrero de 1955 hasta el 27 de julio de 1966 fecha en la cual fue despedido injustamente con violación del artículo 2º "de la convención o laudo", vigente en la empresa;

b) Que la jornada laboral según lo disponía el laudo en su artículo 11, era de 8 horas diarias

durante cinco días semanales, pero que desde la vigencia de aquel, 1º de mayo de 1965 hasta la fecha de su retiro, trabajó 48 horas semanales;

c) Que conforme al expresado laudo el Instituto ha debido reajustarle su salario en un 10%, lo que no hizo debiéndole por tanto el equivalente al aumento desde el 1º de julio de 1965 hasta la fecha de su despido;

d) Que el retardo en el pago de las prestaciones sociales "causa una sanción consistente en un día de salario por cada día de retardo", y el Instituto se demoró en dicho pago porque "solo le pagaron la prima de antigüedad el 21 de diciembre de 1967 y la de navidad en julio de 1968 y tampoco le han cancelado su reajuste de salario, ni las 8 horas extras semanales que laboró, ni la indemnización por el despido injusto", luego la entidad demandada le adeuda "todos los salarios" que se hayan causado desde el momento de su desvinculación hasta el día en que se le haga el pago de lo debido;

e) Que como trabajó al servicio de la empresa durante 11 años y fue despedido sin justa causa tiene derecho a la jubilación-sanción; y

f) Que todos los derechos pedidos, relacionados en los literales anteriores fueron reclamados verbalmente y por escrito, desde el mismo momento en que nacieron y se hicieron exigibles.

En seguida precisa en el libelo los hechos que constituyen despido colectivo que dice "le servirán para fundamentar solicitudes" propias de un acto de tal naturaleza.

El Instituto demandado dio respuesta a la demanda, así:

"*Al punto 1º* Es cierto en cuanto al carácter del trabajador demandante, pero no en cuanto a la injusticia de su despido.

"*Al punto 2º* Si el laudo arbitral incorporó una disposición sobre horario diferencial de trabajo eso sólo operó en la ciudad de Bogotá, porque allí era donde imperaba tal privilegio de excepción.

"*Al punto* anterior se le rebate reproduciendo el artículo 11 del ameritado laudo arbitral, que dice así: "Electraguas mantendrá la jornada de ocho (8) horas diarias durante cinco (5) días semanales, es decir, no se trabajará el día sábado. *Parágrafo*. El horario de trabajo seguirá siendo el mismo que ha venido rigiendo hasta el presente".

"En los antecedentes del mencionado laudo se dice claramente que Electraguas está dentro de un tratamiento o régimen de excepción.

"Más, las autoridades de Bogotá, en varios oficios expresaron que ese laudo no se aplicaba a los trabajadores de canalización.

"Luego, de esa fecha en adelante empieza a evidenciarse el derecho para los trabajadores de Bogotá; y para los de canalización, sólo el 20 de septiembre de 1966 en que se dictó por el ingeniero jefe la Resolución número 084 por la cual se consagró tal beneficio. Y como el demandante fue despedido antes de la fecha de esa Resolución, claro está que no puede pedir reajuste por ese horario.

"*Al punto 3º* El reajuste del diez por ciento (10%) no ha operado ni siquiera para los trabajadores que en la actualidad laboran en la obra. La Convención que más adelante se analizará, aumentó proporcionalmente los sueldos. Por tanto, no pueden coexistir dos aumentos.

"*Al punto 4º* Eso es de ley, pero cuando ha habido violación de un derecho adquirido, o cuando ha sido reconocido con mucha anticipación el beneficio demandado. Si las primas que le fueron cubiertas al demandante tuvieron un breve retraso mientras se hacía el reconocimiento y se arbitraban recursos para ello, no quiere decir que hubo negación ni postergación de garantías sociales que el mismo Instituto estuvo listo a consagrar.

"Por lo demás, el Sindicato de los Trabajadores de la obra negoció una convención colectiva con el Instituto, fechada el 24 de marzo de 1965 que tuvo vigencia hasta la misma fecha de 1966 y luego fue denunciada mientras se negociaba la siguiente.

"En dicha convención se puntualizó lo siguiente:

"Como después de terminadas las conversaciones con el Sindicato y elaborado el informe respectivo se celebró una reunión adicional, en forma extraordinaria, en la cual el Sindicato para facilitar las negociaciones manifiesta expresamente que accede a desistir de sus solicitudes contenidas en el punto tercero sobre la creación de una comisión que califique los despidos y sobre los preavisos e indemnizaciones...".

"Esto, a cambio de otra contraprestación.

"Luego, si el Sindicato renunció a ese derecho, por cuál motivo se piden las indemnizaciones por despido?

"Ahora bien: se está involucrando el derecho, desde el punto de vista de que una legislación destinada para determinado ámbito, no lo es para otro, cuando por extensión no lo diga una norma especial o la primitiva así lo prescriba. Basta leer el artículo 4º del Código Laboral y los conceptos que acompaño a esta contestación.

"Esto a grandes rasgos los puntos diseminados de la demanda. Porque los comentarios y análisis dislocados que contienen las siete hojas

de ese libelo, se contraen a un mismo hecho que puede discutirse en la audiencia de juzgamiento. No en una simple demanda.

El Juzgado 8º Laboral del Circuito de Medellín desató la controversia en primera instancia, en sentencia de fecha 30 de noviembre de 1970, por medio de la cual resolvió:

"1º Condénase a la entidad demandada *Canalización y Reembolso del Río Medellín - Instituto de Aguas y Fomento Eléctrico* del domicilio y representación reconocidos en juicio a pagar en favor del actor, señor Rafael Flórez Uribe, la suma de dos mil novecientos diez y siete pesos con treinta y un centavos ($ 2.917.31) moneda legal, por concepto de salarios correspondientes al plazo presuntivo, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 51 del Decreto 2127 de 1945.

"2º Se *absuelve* al demandado de todos los cargos contenidos en los literales a), b), c) y g) de la parte petitoria de la demanda.

"3º Declárase incompetente el Juzgado para conocer de las acciones a que se contraen los literales d), e) y f) de la demanda, y en consecuencia, se abstiene de decidir sobre el fondo de las mismas.

"Por lo expuesto en el literal 2º, no habrá condenación en costas".

Los apoderados de las partes apelaron de la anterior providencia ante el Tribunal Superior de Medellín que al resolver la alzada, resolvió en sentencia de 10 de marzo de 1971:

"1º *Se absuelve a Canalización y Reembolso del Río Medellín - Instituto de Aprovechamiento de Aguas y Fomento Eléctrico,* de las solicitudes relativas a reajuste de salarios, sobrerremuneración por trabajo en horas extras e indemnización moratoria.

"2º *Se declara* configurada la excepción de *incompetencia de jurisdicción* en cuanto se solicita la declaración judicial de que existió un despido colectivo y la de *petición* antes de tiempo respecto a las acciones de inexistencia consecuente del despido que afectó al demandante, reinstalación y salarios del tiempo corrido hasta el reintegro, como también por jubilación-sanción.

"3º No es procedente en este juicio resolver acerca de la justicia o injusticia del despido del señor Rafael Flórez Uribe para reconocerle o negarle una indemnización no demandada ni debatida.

"Queda así *confirmada* en parte, con *reformas* y *revocada* en parte la sentencia apelada de la fecha y procedencia indicadas en la parte motiva.

"Sin costas".

El apoderado del demandante inconforme con lo resuelto por el *ad quem,* interpuso contra el fallo de segundo grado recurso extraordinario de casación que le fue concedido y posteriormente admitido por la Corte.

El recurso.

Durante el trámite del remedio extraordinario se presentó en tiempo la demanda de casación y también oportunamente fue replicada por el apoderado del Instituto.

Según el alcance de la impugnación el impugnante pretende el quebrantamiento parcial del fallo recurrido, en cuanto absuelve de las indemnizaciones por mora en el pago de las primas de antigüedad y navidad, y por despido injusto, para que convertida la Corte en Tribunal de instancia, "revoque la sentencia de primer grado en donde absuelve de la indemnización moratoria, y en su lugar haga la condenación correspondiente y confirme la misma sentencia en los demás aspectos, especialmente respecto de la condenación a indemnización por despido injusto, imponiendo, además a la parte demandada las costas en ambas instancias y en el recurso, si hubiere oposición".

En seguida, con invocación de la causal primera de casación, formula tres cargos, que se analizarán en el mismo orden en que fueron propuestos, pero estudiando los dos primeros conjuntamente.

Primer cargo. Lo enuncia así el impugnante:

"La sentencia es violatoria por interpretación errónea del artículo 1º, parágrafo 2º del Decreto 797 de 1949, en concordancia con los artículos 52 del Decreto 2127 de 1945 y 8º de la Ley 6ª de 1945".

Segundo cargo. (Subsidiario del anterior).

Está formulado en la siguiente forma:

"Acuso la sentencia recurrida de violar directamente, por falta de aplicación, el artículo 1º, parágrafo 2º del Decreto 797 de 1949, en concordancia con los artículos 52 del Decreto 2127 de 1945 y 8º de la Ley 6ª de 1945".

Demostración de los ataques:

A. *Interpretación errónea de los artículos 1º del Decreto 797 de 1949, 52 del Decreto 2127 de 1945 y 8º de la Ley 6ª de 1945.*

El recurrente sostiene, luego de copiar dos pasajes de la sentencia impugnada que el Tribunal consideró que no había mora sancionable por tres razones a saber: a) Porque el Instituto pagó a Flórez oportunamente los derechos principales; b) Porque la prima de antigüedad y la de navidad, vendrían a ser un "complemento o reajuste de lo principal; y c) Porque "no aparece ostensible la mala fe de la entidad deudora".

Agrega, que estas reflexiones del *ad quem*, consignadas como soportes de su decisión absolutoria, respecto a la indemnización por mora, implican una equivocada interpretación del artículo 1º del Decreto 797 de 1949, pues él no distingue, como lo hace el fallador, entre prestaciones legales ni extralegales, para dejar que estas sean satisfechas en el momento en que al patrono le plazca o juzgue más conveniente para sus intereses, ni establece categorías entre los derechos de índole laboral, calificando unos como principales y otros de rango inferior a fin de responsabilizar al patrono solo por el pago inoportuno de los de mayor importancia económica o mayor jerarquía dentro del conjunto de sus obligaciones contractuales. Para demostrar su aserto, transcribe parte del artículo 1º del citado Decreto 797 del siguiente tenor:

"No se considerará terminado el contrato de trabajo antes de que el patrono ponga a disposición del trabajador el valor de todos los salarios, prestaciones e indemnizaciones que le adeude".

Finaliza, manifestando que en consecuencia, se hizo por el fallador una exégesis equivocada del artículo citado, porque para su aplicación basta, como también lo ha dicho la Sala Laboral, que el patróno no ponga a disposición del trabajador "dentro del término de gracia de noventa días", "todos los salarios, prestaciones e indemnizaciones que le adeude", a menos que justifique su conducta, configurando su proceder, como causal eximente de la sanción.

B. *Falta de aplicación de los artículos 1º del Decreto 797 de 1949, 52 del Decreto 2127 de 1945 y 8º de la Ley 6ª de 1945.*

El recurrente manifiesta que la sentencia admite como hecho demostrado que por parte del Instituto hubo mora en el pago de las primas de antigüedad y navidad y sin embargo, no aplicó la sanción que para estos casos consagra el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, en concordancia con las demás normas señaladas en el ataque, o sea que el hecho básico del litigio no se discute, se halla debidamente establecido y no se aplicaron las normas pertinentes".

Dice que de consiguiente, "hay violación directa de la ley" y el fallo, debe ser casado por ese aspecto, para que en la decisión de instancia, se revoque en el mismo punto el de primer grado, y en su lugar se haga el pronunciamiento pedido.

El opositor, a su vez, replica estos dos cargos formulando críticas de orden técnico a la censura, ya que dice que los artículos 52 del Decreto 2127 de 1945 y 1º del 797 de 1949, son de carácter adjetivo y el 8º de la Ley 6ª de 1945 no se refiere a eventuales "indemnizaciones moratorias".

Se considera.

El recurrente se limitó a acusar como violados en los dos cargos de los cuales se hizo la síntesis respectiva, el artículo 8º de la Ley 6ª de 1945 el 52 del Decreto 2127 de 1945 y el 1º del Decreto 797 de 1949.

El artículo 8º de la Ley 6ª de 1945, según su texto, establece la duración máxima del contrato de trabajo y da reglas sobre la cláusula de reserva, la revisión del convenio por graves e imprevisibles alteraciones de la normalidad económica y sobre la sustitución de patronos.

Pero como lo anota el opositor, esta norma no consagra la indemnización por falta de pago que se busca con la demanda de casación luego su cita como violada no es pertinente en el caso debatido.

Los artículos 52 del Decreto 2127 de 1945 y 1º del Decreto 797 de 1949, sustituido el primero por el segundo, son simplemente reglamentarios, y por tanto, el supuesto quebrantamiento de ellos, no puede dar base a un cargo en casación, si no se señala la norma sustancial reglamentada.

La Sala ha dicho en jurisprudencia reiterada que el artículo 1º del Decreto 797 de 1949 es reglamentario del 11 de la Ley 6ª de 1945, como lo fue el 52 del Decreto 2127 del mismo año, antes de ser sustituido por aquél.

Era preciso entonces que el impugnante hubiera acusado como violado el artículo 11 de la Ley 6ª de 1945 para poder entrar en el examen de los cargos.

Como tal cosa no ocurre en el *sub lite* los ataques no son estimables, por no reunir las exigencias del recurso.

Tercer cargo. Lo presenta así el impugnante: "Acuso la sentencia recurrida, de ser violatoria, por falta de aplicación, de los artículos 11 de la Ley 6ª de 1945; 40, 43 y 51 del Decreto 2127 de 1945 y 50 del Código de Procedimiento del Trabajo (Decreto 2158 de 1948), violaciones en que incurrió el fallador por vía indirecta a consecuencia de errores manifiestos de hecho, por equivocada apreciación de unos documentos y falta de apreciación de otros".

Manifiesta que los errores de hecho consistieron en: 1º No dar por demostrado, estándolo, que el despido del demandante fue injusto, puesto que la entidad demandada no probó la justificación de ese hecho, y 2º No dar por demostrado estándolo, que el hecho a que se refiere el numeral anterior, fue discutido en el juicio y está debidamente probado.

Las pruebas que indica el impugnante como no apreciadas son:

"a) Memorial dirigido por el apoderado del demandante, doctor Raúl Calle Moncada, al doctor Gustavo Arango, Ingeniero Jefe de Canalización y Reembolso del Río Medellín;

"b) Memorial dirigido por el doctor Raúl Calle al Instituto de Aprovechamiento de Aguas;

"c) Resolución del 26 de noviembre de 1968, emanada de dicho Instituto;

"d) Contestación del Instituto a la demanda".

Las que observa fueron estimadas equivocadamente, las especifica, así:

a) Certificación firmada el 10 de julio de 1968 por el doctor Gustavo Arango; y

b) La demanda laboral.

En la demostración comienza por manifestar que el Juez condenó al Instituto a pagar al actor, a título de indemnización por despido sin justa causa, la suma de $ 2.917.31, pero que el Tribunal revocó esa decisión con las razones que transcribe. Afirma que el pronunciamiento correcto, es decir en consonancia con la motivación hubiera sido la revocatoria del fallo extrapetita referente a la mencionada indemnización, y no una resolución que aparentemente no decide en forma definitiva sobre el fondo del asunto, al decir: '3º No es procedente en este juicio resolver acerca de la justicia o injusticia del despido del señor Rafael Flórez Uribe para reconocerle o negarle una indemnización no demandada ni debatida".

Expresa que si con cuidado se estudia el fallo, él no contiene una decisión inhibitoria sino una resolución que absuelve a la entidad demandada por el aspecto de la indemnización por justo despido, "cerrando desde luego", dice, "para el trabajador, la posibilidad de un nuevo debate judicial sobre el mismo tema". Para reforzar el argumento transcribe el acusador parte de dos autos dictados por la Corte el 11 de abril de 1962, publicado el primero en la Gaceta Judicial Nº XCVIII, pág. 678 y el segundo en la Nº XCVII en la misma página.

A continuación, el impugnante analiza el memorial dirigido por el apoderado de Flórez al doctor Gustavo Arango, Ingeniero Jefe de Canalización y Reembolso del Río Medellín, en el cual se pide certificación sobre si el trabajador fue despedido; sobre si nunca incurrió en faltas tan graves que ocasionaran su despido de acuerdo con la ley, por justa causa y sobre si el actor ya había solicitado antes, recién terminado su contrato de trabajo, la indemnización por ese acto, para deducir de este escrito que era propósito de plantearle al Instituto, "desde un principio y por la vía gubernativa" el reconocimiento de la citada indemnización.

Agrega, que con la respuesta al anterior memorial el hecho del despido es aceptado y consta en las razones que movieron a la entidad a tomar tal determinación, a saber: escasez de fondos y reducción de frentes de trabajo, sin que de otra parte se le imputaran faltas graves al demandante Flórez.

Dice el recurrente que con base en estos documentos se solicitó a Canalización y Reembolso del Río Medellín entre otros "los valores que le correspondían por despido injusto", transcribe parte de los hechos en que se fundamentó el reclamo y manifiesta que por Resolución de 26 de noviembre de 1968, el Instituto negó el reconocimiento pedido.

Después expone que en estas circunstancias Flórez tuvo que recurrir a la vía judicial y que la demanda correspondiente obra a folios 10 y ss. Transcribe el hecho primero de aquélla y la contestación que le dio la entidad, y comenta:

"La sentencia, como se ve en uno de los pasajes ya transcritos en el análisis del primer cargo, alude el documento de folios 3 para sacar de él la inferencia de los hechos relativos al tiempo de vinculación del demandante, al despido y las razones invocadas por el Instituto para tomar esa resolución, pero no considera su valor cuando trata el punto concerniente a la indemnización por despido injusto, como pronunciamiento extrapetita, del *a quo*. Ni examina su alcance probatorio por este aspecto, ni lo relaciona con las demás constancia procesales de importancia para la decisión acertada del asunto".

Continúa el acusador, refiriéndose a la sentencia gravada:

"De igual manera, cuando alude a la demanda, el *ad quem* la aprecia erróneamente. Dice, para revocar el pronunciamiento extrapetita, que 'esta acción ni siquiera fue planteada en la demanda, ni fue objeto de debate en el curso del juicio', lo que no es cierto, porque en la demanda se afirma el hecho del despido injusto y la entidad demandada lo discute en su respuesta.

"Dice también el fallador, en aparte ya transcrito de su providencia, que la acción indemnizatoria de perjuicios "vendrá a ser una petición subsidiaria", condicionada al fracaso de la acción de reintegro por despido colectivo, y esto constituye otro error de hecho porque del análisis de la prueba señalada en la censura, como se ha visto, no se desprende esta circunstancia. Todo indica que el pronunciamiento de primera instancia, en ese punto, fue extrapetita.

"En cuanto a los demás antecedentes la sentencia no hace comentario alguno, lo que indica que no los apreció como ha debido hacerlo, y este error por omisión ha incidido, de manera ine-

quívoca, sobre la parte resolutiva pues si el fallador hubiese tomado en cuenta esas probanzas y la hubiera relacionado con la demanda laboral y con la certificación de folios 3, apreciando estos últimos elementos en su verdadero significado probatorio, habría admitido que el hecho del despido injusto fue discutido en el juicio y debidamente probado y, de consiguiente, habría confirmado la condenación al pago de perjuicios que, en forma extrapetita, hizo el *a quo*. No procedió así el Tribunal, luego son evidentes los errores de hecho en que incurrió".

El opositor después de dar algunas razones tendientes a demostrar que la condena hecha por el Juzgado en la sentencia de primer grado fue ilegal y prematura, expresa en relación con el fallo del *ad quem* que no hubo infracción indirecta "ni falta de aplicación de norma legal aplicable ni yerros manifiestos de hecho, ni equivocada apreciación o subestimación de ningún medio suasorio".

Se considera.

El Tribunal Superior de Medellín expresó sobre la condena, hecha por el Juez de primera instancia, lo siguiente:

"Se revocará la condenación que por concepto de salarios correspondientes al plazo presuntivo, trae la sentencia apelada, porque esta condenación se hizo sobre el supuesto de un despido injusto, y esta acción ni siquiera fue planteada en la demanda, ni fue objeto de debate en el curso del juicio, pero aún en el supuesto de haber sido planteada, o debatida, tampoco prosperaría por cuanto vendría a ser una petición subsidiaria, en caso de no prosperar la del reintegro como consecuencia de la declaratoria de que el despido era inexistente por tratarse de un despido colectivo, y ya se vio cómo sobre esta petición no puede resolverse todavía; por tanto sin decidirse la petición principal no podría resolverse sobre la subsidiaria".

Y, en la parte resolutiva dispuso:

"3º No es procedente en este juicio resolver acerca de la justicia o injusticia del despido del señor Rafael Flórez Uribe para reconocerle o negarle una indemnización no demandada ni debatida".

"El recurrente, en presencia de lo resuelto por el *ad quem*, afirma que se produjo una absolución de la indemnización decretada por el *a quo*, y dice que en consecuencia el fallo en este punto es definitivo, por lo cual la Corte es competente para estudiar el ataque formulado.

"Lo anterior hace necesario que se determine en primer lugar si la resolución de segunda instancia, puede ser impugnada o no en casación, por tratarse, en el punto citado, de un fallo de mérito.

"Es cierto, y lo expresa la sentencia, que el Tribunal revocó la condena hecha por el Juez de instancia por concepto de indemnización por el despido injusto del actor.

"Mas esta revocatoria no puede entenderse en el sentido de que el *ad quem*, absolvió al Instituto por concepto de los salarios por el tiempo faltante para el cumplimiento del plazo presuntivo de su contrato de trabajo.

"La revocatoria de la condena impuesta por el *a quo*, tuvo como finalidad la no decisión en el fondo de este derecho del trabajador, y así lo expresa con claridad el fallo:

"No procede en este juicio resolver acerca de la justicia o injusticia del despido del señor Rafael Flórez Uribe...".

En esta forma no se produjo con la resolución del Tribunal el fenómeno de la cosa juzgada. Dejó el *ad quem* al actor el camino abierto para que en juicio distinto reclamara la indemnización correspondiente.

El recurrente, en consecuencia, comete error al afirmar que el fallador absolvió al Instituto demandado de la condena extrapetita hecha por el *a quo*.

Este punto del fallo impugnado no tiene en consecuencia carácter definitivo y por tanto, lo dispuesto en él por el Tribunal no es susceptible del recurso extraordinario, que según lo tiene establecido la Corte solo procede contra sentencias definitivas.

El cargo por esta razón es inadmisible.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia de 10 de marzo de 1971, proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio seguido por Rafael Flórez Uribe contra el Instituto de Aprovechamiento de Aguas y Fomento Eléctrico, Canalización y Reembolso Río Medellín.

Costas del recurso a cargo del recurrente.

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

Jorge Gaviria Salazar, Juan Benavidez Patrón, Alejandro Córdoba Medina.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

TRABAJADORES DE LA CONSTRUCCION

El error de interpretación del artículo 4º del Decreto 2127 de 1945 no es del sentenciador, sino del casacionista cuando pretende que el trabajar en una Secretaría de Obras Públicas implica el hacerlo en "la construcción o sostenimiento de las obras públicas", siendo así que una cosa no conlleva la otra: no todos los trabajadores de la Secretaría de Obras Públicas, ni del Ministerio del ramo están vinculados a dicha construcción o sostenimiento y, por el contrario, son numerosos los que están ligados a esas entidades por relación de derecho público.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., febrero veinticuatro de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor José Enrique Arboleda Valencia).

Sección segunda. - Acta número 7.

Alvaro Pardo Castro, por procurador judicial, afirmando haber servido mediante contrato verbal de trabajo desde el 2 de enero hasta el 9 de octubre de 1967, como electricista 1º de la Secretaría de Obras Públicas del Departamento de Cundinamarca y despedido "injusta e intempestivamente", demandó a éste y al Instituto de Seguridad Social del mismo, en busca de que fuesen condenados solidariamente a pagarle el valor de auxilio de cesantía, prima (sic) lucro cesante e indemnización por no pago.

El mencionado Departamento respondió la demanda, oponiéndose "a que se hagan las declaraciones y condenas solicitadas por el demandante, mientras no se encuentren debidamente demostrados por el actor los hechos que sirven de fundamento a la demanda" y propuso "la excepción perentoria de pago por concepto de prima de navidad".

El citado Instituto no contestó la demanda.

El Juzgado Laboral del Circuito de Bogotá, a quien correspondió el conocimiento del negocio, lo decidió por sentencia de 10 de julio de 1971, en la siguiente forma:

"*Primero.* Condénase al Departamento de Cundinamarca a pagar al señor Alvaro Pardo Castro, conocido de autos, las siguientes sumas de dinero:

"a) Novecientos sesenta y ocho pesos con cinco centavos ($ 968.05) moneda corriente, por concepto de cesantía;

"b) Tres mil quinientos setenta pesos, moneda corriente ($ 3.570), por concepto de lucro cesante; y

"c) Cuarenta y dos pesos ($ 42.00) moneda corriente, *diarios,* a partir del veintitrés (23) de enero de mil novecientos sesenta y ocho (1968) y hasta la fecha en que se cancelen los valores a que se contraen los literales a) y b) de esta sentencia, a título de indemnización moratoria.

"*Segundo.* Declárase probada la excepción de pago propuesta.

Como consecuencia de ello, *absuélvase* a la demandada de la petición tendiente al reconocimiento y pago de la prima de navidad, y al Instituto de Seguridad Social de Cundinamarca de todas las peticiones.

Sin costas".

Subieron los autos al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá por apelación del demandante, en lo desfavorable, y por virtud de la consulta prevista en el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo, el cual, en fallo de 8 de septiembre de 1971, revocó la de primera instancia y absolvió "a la parte demandada de todos los cargos que le fueron formulados".

Contra esta sentencia ha acudido en casación el actor, quien formuló la respectiva demanda, no replicada por el demandado, en la que pide la

infirmación de la del Tribunal y el que se acoja "la sentencia del juzgador *a quo,* folios 34 a 37 y se condene al Departamento de Cundinamarca a las siguientes sumas de dinero: a) Cesantía, la suma de $ 968.05; b) Lucro cesante, la suma de $ 3.570 moneda corriente; c) Indemnización moratoria, la suma de $ 42.00 diarios, a partir del 23 de enero de 1968, y hasta la fecha en que se cancelen la cesantía y el lucro cesante".

Para conseguir este fin formula los cargos que se estudian enseguida:

"*Primer cargo.* 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 6ª de 1945, artículos 2º y 3º, de la Ley 64 de 1946; artículos 4º y 20 del Decreto 2127 de 1945; artículos 17, letra a) de la Ley 6ª de 1945; artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º y 6º del Decreto 1160 de 1947, artículos 40, 43 y 51 del Decreto 2127 de 1945, artículo 1º del Decreto 797, Decreto 2767 de 1947, artículo 1º, Ley 61 de 1969, artículo 1º, Ley 38 de 1946, Decretos 709 de 1940, 1052 de 1944 y 2058 de 1944, sobre trabajadores de la construcción".

Para sustentarlo, afirma:

"Consecuente con ello afirmo que la sentencia incurrió en dicho cargo, por haber apreciado mal y parcialmente, las documentarias de los folios 9, 24, 25, 30 y 32, ya que, el Tribunal afirma mediante tales pruebas que Alvaro Pardo Castro, prestó sus servicios al Departamento de Cundinamarca, Secretaría de Obras Públicas, sección de conservación de equipos, dependiente de la División Operativa, con el cargo de electricista automotriz; y dejó de apreciar tales pruebas, en cuanto ellas afirman que dicho trabajador prestó sus servicios desde el 3 de enero hasta el día 8 de octubre de 1967, fue declarado insubsistente mediante el Decreto número 01636 del 4 de octubre de 1967, a partir del 1º de octubre, que devengó un jornal de $ 42.00 y que recibió una prima de navidad por el año de 1967 de $ 983.50 moneda corriente, y no apreciando también la contestación de la demanda que aparece a folios 18.

"Fue así como el honorable Tribunal concluyó erróneamente que entre mi poderdante y el Departamento de Cundinamarca no había un contrato de trabajo sino una relación de derecho público habiendo además revocado la sentencia del juzgador de primera instancia de todos los cargos formulados.

"Luego el honorable Tribunal para llegar a tal conclusión, no dio por demostrado estándolo:

a) Que entre mi poderdante y la entidad demandada existió un contrato de trabajo por haber prestado sus servicios en la sección de conservación de equipos dependiente de la División Operativa de la Secretaría de Obras Públicas;

b) Que dicha relación de trabajo, tuvo lugar desde el 3 de enero hasta el 8 de octubre de 1967, y cuya insubsistencia se hizo efectiva a partir del 9 del mismo mes y año;

c) Que devengó un jornal de $ 42.00 diarios, y una prima de navidad de $ 983.50;

d) Que la insubsistencia decretada según el Decreto 01636 de 4 de octubre de 1967 fue ilegal e injustificada;

e) Que fue despedido faltándole para la prórroga de su último período presuncional de seis meses, 85 días;

f) Que durante tal período en que existió su relación laboral, se causó una cesantía por un tiempo de servicios de 9 meses, 5 días, habidos desde el 3 de enero al 8 de octubre de 1967;

g) Que hasta la fecha no le han sido cubiertos su indemnización por despido y su cesantía, constituyendo dicha renuencia un acto de mala fe, por parte del Departamento de Cundinamarca".

La Sala, para resolver, considera:

El argumento del Tribunal para negar la existencia de contrato de trabajo entre el actor y el Departamento de Cundinamarca, es el siguiente:

"Ahora bien, en el *sub judice* se ignora dónde y en qué forma prestó sus servicios el demandante, ya que no hay descripción de labores. Y en cuanto a la denominación del cargo, ni aparece una relación directa y necesaria entre las posibles funciones de un electricista automotriz con la construcción y sostenimiento de las obras públicas, ni tampoco podría aceptarse la relación indirecta, que de todas maneras no se demostró, descartado como está el criterio extensivo".

Vese, pues, que el sentenciador halló ausencia de pruebas sobre las labores desarrolladas por Pardo Castro y sobre la relación directa entre tales funciones y la construcción o el sostenimiento de las obras públicas, y, en verdad, de estos hechos no existe probanza en los autos. Es cierto que las pruebas allegadas demuestran sin la menor duda que por Decreto 01926 de 19 de diciembre de 1966 del Gobernador de Cundinamarca fue nombrado aquel: "Electricista Automotriz de la Sección Conservación y Equipo, dependiente de la División Operativa de la Secretaría de Obras Públicas, con un jornal diario de $ 34.50" (F. 31) y que por Decreto 01636 de 4 de octubre de 1967 el mismo Gober-

nador declaró "insubsistente el nombramiento del señor Alvaro Pardo Castro, Electricista Primero de la Sección de Conservación y Equipo, dependiente de la División Operativa, Secretaría de Obras Públicas" (Fs. 9 y 32); pero estos documentos indican sólo el nombre del cargo y en forma alguna funciones que den a entender que estaba adscrito a la conservación o sostenimiento de las obras públicas departamentales.

Lo propio ocurre con los otros documentos que el casacionista señala apreciados con error, pues el del folio 25 es un certificado del Jefe de Personal de la Gobernación que se limita a indicar fechas de ingreso y salida, sueldo devengado, pago de la prima de navidad por 1967 y denominación del cargo como: "Electricista de la Sección de Conservación y Equipos, dependiente de la Secretaría de Obras Públicas"; y el del folio 30 es otro certificado igual al antedicho, emanado del Jefe de la Sección de Administración.

No aparece, por lo tanto, manifiesto o evidente error del Tribunal al echar de menos las probanzas que establecieran que el servicio prestado por el actor lo fue en la construcción o sostenimiento de las obras públicas, ya que el nombramiento de Electricista de la Sección de Conservación y Equipos, por sí solo, no prueba esa circunstancia básica, aun cuando se trate de dependencia de la Secretaría de Obras Públicas, pues no todos sus trabajadores estaban ligados por contrato de trabajo al tenor del artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, bajo cuya vigencia prestó sus servicios el demandante, ni lo están hoy por virtud del Decreto 3135 de 1968, artículo 5º.

En consecuencia, el cargo no prospera.

El segundo cargo es del tenor siguiente:

"La sentencia incurrió en infracción directa por error en interpretación de los artículos 1º, 11 y 58, inciso final de la Ley 6ª de 1945; 2º y 3º de la Ley 64 de 1946; artículos 4º y 20 del Decreto 2127 de 1945; artículo 17, letra a) de la Ley 6ª de 1945; artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º y 6º del Decreto 1160 de 1947, artículos 40, 43 y 51 del Decreto 2117 de 1945; artículo 1º del Decreto 797 de 1949, Decreto 2767 de 1947, artículo 1º; Ley 61 de 1939, artículo 1º; Ley 38 de 1946; y Decreto 709 de 1949, 1052 de 1944, 2058 de 1944 sobre trabajadores de la construcción".

Para sustentarlo, sostiene:

"El fallador de segunda instancia ha incurrido en la infracción directa, por errónea interpretación, por cuanto que no sólo extralimitó el contenido o alcance de la norma del artículo 4º del Decreto 2127, sino que, recortó su alcance o contenido.

"Extralimitó su alcance, al no satisfacerse con el hecho probado de que mi poderdante prestó sus servicios al Departamento de Cundinamarca Secretaría de Obras Públicas, Sección de Conservación de Equipos, dependiente de la División Operativa, con el cargo de Electricista Automotriz, exigiendo otro u otros, tales como descripción de funciones, determinación de lugar, relación directa y necesaria entre las posibles funciones de un electricista-automotriz con la construcción o sostenimiento de las Obras Públicas.

"Y lo extralimitó porque dicha norma sólo exige, según su primera excepción, que la actividad desarrollada por la entidad oficial a la cual se presta los servicios sea de construcción o sostenimiento de las obras públicas, y si como para el honorable Tribunal es evidente que mi poderdante prestó sus servicios a la Secretaría de Obras Públicas, como electricista, con tal elemento se acreditaba esa primera excepción y por ello, mal podía, como lo hizo, concluir que entre Alvaro Pardo Castro y la entidad demandada no existió un contrato de trabajo.

"A este respecto la honorable Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en su sentencia proferida en el juicio de Rosendo Jiménez contra el Departamento de Cundinamarca, Magistrado ponente, doctor José Enrique Arboleda Valencia, de fecha 2 de octubre de 1970, expresó:

" 'No aparece ni el error de hecho manifiesto, ni la equivocada interpretación del artículo 4º del Decreto 2127 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 preste sus servicios.

" 'Nótese como el precepto citado dice en relación a las funciones de la entidad y no a las del trabajador a ella ligado, según surge con claridad de su sola lectura: 'No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores las relaciones entre los empleados públicos y la administración nacional, departamental o municipal no constituyen contrato 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)'.

"Es decir, tanto el precepto del artículo 4º del 2127, como la jurisprudencia laboral transcrita, es perentoria al afirmar que el elemento esencial que caracteriza si un trabajador oficial está vinculado por un contrato de trabajo, a la Administración Pública, llámese Nación, departamento, municipio, intendencia o establecimiento público descentralizado, es la actividad servida por la respectiva entidad, y si tal actividad encaja dentro de uno cualquiera de los casos exceptivos contemplados por tal mandato, forzoso es concluir que entre dicho trabajador oficial y la entidad a la cual presta sus servicios, existió un contrato de trabajo, como elemento configurativo también de la competencia de la jurisdicción laboral para conocer y decidir los conflictos jurídicos que hubieren surgido durante la vigencia y terminación de dicho contrato de trabajo.

"Por ello el honorable Tribunal ha interpretado erróneamente la norma, al no satisfacerse con la vinculación de mi poderdante a la actividad de construcción o sostenimiento de las obras públicas, desarrolladas por el Departamento de Cundinamarca, al exigir otros elementos no previstos y contrarios a la misma norma".

El error de interpretación del artículo 4 del Decreto 2127 de 1945 no es del sentenciador, sino del casacionista cuando pretende que el trabajar en una secretaría de obras públicas implica el hacerlo en "la construcción o sostenimiento de las obras públicas", siendo así que una cosa no conlleva la otra: no todos los trabajadores de la Secretaría de Obras Públicas, ni del Ministerio del ramo están vinculados a dicha construcción o sostenimiento y, por el contrario, son numerosos los que están ligados a esas entidades por relación de derecho público.

La doctrina de esta Sala que el casacionista trae en apoyo de su tesis y que sostiene que "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 preste sus servicios", es clara y así quien lo hace en una dependencia administrativa dedicada a la construcción o sostenimiento de las obras públicas es trabajador oficial y no lo es quien sirve en dependencia ajena a esos menesteres. Cosa distinta es, y no lo dice tal doctrina, la pretensión de que el mero hecho de pertenecer a una secretaría de obras públicas implique vínculo contractual, siendo así que numerosas secciones suyas no tienen por objeto directo la construcción o sostenimiento de tales obras.

Por lo tanto, cuando se trata de trabajadores de entidades como las indicadas es necesario establecer que la dependencia o sección en que se trabaja tiene el destino dicho, a fin de que surja la vinculación contractual en vez de la relación de derecho público, que fue lo que no se produjo, a juicio del Tribunal, en este asunto, de acuerdo con lo estudiado al decidir el cargo anterior.

En lo hasta aquí visto no existe, pues, la interpretación errónea sostenida por el recurrente.

Afirma, de otro lado, el casacionista que el artículo 1º de la Ley 38 de 1946 define como trabajadores de la construcción a las personas que ejecutan instalaciones eléctricas; pero no transcribe de esa norma la parte final que condiciona las labores en ella enumeradas, así: "siempre y cuando que todos esos trabajos sean inherentes a una obra determinada de construcción" y determinar si este hecho fue o no demostrado en el proceso es cuestión ajena a un cargo por interpretación errónea de la ley.

Por último, alega que si "mi poderdante no era trabajador de la construcción, y que no hubiera tal interpretación por extramilitación, podría encontrarse tal errónea interpretación por cuanto el honorable Tribunal al examinar solamente el artículo 4º, por su primera excepción, no estudió, para el caso *sub judice*, o sean las otras dos excepciones que contiene la norma, entre las cuales, según su parte final, está: "O de instituciones idénticas a las de los particulares o susceptibles de ser fundadas o manejadas por éstos en la misma forma". Pero semejante argumento carece de toda validez, ya que una secretaría de obras públicas, que era en la que trabajaba el demandante, no es ni puede ser "institución idéntica a la de los particulares o susceptible de ser fundada o manejada por éstos en la misma forma".

En consecuencia, el cargo no prospera.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia impugnada.

Sin costas por no haberse causado.

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

José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García B., José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CASACION (Técnica)

Por lo demás, debe decirse, que conforme al artículo 7º de la Ley 16 de 1969 que subrogó el 23 de la 16 de 1968, la violación de la ley por la vía indirecta no se produce por la falta de apreciación o estimación equivocada de la prueba testimonial, solamente puede presentarse el error evidente de hecho cuando el medio probatorio no tenido en cuenta o indebidamente analizado, es la confesión judicial, el documento auténtico, o la inspección ocular.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., febrero veintinueve (29) de mil novecientos setenta y dos (1972).

(Magistrado ponente: doctor Jorge Gaviria Salazar).

Sección primera. - Acta número 7.

Eduardo Espitaleta Pérez, por conducto de apoderado, demandó a "Empresa Puertos de Colombia", "Terminal Marítimo y Fluvial de Cartagena", "EMPRESA Puertos de Colombia" o Empresa "Puertos de Colombia", que dice "es lo mismo", para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

«*Primera.* Que se declare que la "Empresa Puertos de Colombia" "Terminal Marítimo y Fluvial de Cartagena", Empresa "Puertos de Colombia". - "Terminal Marítimo y Fluvial de Cartagena", "Empresa Puertos de Colombia" o la Empresa "Puertos de Colombia" incurrió en incumplimiento del o de los contratos de trabajo celebrados entre ella y el señor Eduardo Espitaleta Pérez o terminó sin justa causa comprobada, unilateralmente, tal o tales contratos, celebrados por término indefinido.

«*Segunda.* Que como consecuencia de la petición primera anterior o de la declaración que usted haga conforme a dicha petición primera, se condene a la "Empresa Puertos de Colombia". "Terminal Marítimo y Fluvial de Cartagena", Empresa "Puertos de Colombia". - "Terminal Marítimo y Fluvial de Cartagena", "Empresa Puertos de Colombia" o a la Empresa "Puertos de Colombia" a pagar al señor Eduardo Espitaleta Pérez la indemnización de perjuicios por él sufridos por el incumplimiento de lo pactado en él o los contratos de trabajo a que me he referido o por la terminación unilateral de tal o tales contratos, sin justa causa comprobada, comprendiendo el lucro cesante y el daño emergente, en la cuantía que se estime legal; o bien se condene a tal "Empresa" o Empresa a reintegrar a Eduardo Espitaleta Pérez en las mismas condiciones de trabajo o de empleo de que gozaba, antes de ser despedido y en cualquier caso al pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir o devengar por él.

«*Tercera.* Que en todo caso se condene a la "Empresa" o Empresa a que me he referido a pagar a Eduardo Espitaleta Pérez la indemnización o indemnización de perjuicios a que se refiere el artículo octavo (8º) del Decreto o Decreto-ley número 2351 de 1965 (Art. 64 del C. S. del T.) especialmente los numerales u ordinales 4, aparte d) y 5 y 2 del referido artículo octavo (8º) de tal Decreto o Decreto-ley 2351 de 1965.

«*Cuarta.* Que si usted lo considera procedente o legal previamente, antes de accederse o de decretar a las peticiones anteriores o de decretar tales peticiones, se declaren o decreten resueltos o disueltos el o los contratos de trabajo a que me he referido en las peticiones anteriores.

«*Quinta.* Que en todo o en cualquier caso se condene a la "Empresa" o Empresa a que me he referido anteriormente o que he hecho alusión atrás mencionada, a pagar a Eduardo Espitaleta Pérez, mencionado ya, o al señor Eduardo Espitaleta Pérez o quien legalmente corresponde, las costas y gastos del juicio que promuevo con esta demanda, incluyendo las agencias en derecho y honorarios del abogado gestor».

El apoderado del actor indicó como hechos del libelo los que a continuación se transcriben:

«*Primero.* El señor Eduardo Espitaleta Pérez celebró contrato de trabajo verbal por término indefinido con la Nación colombiana, con el Ministerio de Obras Públicas o con el "Terminal Marítimo y Fluvial de Cartagena" el día catorce (14) de septiembre de mil novecientos cincuenta y uno (1951). Y en tal virtud dicho día comenzó a prestar sus servicios a tal Ministerio o al "Terminal Marítimo y Fluvial de Cartagena" en su carácter de Segundo Escribiente o en el empleo o cargo de Segundo Escribiente».

«*Segundo.* El señor Eduardo Espitaleta Pérez continuó prestando sus servicios a la Nación colombiana, al Ministerio de Obras Públicas o al Terminal Marítimo y Fluvial de Cartagena" en el desempeño de varios cargos o empleos, con posterioridad al de Segundo Escribiente, mencionado en el hecho primero anterior, previa modificación, de común acuerdo, del contrato de trabajo a que me he referido en dicho hecho primero pues fueron varios los empleos o cargos por él desempeñados o los sueldos que devengó o se le pagaron».

«*Tercero.* El día primero (1) de septiembre del año de mil novecientos sesenta y uno (1961) la "Empresa Puertos de Colombia", "Terminal Marítimo y Fluvial de Cartagena" o, simplemente, la Empresa "Puertos de Colombia"; celebró contrato de trabajo por término indefinido, por escrito, con el señor Eduardo Espitaleta Pérez para que desempeñara con ella, con dicha empresa, el empleo de Contador Jefe, Contador Primero Grado 7 Nivel D., dejándose constancia de que el trabajador, señor Eduardo Espitaleta Pérez venía prestando sus servicios "desde el día catorce (14) de septiembre de 1951", constancia que se dejó en aquél contrato, parte final».

«*Cuarto.* El cargo de Contador Jefe o Contador Primero Gra. (grado) 7 Nivel D., a que me refiero en el hecho tercero anterior lo venía desempeñando el señor Eduardo Espitaleta Pérez con la Nación colombiana, con el Ministerio de Obras Públicas o con el "Terminal Marítimo y Fluvial de Cartagena", previo contrato verbal de trabajo celebrado entre los dos, desde el día diez y seis (16) de marzo de mil novecientos sesenta (1960) y a pesar de lo expuesto en el mismo hecho tercero anterior».

«*Quinto.* Entre la "Nación colombiana", el Ministerio de Obras Públicas o el Terminal Marítimo y Fluvial de Cartagena y la "Empresa Puertos de Colombia", "Terminal Marítimo y Fluvial de Cartagena" o simplemente, la Empresa Puertos de Colombia se cumplió el fenómeno jurídico que se conoce con el nombre de Sustitución de Patronos o Sustitución Patronal (Art. 67 del C. S. del Trabajo), tal como se afirmó y admitió en la cláusula quinta del contrato celebrado por escrito a que me refiero en el hecho tercero de esta demanda. (Arts. 1º y 2º, Ley 154 de 1959)».

«*Sexto.* Con posterioridad al empleo o cargo de Contador Primero Grd. 7 Nivel D., o Contador Jefe a que me refiero en los hechos tercero y cuarto de esta demanda, el señor Eduardo Espitaleta Pérez desempeñó con la "Empresa Puertos de Colombia", "Terminal Marítimo y Fluvial de Cartagena" o, simplemente, "Empresa Puertos de Colombia", el empleo o cargo de Jefe Sección o de la Sección de Contabilidad Categoría VIII, Nivel C, o contado y desde el día diez y seis (16) de julio de 1964, previa modificación del o de los contratos de trabajo que o a que he hecho alusión, o Contador del Departamento de Finanzas de aquél Terminal».

«*Séptimo.* El último empleo o cargo que desempeñó el señor Eduardo Espitaleta Pérez con la "Empresa Puertos de Colombia", "Terminal Marítimo y Fluvial de Cartagena" o simplemente, "Empresa Puertos de Colombia" fue el de Jefe Sección de la Sección de Contabilidad, Categoría VIII, Nivel C, Contador o Contador del Departamento de Finanzas aludido atrás».

«*Octavo.* El día quince (15) de enero del presente año de mil novecientos sesenta y ocho (1968), mediante Resolución número 070 de ese mismo día quince (15) la "Empresa Puertos de Colombia", "Terminal Marítimo y Fluvial de Cartagena", la "Empresa Puertos de Colombia Terminal de Cartagena", o, simplemente, la "Empresa Puertos de Colombia" o el Terminal Marítimo y Fluvial de Cartagena o la Gerencia de dicha Empresa o Terminal despidió al empleado Eduardo Espitaleta Pérez del cargo o empleo de Contador de esa misma Empresa o Terminal. Jefe de la Sección aludida ya».

«*Noveno.* Por tanto, el día quince (15) de enero del presente año de mil novecientos sesenta y ocho (1968) la "Empresa Puertos de Colombia", "Terminal Marítimo y Fluvial de Cartagena", la "Empresa Puertos de Colombia", "Terminal de Cartagena" o, simplemente, la "Empresa Puertos de Colombia" o el "Terminal Marítimo y Fluvial de Cartagena" o la Gerencia de dicha empresa o de dicho terminal incumplió o dio por terminado unilateralmente, sin justa causa comprobada, el contrato de trabajo o los contratos de trabajo que de acuerdo con los hechos de esta demanda había celebrado el señor Eduardo Espitaleta Pérez con aquélla empresa o con aquél terminal, contrato o contratos que

fueron celebrados por término indefinido, incumplimiento o terminación que llevó a cabo por medio de la Resolución número 070 de aquel día 15 de enero de 1968».

«*Décimo*. El texto o términos de la Resolución número 070 del 15 de enero del año en curso, de 1968, a que me refiero en los hechos octavo y noveno de esta demanda, es del siguiente tenor: ...''Resolución Nº 070 Ene. 15 1968. Por la cual se despide al señor Eduardo Espitaleta Pérez del servicio de este terminal. El Gerente del Terminal Marítimo y Fluvial de Cartagena, en uso de sus atribuciones legales y administrativas, y, considerando: 1º Que según el artículo 40 del Decreto 1461 de 1961, por el cual se aprobaron los estatutos de la Empresa, las relaciones de ésta, con sus trabajadores, se regirán por el Código Sustantivo del Trabajo. 2º Que el señor Eduardo Espitaleta Pérez con ficha Nº 19 en su condición de Contador del Departamento de Finanzas del Terminal Marítimo y Fluvial de Cartagena le fue entregado en original el Telex-DAF - 16893 de diciembre 12 de 1967, por el Director de Finanzas del mismo terminal, doctor Alfredo Aldana, para que diera cumplimiento a lo ordenado en dicho Telex, cuyo texto es el siguiente: 'Terminal Cartagena. DAF, 16893, favor consignar hoy cuenta recaudos pesos 60.000, depósitos recibidos terceros pesos 640.000 de fondo averías punto Esperamos confirmación inmediata vía radio. Colpuertos Meléndez (fdo.) diciembre 12/67', informando al Director de Finanzas posteriormente que ya había dado cumplimiento a lo solicitado por la División de Finanzas de la Empresa, lo que motivó el Telex Nº 009495 de diciembre 13 de 1967, de esta Gerencia dirigido a División de Finanzas y a la Auditoría Fiscal de la Empresa en Bogotá, donde se les informaba que se había consignado en esa fecha en el Banco Popular en la cuenta de Recaudos los $ 700.000 de que trata el Telex arriba transcrito. 3º Que como consecuencia de la información falsa dada por el Contador de ese Terminal, señor Eduardo Espitaleta Pérez, el Subgerente General de la Empresa envió a esta Gerencia el siguiente Telex: ''Gerente Termarit, Cartagena. SGG 17245. En vista no cumpliéronse telex DAF 16893 y AG 16994 cuyos textos transcríboles solicítole establecer plena responsabilidad consignación pesos 700.000 cuenta gastos autorizados con el fin de sancionar ejemplarmente terminar contrato si fuere necesario ya que telex suyo 9495 diciembre 14 transcríbole confirma lo ordenado por Divifinanzas punto 'DAF 16993 favor consignar hoy en cuenta recaudos pesos 60.000 de depósitos recibidos terceros pesos 640.000 de fondos de averías stop esperamos confirmación inmediata vía radio stop Colpuertos Meléndez' stop 'AG 16694 permítome informarle por Resolución 6223/67 esta fecha gerencia empresa autoriza Divifinanzas utilice calidad préstamos siguientes saldos ese Termarit así: depósitos recibidos terceros pesos 60.000 fondo averías pesos 640.000 Stand Audifiscal' '9495 cuyo AG 16894 confirmámosle hemos consignado hoy Bapopular cuenta recaudos pesos 700.000 así: Depósitos recibidos terceros pesos 60.000 fondo averías pesos 640.000 Cabrera Colpuertos' (fdo.) Dugand, enero 12/68''. 4º Que hechas las investigaciones correspondientes, la Gerencia ha comprobado que el señor Eduardo Espitaleta Pérez no le ha dado cumplimiento a las instrucciones impartidas tanto por el Director de la División de Finanzas de la Empresa como del Jefe del Departamento de Finanzas de este Terminal, lo que ha motivado una serie de complicaciones de origen presupuestal. 5º Que el ordinal 6º, aparte A del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, establece como justa causa para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo, cualquier violación grave de las obligaciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con el artículo 58 del Código Sustantivo del Trabajo y el numeral 1º de este artículo estatuyó como especial obligación del trabajador 'observar los preceptos del reglamento y acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de modo particular le impartan el patrono o sus representantes, según el orden jerárquico establecido'. 6º Que el hecho anotado significa grave violación de la obligación especial consagrada en el numeral 1º del artículo 58 del Código Sustantivo del Trabajo, lo que al tenor del ordinal 6º, aparte A del artículo 7º, del Decreto 2351 de 1965, constituye justa causa para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo, resuelve: *Artículo primero*. Despídese al empleado Eduardo Espitaleta Pérez, contador del Terminal, con fundamento en el ordinal 6º, aparte A, del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, en concordancia con el numeral 1º del artículo 58 del Código Sustantivo del Trabajo y en atención a los hechos expuestos en la parte motiva de esta Resolución. *Artículo segundo*. Por el Departamento de Relaciones Industriales, Sección de Personal y Tiempo, se expedirán las órdenes correspondientes para liquidación de las prestaciones sociales y examen médico de retiro. Comuníquese y cúmplase. En Cartagena a los Ene. 15. 1968. Empresa Puertos de Colombia, Terminal de Cartagena. (Fdo.) Gregorio Cabre-

ra García, Gerente. (Fdo.) Rafael Rioso García, Secretario''».

«*Decimoprimero.* El cargo o empleo de Contador del Departamento de Finanzas del Terminal Marítimo y Fluvial de Cartagena o Contador del Terminal a que se refiere la Resolución número 070 del 15 de enero de 1968, transcrita en el hecho décimo anterior, es el mismo que el de Jefe Sección o de la Sección de Contabilidad, Categoría VIII, Nivel C o Contador de la ''Empresa Puertos de Colombia'', ''Terminal Marítimo y Fluvial de Cartagena'' o, simplemente, ''Empresa Puertos de Colombia'' a que me he referido en el hecho séptimo y en el hecho sexto y en el octavo de esta demanda».

«*Decimosegundo.* De acuerdo con todos los hechos anteriores, el señor Eduardo Espitaleta Pérez, mediante contratos de trabajo verbales y uno escrito, estuvo prestando sus servicios en los cargos o empleos a que me he referido en tales hechos, como empleado, así: primero a la Nación colombiana, al Ministerio de Obras Públicas o al Terminal Marítimo y Fluvial de Cartagena, y, después a la ''Empresa Puertos de Colombia'', ''Terminal Marítimo y Fluvial de Cartagena'', o, simplemente, a la ''Empresa Puertos de Colombia''».

«*Decimotercero.* Ninguno de los hechos, causales o motivos imputados al señor Eduardo Espitaleta Pérez en la Resolución número 070 del 15 de enero de 1968, a que me refiero en varios de los hechos de esta demanda, especialmente en los considerandos de tal resolución, se sucedieron. Jamás tuvieron existencia. Dichos hechos, causales o motivos, son falsos. No existió ni el incumplimiento ni la violación grave a que se refiere la citada resolución o los considerandos de aquella resolución».

«*Decimocuarto.* No existió justa causa ninguna o alguna para dar por terminado el o los contratos a que me he referido en el cuerpo de esta demanda. Por tanto procede la acción y la indemnización a que se refiere el artículo 8º del Decreto o Decreto-ley 2351 de 1965».

«*Decimoquinto.* El señor Eduardo Espitaleta Pérez se limitó —y esto fue lo sucedido— a preguntar a la Sección de Caja de la ''Empresa Puertos de Colombia'', ''Terminal Marítimo y Fluvial de Cartagena'' o, sencillamente a la ''Empresa Puertos de Colombia'', Sección de Caja, es decir, a la Subcajera de dicha Empresa o Terminal, si la consignación en el banco a que se refiere la Resolución número 070, mencionada en los hechos de esta demanda y en los documentos en ella transcritos, se había efectuado o hecho de acuerdo con lo ordenado, habiéndosele respondido que sí, motivo por el cual el señor Eduardo Espitaleta Pérez manifestó e informó posteriormente a quien correspondía que ya la aludida consignación se había efectuado o hecho de acuerdo con lo ordenado. Y todo lo anterior, de acuerdo con el telex y orden que recibió del doctor Alfredo Aldana para que averiguara lo relativo a la consignación, ya que el doctor Alfredo Aldana era y es el Jefe de Finanzas de aquella empresa, en Cartagena».

«*Decimosexto.* De acuerdo con las funciones que correspondían al señor Eduardo Espitaleta Pérez como Jefe de la Sección de Contabilidad, Categoría VIII, Nivel C, de la empresa a que me vengo refiriendo en esta demanda, a él no le correspondía dar ningunas órdenes sobre consignación de sumas de dinero, ni le fue encargo darlas. El se limitó a preguntar o hacer las averiguaciones a que me he referido en el hecho decimoquinto anterior trasmitiendo al Jefe financiero de la misma Empresa, doctor Alfredo Aldana, lo que le fue informado por la Sección de Caja o por la Subcajera de la misma Empresa, señorita Tolia Cuentas. A la Sección de Caja le correspondía ordenar todo lo relativo a consignaciones y corresponde informar a Bogotá, a la Empresa aludida, sobre todo los detalles de las consignaciones en los bancos».

«*Decimoséptimo.* El señor Eduardo Espitaleta Pérez fue despedido de la ''Empresa Puertos de Colombia'', ''Terminal Marítimo y Fluvial de Cartagena'' o, simplemente, de la ''Empresa Puertos de Colombia'', sin que se hubiera cumplido ningún procedimiento y sin justa causa debidamente comprobada, tal como lo exige claramente el inciso primero (1º) del artículo 9º de la Convención Colectiva de Trabajo, celebrada entre otros entre la ''Empresa Puertos de Colombia'' o ''Empresa Puertos de Colombia'', ''Terminal Marítimo y Fluvial de Cartagena'' o Empresa ''Puertos de Colombia'' y el ''Sindicato de Trabajadores del Terminal Marítimo y Fluvial de Cartagena'', convención que regula los contratos de trabajo o rige para los contratos de trabajo entre aquella Empresa y los trabajadores o empleados de la misma Empresa (Art. 467, Frl. C. Stvo. de Tbjo)».

«*Decimoctavo.* El inciso primero (1º) del artículo 9º de la Convención Colectiva de Trabajo a que me refiero en el hecho decimoséptimo anterior, es del siguiente tenor: *''Ningún trabajador de los Terminales de Cartagena, Barranquilla, Santa Marta y Obras de Bocas de Ceniza, podrá ser sancionado ni despedido sin justa causa debidamente comprobada mediante un procedimiento en el que se le garantice la opor-*

tunidad de ser oído y de presentar sus descargos asistido por uno o dos miembros de la Junta Directiva del respectivo Sindicato, o a que pertenezca'' (subrayas mías)».

«*Decimonoveno.* El señor Eduardo Espitaleta Pérez fue sancionado disciplinariamente por medio de la Resolución número 070, a que he hecho alusión en esta demanda, sin que se hubiera cumplido el procedimiento que establece el artículo 10 del Decreto o Decreto-ley número 2351 de 1965, sin que se hubiera cumplido ningún procedimiento previo, artículo 10 que es del siguiente tenor: ''Procedimiento para sanciones. Antes de aplicarse una sanción disciplinaria el patrono debe dar oportunidad de ser oídos tanto al trabajador inculpado como a dos (2) representantes del sindicato a que éste pertenezca. No producirá efecto alguno la sanción disciplinaria que se imponga pretermitiendo este trámite'' ni el que establece el artículo 6º del Decreto reglamentario número 1373 de 1966».

«*Vigésimo.* La sanción disciplinaria impuesta al señor o trabajador Eduardo Espitaleta Pérez por medio de la Resolución número 070, a que me he referido atrás, no está ni fue prevista en el reglamento de trabajo de la empresa aludida atrás, ni en pacto, ni en convención colectiva, ni en fallo arbitral ni en contrato individual alguno; ni para imponerla se cumplió el procedimiento previo establecido por el artículo 115 del Código Sustantivo del Trabajo. Aquellas previsiones debió o aquélla previsión debió hacerse mejor dicho, al tenor del artículo 114 del Código Sustantivo del Trabajo».

«*Vigesimoprimero.* Eduardo Espitaleta Pérez desde mucho antes del día 15 de enero de 1968, fecha en que fue despedido como empleado del Terminal o Empresa a que me he referido en esta demanda y en ese mismo día 15 de enero de 1968, estaba afiliado y/o pertenecía al ''Sindicato de Trabajadores del Terminal Marítimo y Fluvial de Cartagena'', y cumplía con todas sus obligaciones como miembro de dicho Sindicato, pues además pagaba o se le descontaban las respectivas cuotas de afiliación (Art. 2º, Decreto 18/958; 37, 38 y 39 del Decreto-ley 2351 de 1965 y 9º de la convención mencionada ya)».

«*Vigesimosegundo.* De acuerdo con lo expuesto en esta demanda, Eduardo Espitaleta Pérez estuvo desempeñando cargos o empleos con el Terminal, Nación colombiana o Ministerio de Obras Públicas y empresa que o a que me he referido en esa misma demanda así: desde el 14 de septiembre de 1951 hasta el 15 de enero de 1968, sin interrupción continuamente o en forma continua».

«*Vigesimotercero.* Al momento o día en que fue despedido Eduardo Espitaleta Pérez del empleo que venía desempeñando con la Empresa a que me refiero en esta demanda, o sea, el 15 de enero de 1968, devengaba o se le pagaba un sueldo o salario mensual de tres mil doscientos veinte pesos con veintinueve centavos moneda legal Col. ($ 3.220.29), más prestaciones sociales respectivas».

«*Vigesimocuarto.* Eduardo Espitaleta Pérez, mientras estuvo desempeñando los cargos o empleos a que me refiero en esta demanda, observó buena conducta, intachable, y se distinguió por su competencia, pues duró trabajando 16 años, 4 meses y 3 días. Gregorio Cabrera García, Gerente o Administrador de la Empresa que demando tiene sus oficinas en el Terminal Marítimo y Fluvial de Cartagena, Barrio de Manga, al Terminal la Avenida ''Alfonso Araújo'', lo mismo que tal Empresa. Gregorio Cabrera García reside en dicho barrio, carrera 18, número 16-11, Callejón Porto. La Empresa que demando tiene su domicilio en Cartagena y reside en tal Terminal, al terminar aquella Avenida».

«*Vigesimoquinto.* El o los contratos de trabajo a que me he referido en esta demanda y en sus hechos, fueron celebrados por término de tiempo indefinido».

«*Vigesimosexto.* La Convención Colectiva de Trabajo a que me he referido en esta demanda se encontraba vigente el día 15 de enero (quince) de mil novecientos sesenta y ocho (1968) y actualmente se encuentra o está vigente».

«*Vigesimoséptimo.* El señor Eduardo Espitaleta Pérez nunca, jamás desempeñó con la Empresa a que me vengo refiriendo en los hechos anteriores ni con el Terminal Marítimo y Fluvial de Cartagena ni con el Ministerio de Obras Públicas ni con la Nación colombiana ni con ninguna persona natural ni jurídica de ninguna clase ni con nadie el empleo o cargo de Director de ningún departamento ni oficina asesora alguna. El solamente llegó a ser Jefe de Sección o Sección o de la Sección de Contabilidad, Contador o Contador del Departamento de Finanzas de la Empresa o del Terminal a que me he referido también en los hechos anteriores, que es distinto. Por tanto si le es aplicable la Convención Colectiva de Trabajo a que me he referido o me vengo refiriendo en esta demanda. (Art. 1º y ss. encabezamiento y Art. 13 o 13º de la aludida convención y los artículos 467 a 480 del Código Sustantivo del Trabajo y demás disposiciones pertinentes)».

«*Vigesimoctavo.* Todo procedimiento directo, administrativo, gubernativo reglamentario co-

rrespondiente o previo o necesario o administrativo directo necesario para ocurrir en demanda ante la jurisdicción del trabajo o cualquier otro procedimiento previo o etapa previa para ocurrir a la mencionada jurisdicción se encuentra agotado, vencido o cumplido, como lo demuestro con las pruebas que acompaño a esta demanda y con las otras que habrán de practicarse. La Empresa a que me he referido en esta demanda no tiene señalado procedimiento para la tramitación de petición alguna».

«*Vigesimonoveno*. Desde mucho antes del 15 de enero de 1968, en dicho día 15 de enero de 1968 y actualmente los afiliados o trabajadores afiliados al "Sindicato de Trabajadores del Terminal Marítimo y Fluvial de Cartagena" excedían y exceden de la tercera parte (1/3) del total de los trabajadores de la Empresa o Terminal a que me refiero en esta demanda».

Como fundamentos de derecho citó las siguientes normas y disposiciones:

"Artículos 3º, 16, 22, 23, 24, 33, 37, 45, 467, 468, 469, 470, 471, 472, 473, 474, 475, 476, 477, 478, 479, 480, 111, 114, 115 y demás disposiciones pertinentes del Código Sustantivo del Trabajo; Decreto-ley o Decreto número 2351 de 1965, especialmente sus artículos 8º, 1º, 5º, 6º, 7º y 10 o 10º y 2º; Decreto o Decreto reglamentario del Decreto-ley número 2351 de 1965, o sea, Decreto o Decreto reglamentario número 1373 de 1966, especialmente su artículo 6º; la Convención Colectiva a que me he referido en el cuerpo de esta demanda, especialmente su artículo 9º o el inciso 1º de tal artículo 9º; artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo y demás disposiciones legales pertinentes. La Ley 154 de 1959 y su Decreto reglamentario número 1414 de 1961; Decreto número 1461 de 1961, que aprobó estatutos de la Empresa dicha".

Admitida la demanda, de élla se corrió traslado a la Empresa "Puertos de Colombia" que la contestó asistida de apoderado desconociendo algunos hechos y manifestando que los restantes "ni los afirmaba ni los negaba" y propuso la excepción dilatoria de inepta demanda por no haber señalado el actor "el nombre de la razón social de la Empresa", ya que jugó "con varios, violando el artículo 25 C. P. L.".

En la audiencia de conciliación y primera de trámite fue corregido el libelo por el apoderado de Espitaleta en los siguientes términos: "también solicito como otra petición de la demanda las siguientes (sic): 1ª Tercera Bis: Que se condene a la Empresa o Empresa mencionada en la referencia o en la demanda principal o en esta corrección, enmienda o aclaración, a pagar al señor Eduardo Espitaleta Pérez la indemnización a que se refiere el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, es decir, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo en que ha incurrido tal Empresa o Empresa al no pagar al mencionado señor Eduardo Espitaleta Pérez aquellos salarios y prestaciones a que se refiere el citado artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo y demás disposiciones pertinentes".

El Juzgado 1º del Trabajo de Cartagena que conoció del juicio declaró no probada la excepción propuesta.

Tramitado el juicio el Juez del conocimiento profirió el 27 de abril de 1970, sentencia de primera instancia, en la cual condenó a la Empresa "Puertos de Colombia" (Terminal Marítimo y Fluvial de Cartagena) "a pagar al demandante... la suma de cincuenta y cuatro mil trescientos setenta y cinco pesos con ochenta y ocho centavos ($ 54.375.88), por concepto de indemnización por el despido y a pagar las costas" y la absolvió de los "otros cargos", sin acceder tampoco "al reintegro del trabajador".

Los apoderados de las partes interpusieron contra la providencia del *a quo* recurso de apelación y el Tribunal Superior de Cartagena lo resolvió en fallo de 24 de julio de 1970, reformando la de primer grado y disponiendo:

"Ordénase a la Empresa Puertos de Colombia (Terminal Marítimo y Fluvial de Cartagena), con domicilio especial en esta ciudad, el reintegro del señor Eduardo Espitaleta Pérez, al mismo cargo que venía desempeñando en la fecha del despido (Jefe Sección Contabilidad, Categoría VIII, Nivel C) y se la condena al pago de los salarios que éste dejó de devengar, desde la fecha del despido, hasta aquella en que se verifique el reintegro ordenado".

Condenó además a la demandada a las costas de la instancia.

El apoderado del trabajador solicitó aclaración de la sentencia en el sentido de que se fijara como fecha del despido, según pruebas existentes en los autos, el 15 de enero de 1968, y se dijera que el reintegro decretado debía hacerlo la Empresa "en las mismas condiciones de empleo de que antes gozaba" y el Tribunal en auto de 13 de agosto de 1970 resolvió:

"Aclárase la sentencia de 24 de julio de 1970, proferida por esta Sala dentro del ordinario laboral de Eduardo Espitaleta Pérez contra Empresa Puertos de Colombia, en el siguiente sentido:

1º El reintegro del señor Eduardo Espitaleta Pérez al mismo cargo que venía desempeñando

en la fecha del despido, 'lo será en las mismas condiciones de empleo de que antes gozaba'.

2º Téngase por fecha del despido del referido empleado la del 15 de enero de 1968''.

Los apoderados de las partes recurrieron en casación contra el fallo de segundo grado y habiendo sido concedido el recurso por el Tribunal, la Corte, Sala Laboral, lo admitió.

El remedio extraordinario fue sustentado en tiempo por cada uno de los recurrentes y las demandas también fueron replicadas oportunamente.

La Corte estudiará primero el recurso de Puertos de Colombia, por cuanto, según la demanda, se pretende el quebrantamiento de la resolución del *ad quem*, en cuanto a las condenas que contiene en su contra.

Recurso de la Empresa Puertos de Colombia.

Según el alcance de la impugnación, pretende el apoderado de la entidad mencionada, que la Corte, por medio de su Sala de Casación Laboral. infirme la sentencia de segundo grado, en cuanto ella dispuso el reintegro del actor Espitaleta Pérez y la condena al pago ''por parte de la demandada, de los salarios que éste dejó de devengar, así como también al pago de las costas de la instancia'', y en su lugar la absuelva de todos los cargos propuestos en la demanda.

Con este fin y con invocación de la causal contemplada en el numeral primero del artículo 60 del Decreto-ley 528 de 1964, que modificó el 87 del Código de Procedimiento Laboral, propone dos cargos que pasan a estudiarse en orden inverso al en que fueron formulados ya que con el segundo se trata de demostrar que la Empresa sí tenía justa causa para despedir al actor.

Segundo cargo. Lo enuncia así, el impugnante: ''La sentencia acusada violó en forma indirecta por aplicación indebida, a través de manifiestos errores de hecho, el artículo 7º, letra a) ordinal 6º del Decreto 2351 de 1965 y el artículo 58 del Código Sustantivo del Trabajo, numeral 1º''.

Especifica en seguida los errores de hecho evidentes en que dice incurrió el fallador, así: ''a) Considerar que la demandada no demostró la justa causa del despido'' y ''b) Considerar el despido ilegal e irregular por ser violatorio de la Convención Colectiva de Trabajo''.

Afirma el impugnador que se encuentra probado en autos la legalidad del despido y que ''la misma convención se encarga de excluir al demandante del presunto beneficio convencional''.

Manifiesta que el Tribunal apreció mal unas pruebas y dejó de estimar otras; que las primeras son: a) Resolución número 070 de 15 de enero de 1968, folio 16, cuaderno principal; b) La convención colectiva de trabajo, folios 36 y siguientes del mismo cuaderno y c) Declaraciones de Tolia Cuentas y Remberto Benavides, folios 115, 118 y 119, siendo las segundas los testimonios de Edgardo Meza Pacheco y Alfredo Aldana Miranda, folios 101 a 104 y 415 del cuaderno número 1, lo mismo que la documental obrante a folio 230 *ibídem*.

En la demostración del ataque, manifiesta el censor que la sentencia acusada hizo caso omiso de que conforme se dice en la Resolución 070 de 15 de enero de 1968 ''al demandante señor Eduardo Espitaleta Pérez, en su condición de Contador del Departamento de Finanzas le fue entregado el original del telex DAF-16939 de 12 de diciembre de 1967 por el Director de Finanzas, doctor Alfredo Aldana Miranda'' para que se diera cumplimiento a lo ordenado en él, pero que el actor omitió darle curso y lo guardó en su escritorio, donde fue encontrado posteriormente.

Agrega, que no obstante ser esta una situación que implicaba una conducta negligente y causante de que se cometieran desobediencias a lo ordenado por el superior jerárquico, el fallador ''estimó esta prueba de manera equivocada''.

En cuanto a la convención colectiva afirma que fue erróneamente apreciada, por cuanto en el parágrafo de su artículo 13, excluya de su aplicación a los directivos y Espitaleta tenía este carácter, como lo afirma el Tribunal o como lo sostiene el propio demandante en el hecho decimoprimero de la demanda inicial.

Más adelante examina las declaraciones de Tolia Cuentas, Remberto Benavides, Edgardo Meza y Alfredo Aldana Miranda. En relación con las dos primeras, dice que son claras y que con ellas se prueba que el telex causante del problema nunca fue conocido en la sección de caja y el original se encontró en la de contabilidad a cargo del demandante y sin embargo el sentenciador les dio una apreciación equivocada. Sobre las segundas expresa que no fueron estimadas, que con la de Meza se demuestra que Espitaleta ''recibió de manos del doctor Aldana el marconi que debía poner en conocimiento de la caja'' y que el testigo Aldana ''presenta un relato minucioso y exacto de lo acontecido...'', sobre el origen del despido justificado del actor.

Finaliza observando que tampoco fue apreciado el marconi suscrito por el doctor Gregorio Cabrera, dirigido a las oficinas de Bogotá y que si el Tribunal ''no hubiera cometido los errores de hecho anotados, habría absuelto a Puertos de Colombia (Terminal Marítimo y

Fluvial de Cartagena) de todos los cargos formulados''.

El opositor replica diciendo que de conformidad con el artículo 23 de la Ley 16 de 1968 ''el error de hecho será causal de casación 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 aparezca de manifiesto en los autos'', lo cual no ha ocurrido, pues la Resolución 070 de 1968 solamente acredita el despido y ''la abundantísima prueba testimonial y las otras que figuran en el juicio'' demuestran que aquél fue sin justa causa y que por lo demás la prueba testimonial es de libre apreciación del Tribunal.

Hace varias consideraciones sobre este último medio probatorio, transcribe jurisprudencia de la Corte y afirma que el recurrente solo hizo simples observaciones en relación con los testimonios recibidos sin demostrar el error que pretende establecer.

Se considera.

Al examinar el petitum de la demanda de casación encuentra la Sala que el recurrente ha confundido el remedio extraordinario con una tercera instancia.

En efecto, quiere el impugnante que el fallo de segundo grado, en cuanto condenó al reintegro del actor y al pago del salario que devengaba desde su despido hasta cuando sea reincorporado, se case y sin decir que debe hacerse con la providencia de primera instancia, procede la Corte a absolver a Puertos de Colombia de los cargos que le fueron formulados en el libelo inicial.

Es más notorio el error del impugnante si se considera, que la sentencia del *a quo,* contiene condena al pago de indemnización por despido injusto de Espitaleta y el recurrente no solicita que esa decisión sea revocada.

Lo que busca es sola la infirmación de la condena por reintegro y pago de salarios.

Y en lo que se refiere al planteamiento del cargo, solo cita el acusador como disposiciones infringidas el ordinal 6º, letra a) del artículo 7º, Decreto 2351 de 1965 y el artículo 58 del Código Sustantivo del Trabajo, numeral 1º.

La primera norma establece una de las justas causas para que el patrono pueda despedir al trabajador y la segunda, una de las obligaciones de éste, pero ninguna se relaciona o refiere a la indemnización a cargo del empleador por rompimiento unilateral e injusto del contrato de trabajo.

Si el recurrente parte de la base de que en el proceso está demostrada la justa causa del despido y por tanto carecía de fundamento la condena hecha por el fallador de reintegrar a Espitaleta y pagarle los salarios dejados de devengar hasta cuando se produzca su reinstalación en el trabajo, ha debido acusar también como violado el numeral 5 del artículo 8º del Decreto número 2351 de 1965.

Resalta pues en el cargo la falta de una proposición jurídica completa, que lo hace inestimable.

Por lo demás, debe decirse, que conforme al artículo 7º de la Ley 16 de 1969 que subrogó el 23 de la 16 de 1968, la violación de la ley por la vía indirecta no se produce por la falta de apreciación o estimación equivocada de la prueba testimonial, solamente puede presentarse el error evidente de hecho cuando el medio probatorio no tenido en cuenta o indebidamente analizado, es la confesión judicial, el documento auténtico, o la inspección ocular.

El cargo se desestima.

Primer cargo. Lo presenta el impugnador así: ''La sentencia acusada violó en forma directa el numeral 5 del artículo 8º del Decreto-ley número 2351 de 1965 que subrogó el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo''.

Expresa luego, que el numeral citado establece una opción al *juez del trabajo* (subraya) para que escoja entre reintegrar al trabajador o disponer que se le indemnice conforme a la ley, y es obvio, repite ''que la opción corresponde al juez''.

Transcribe en la demostración del ataque algunos fragmentos de la sentencia del *ad quem,* en su parte motiva y resolutiva, y afirma que la sentencia gravada viola de manera flagrante el numeral 5 del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, que en forma parcial también copia, pues expresa que ''por ninguna parte puede deducirse y muchísimo menos leerse que la ley ha dado esa opción —la de condenar al reintegro—, a los falladores de instancia y ello tiene que ser así porque el *ad quem* carece de la posibilidad que sí tiene el *a quo,* de percatarse directamente, por el principio de la inmediación en su pleno ejercicio, de las distintas circunstancias que van apareciendo en el juicio, circunstancias que pueden mover en uno u otro sentido lo que se conoce como persuación racional, o sea, el prudente arbitrio del *juez del trabajo* (subraya) es lo que determina la aplicación de la norma sustancial violada por la sentencia acusada y no la persuación de los jueces plurales''.

El opositor, al referirse a este ataque, folios 35 a 41 de este cuaderno comienza sosteniendo que él no tiene asidero jurídico, por varias razones, entre otras por las siguientes: a) Los Tribunales Superiores de Distrito son jueces *ad quem;* b) Cuando el numeral 5 del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, habla del "juez del trabajo" debe entenderse en términos genéricos, incluyendo al de segunda instancia, sin recortar ni disminuir sus facultades para reformar, modificar o revocar "la sentencia del Juez de Primera Instancia, como lo estime conveniente, por no ajustarse a las disposiciones legales"; c) Serían ineficaces e inoperantes las disposiciones "que consagran el recurso de apelación o de alzada", si se aplica con criterio restringido el numeral 5 del artículo 8º del Decreto mencionado; d) Es tan cierto que el Tribunal es un juez de segundo grado, que es factible que pueda decretar y practicar pruebas y entonces el principio de la inmediación es extensivo a él, lo que confirma que sí puede aplicar la citada disposición del Decreto 2351 de 1965.

Se considera.

Debe repetirse por la Sala las mismas observaciones sobre la equivocación del censor al precisar el alcance de la impugnación que se hicieron al examinar el ataque anterior.

Además, y ya en la formulación del cargo, el recurrente omitió decir a la Corte por qué motivo de casación acusaba la sentencia.

Se limitó a decir que el fallo había violado en forma directa el numeral 5 del artículo 8º del Decreto-ley 2351 de 1965.

Pero la violación directa de la ley, conforme al inciso primero del artículo 60 del Decreto 528 de 1964, puede ocurrir de tres maneras o por tres motivos; por infracción de la norma, por indebida aplicación o por interpretación errónea.

En el recurso extraordinario que es estricto y formalista, el impugnante debe indicar con claridad por cual de los motivos expresados considera que se ha violado la ley sustancial por la vía directa.

Si omite indicarlo, la Corte no puede entrar en el estudio del ataque. Así lo ha establecido la jurisprudencia en forma constante.

El cargo en consecuencia se rechaza.

Recurso del trabajador Eduardo Espitaleta Pérez.

Manifiesta el apoderado del actor que la sentencia impugnada es la de fecha 24 de julio de 1970, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena y que aduce la "causal 1ª del artículo 60 del Decreto legislativo número 528 de 1964, por infracción directa", para que reforme el fallo adicionándolo "con la condena a pagar la indemnización de que trata el artículo 65 del C. S. del T.".

Al expresar "los motivos de casación", dice el recurrente que el Tribunal "violó por infracción directa, una disposición sustancial o sustantiva, como es el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo".

Manifiesta luego que el sentenciador condena a la Empresa "Puertos de Colombia" (Terminal Marítimo y Fluvial de Cartagena), a pagar al señor Espitaleta Pérez "los salarios que éste dejó de devengar, desde la fecha del despido hasta aquella en que se verifique el reintegro ordenado".

Como se puede observar, continúa el recurrente, la sentencia dispone el pago de salarios, "y si es así", agrega, debió también ordenar el de la indemnización que autoriza "el artículo 65 C. S. T.", por estar reteniendo la empresa demandada los susodichos salarios, salvo que se hubiera acreditado la consignación de ellos ante la autoridad competente, lo cual como es obvio, no se ha demostrado".

Expresa enseguida el impugnante que cuando se trata de reintegro y pago de salarios, tal condena "conlleva la indemnización" a que se refiere el citado artículo 65 "pues entre ellas existe evidente coordinación jurídica".

En seguida, dice, que la petición principal se encamina a que se casa la sentencia gravada, para que la Corte la reforme o modifique en el sentido indicado y subsidiariamente, en caso de no accederse a lo solicitado, que se confirme o no se case con fundamento en jurisprudencia que copia.

El apoderado de Puertos de Colombia replica la demanda, manifestando que el *ad quem* se ajustó en un todo a derecho al descartar en el fallo la condena por indemnización moratoria, pues lo contrario sería consagrar la duplicidad de sanciones en contra de la demandada y aceptar también que a la terminación del contrato se estaban adeudando salarios a Espitaleta, lo cual no es cierto.

Se considera.

La demanda del actor en este remedio extraordinario solo formalmente reunía los requisitos de ley, por expresar como uno de los motivos de casación, la infracción directa por parte del Tribunal de Cartagena de una disposición sus-

tancial, la del artículo 65 Código Sustantivo del Trabajo.

Sin embargo, al proceder a examinarla, en el fondo, encuentra la Corte que el recurrente ha considerado el recurso como una tercera instancia y por eso, en lugar de ceñirse a su técnica lo que presenta es un alegato.

La Corte no puede, por el sistema de la modificación, ni reformar ni revocar el fallo gravado.

Simplemente el recurrente demuestra la violación de la ley, la infirma total o parcialmente y convertida en Tribunal de instancia procede a revisar como juez de segundo grado, la providencia del *a quo*.

Como el impugnante pretende una solución distinta, es decir, que la Sala reforme el fallo atacado y lo adicione con una condena a indemnización moratoria, la acusación se rechaza.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia de fecha 24 de julio de 1970, proferida por el Tribunal Superior de Cartagena en el juicio de Eduardo Espitaleta Pérez contra la Empresa Puertos de Colombia (Terminal Marítimo y Fluvial de Cartagena).

Sin costas en el recurso.

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.

CONTRATO DE TRABAJO

La aceptación que el actor hace de que tenía un ayudante a su servicio, contratado por él y por él pagado, no empece el contrato de trabajo, como la ha explicado la jurisprudencia; el que cubriera alquiler a la empresa por las carretillas que ésta le suministraba para distribución del producto y que aparece pactado en la cláusula tercera del tantas veces citado contrato, tampoco destruye el de trabajo al tenor del artículo 25 del Código de la materia.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., marzo primero de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor José Enrique Arboleda Valencia).

Sección segunda. - Acta número 8.

José J. Osorio Gómez plantó demanda contra Procesadora de Leches S. A. (Proleche) de la ciudad de Medellín en busca de que fuere condenada a pagarle auxilio de cesantía, vacaciones causadas y no disfrutadas, prima de servicios, indemnización por despido injusto, "pago de días domingos y festivos nacionales y religiosos", pago de horas extras, "salarios caídos por no pago de prestaciones" y costas del juicio.

Fundó estos pedimentos en la afirmación de haber servido a la demandada "desde octubre de 1960 hasta el día 26 de diciembre de 1968 en que fue despedido" en el oficio de vender "para Proleche todos los días un promedio de 350 cajas de 12 botellas de leche cada caja", con remuneración de $ 0.04 "por la venta de cada botella". Sostiene, además, que "Proleche lo obligaba a vender solamente en la población de Bello y en casas de familia" y que "se le entregaba una carretilla o dos carretillas con sus respectivos caballos y después se le obligó a comprar un caballo, a fin de desnaturalizar el contrato de trabajo; pero en cambio simularon un contrato de arriendo de la carretilla, dizque seis pesos por día...".

La empresa respondió la demanda negando los hechos anteriores y manifestando, en cambio, que "el demandante revendía la leche que compraba a la empresa" y que "la revendía a un precio superior y la diferencia entre el precio de venta y de compra, constituia su utilidad". Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, prescripción y declinatoria de jurisdicción.

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Medellín, a quien correspondió decidir el negocio, lo hizo en sentencia de 20 de marzo de 1971, mediante la cual absolvió a la demandada "de todos los cargos formulados en la presente demanda"; pero el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, para resolver el recurso de alzada interpuesto por la parte actora, el 21 de septiembre de 1971, proveyó del siguiente modo:

"*Primero.* Condénase a la compañía Procesadora de Leches S. A., Proleche, domiciliada en esta ciudad y representada por su gerente, señor Jorge Vásquez Tobón, a pagarle dentro de los dos (2) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia al señor José Joaquín Osorio Gómez, con cédula de ciudadanía número 3405404 de Bello, las siguientes cantidades de dinero por los conceptos que se indican así:

"a) Veintidós mil doscientos setenta y dos pesos, moneda legal ($ 22.272 m. l), por concepto de dominicales y festivos;

"b) Diez y ocho mil ciento nueve pesos con sesenta y nueve centavos, moneda legal ($ 18.109.69 m. l.) por concepto de cesantía;

"c) Cinco mil cuatrocientos treinta y cinco pesos, moneda legal ($ 5.435 m. l.) por concepto de vacaciones; y

"d) Seis mil diez y ocho pesos con setenta y cinco centavos, moneda legal ($ 6.018.75 m. l.) por concepto de primas de servicios.

"*Segundo.* Se declara configurada la excepción de prescripción de los derechos causados en favor del peticionario en autos, por trabajo en

dominicales y otros feriados, vacaciones y primas de servicios, exigibles antes del seis (6) de febrero de 1966, no reconocidos expresamente en este proveimiento.

"*Tercero.* Se absuelve a la firma patronal demandada de las pretensiones relativas a indemnización por despido, horas extras, la prima proporcional de servicios del 2º semestre de 1968, y la indemnización moratoria, que igualmente le fueron formuladas por el demandante en este juicio.

"*Cuarto.* Las costas de la primera instancia, en un 50%, son de cargo de la parte demandada. En ésta no se causaron.

Queda en los anteriores términos revocada, en parte, y, en parte, confirmada la sentencia de la fecha y procedencia ya anotadas, que ha sido objeto de revisión por el Tribunal".

Ocurrió entonces en casación la empresa y por su apoderado fundó la respectiva demanda, en la que pide "la casación del fallo acusado en cuanto condenó a Procesadora de Leches S. A. Proleche, a pagarle a José Joaquín Osorio Gómez dominicales y festivos, cesantía, vacaciones y prima de servicios, con las sumas anteriormente anotadas, para que, en su lugar, sea confirmado en todas sus partes el de primera instancia".

Para conseguir este resultado formula, uno a continuación de otro, estos dos cargos:

"El primero, por *infracción indirecta* de los artículos 23, 5º, 24, 22; 172, 173-1, 174-1; 177; 186-1, 8º del D. 617 de 1964; 249; 306 del C. S. del T., *indebidamente aplicados* y 9º, 20, 182; 229, 234, 237, 238, 239, 3, 247, 252, del Co. de Comercio; 1849, 1857, 1865, 1884, 1945; 1973, 1978, 1982, 1996; 2200 a 2220; 1562 del C. Civil, consecuencialmente *dejados de aplicar,* siendo los pertinentes.

"El segundo, también por *infracción indirecta* de los artículos 23, 5º, 24, 22; 172-1, 173-1, 174-1; 177; 186-1, 8º del D. 617 de 1964; 249; 306 del C. S. del Trabajo, *aplicados indebidamente* y del 3º del D. 3129 de 1956, que modificó el 98 del C. S. del Trabajo, en concordancia con el 28 de esta obra y los 9º, 20-1-3 y 18 del C. del Comercio, en concordancia con el artículo 15 del D. L. 2351 de 1965 *dejados,* como consecuencia, de *aplicar,* siendo pertinentes a los hechos probados".

Luego viene un largo alegato, como "demostración del primer cargo", del cual se entresacan los apartes pertinentes a este recurso extraordinario, así:

Como errores de hecho atribuibles a la sentencia impugnada podrían mirarse estos párrafos:

"c) Y son contraevidentes, si se tiene por demostrado que el fallador erró notoriamente:

"c-1) Al tener probada subordinación continuada y dependencia y, por tanto, disponibilidad, del señor José Joaquín Osorio Gómez, respecto de Procesadora de Leches S. A. 'Proleche', donde no existió; y

"c-2) Del mismo modo, contrato de trabajo entre uno y otra, siendo de compraventa comercial, arrendamiento y comodato".

En cuanto a la prueba respecto de la cual pueda afirmarse el error manifiesto, resultaría lo siguiente:

"El Tribunal vio 'continuada subordinación y dependencia' y, desde luego, disponibilidad, del demandante respecto de la sociedad demandada, puesto que:

"c-ii) Dejó de apreciar el interrogatorio al demandante, corriente a folios 111 y ss. y,

"c-12) Apreció obstensiblemente mal los documentos de folios 100, 5 y ss. y 10 y ss., agravado el error con el entendimiento equivocado de la declaración de Lorenzo González Luna (Fs. 91 fte.), suma a su ver, de la prueba testimonial".

Con relación a estas pruebas sostiene lo que se copia:

"Correctamente apreciadas estas pruebas, los documentos de folios 100, 5 y ss. y 10 y ss., por sí solas, o relacionadas con los testimonios de Luis Alejandro Patiño Arias (Fs. 88 fte.), Iván de Jesús Pérez (93 fte.), John Antonio Jaramillo Tabarez (Fs. 115 fte.) y Lorenzo González Luna (Fs. 91 fte.), para lo cual basta, se repite, su sola lectura desprevenida, la continuada subordinación 'característica del contrato de trabajo', evidentemente no aparece probada. Si el Tribunal la encontró ameritada fue por error notorio suyo al apreciarlas incorrectamente, apreciación incorrecta que trajo como resultado la aplicación indebida de los artículos 23, 5º, 24, 22, 172, 173-1, 174-1; 177, 186-1, 8º del Decreto 617 de 1964; 249 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo.

"c-2) Evidente que entre Osorio Gómez y Procesora de Leches S. A. 'Proleche', no existió subordinación y dependencia y desde luego disponibilidad de uno para la otra, la presunción del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, carece de operancia.

"Mas como el fallador considera que las estipulaciones contenidas en el documento de folios 100 son más propias del contrato de trabajo que del de compraventa dadas 'las obligaciones y restricciones impuestas al llamado contratista', paso a demostrar cómo dicha conclusión se debe a errónea apreciación suya del escrito premencionado que ya fue copiado en su integridad.

"En efecto:

"c-21) Sostengo, y el punto de mira viene a demostrarlo la sola lectura del documento de folios 100, razón por la cual el error de apreciación del fallador es notorísimo, que entre Osorio Gómez y Procesadora de Leches S. A. 'Proleche', existió como principal un contrato de compraventa diaria, compraventa comercial, llamada por la doctrina suministro, de leche que a su vez debía vender en residencias del Municipio de Bello, por término indefinido, al precio convenido, teniendo en cuenta las regulaciones de las autoridades de policía de control de precios a los artículos de primera necesidad. Si quienes suscribieron ese documento se pusieron de acuerdo sobre cosa y precio, como lo amerita el mismo, y en que se compravendería para vender a su vez el comprador, celebraron un contrato de compraventa comercial al tenor de los artículos 1849, 1857, 1864, 1866, principalmente, del Código Civil, y 9º y 20 del Código de Comercio.

"Dentro de este contexto deben entenderse las obligaciones del contratista como las propias del comprador comerciante, sujeto a una condición lícita: vender lo comprado a su vez, en determinado lugar. (Art. 1945 del C. Civil, 1928, *ibídem*).

"Dichas obligaciones y esto vale para las restribuciones, no fueron *impuestas* al contratista sino *consentidas por él*, al suscribir con la empresa el documento en comento.

"Particularmente, en punto de restricciones, el Tribunal no tuvo en cuenta al analizar el documento de folio 100 que Gómez Osorio le compraba a 'Proleche', leche para, a su vez, repito, venderle a su clientela de consumidores de élla en el sector residencial de Bello. Se entiende, entonces, sin caer en el error notorio que deduce de las restricciones convenidas por las partes, un contrato de trabajo, por qué se conviniera compravender la leche necesaria para satisfacer a los moradores de un determinado sector, la determinación misma de éste circunscribiéndolo al Municipio de Bello, zona residencial, empleando los empleados que fueran necesarios para prestar un buen servicio de abastecimiento a los consumidores del producto de primerísima necesidad y a los precios controlados para evitar especulación y alteración del artículo, por un término indefinido, o, mejor hubiera podido decirse, mientras los consumidores lo exigieran y él los respetara, dándole cumplida ejecución, consignando, en fin, para garantizarlo, una cláusula especial de terminación por su incumplimiento.

"De modo que las restricciones acordadas y no impuestas, a que alude el fallador, carecen de significado distinto de favorecer al público consumidor. Ningún error mayor que el que proviene del desconocimiento de la naturaleza de las cosas y también en este gravísimo incurrió el fallador. Por tal camino se daña la verdad, se desacredita la justicia y se desemboca en el error judicial".

Para resolver la Sala considera:

Uno de los fundamentos del fallo recurrido son los testimonios recogidos en el proceso y sobre todo la declaración de Lorenzo González Luna, según surge de esta conclusión del mismo: "La prueba testifical así analizada refuerza obviamente la convicción de la Sala en el sentido de que la relación habida entre el reclamante en autos y la sociedad demandada fue de trabajo y no de vendedor a adquiriente". Y es sabido, que por mandato del artículo 7º de la Ley 16 de 1969, este medio probatorio quedó excluido de la causal de casación laboral por error de hecho, lo que impide reexaminarlo e impone el mantener la sentencia apoyada en dicha prueba.

Y en cuanto al documento de folio 100, que es el contrato celebrado entre las partes, el Tribunal resume el análisis que de él hizo, diciendo: "Como puede advertirse fácilmente las estipulaciones transcritas son más propias del contrato de trabajo que de uno de compraventa, dadas las obligaciones y restricciones impuestas al llamado contratista". Esta interpretación del contrato comporta manifiesto o evidente error de hecho. ¿Cómo lo sostiene el casacionista?

Para resolver el punto, lo primero que debe mirarse es la doctrina sostenida al respecto por la Corte y que fue recogida por esta Sala en sentencia de 4 de marzo de 1968 (Celanese Colombiana S. A. vs. Sindicato de trabajadores de la misma) y de la cual se trasladan estos pasajes:

"La soberanía que corresponde a los Tribunales Superiores para la interpretación de los contratos solamente está limitada, en el desarrollo del recurso de casación, por la demostración de errores de hecho cometidos en la labor interpretativa, de modo que mientras la adoptada por el Tribunal no desnaturalice los términos claros y no ambiguos de la convención, rompiendo su armonía, desconociendo sus fines o la naturaleza específica del contrato, debe ser respetada por la Corte".

"..... .....

"La interpretación de un contrato es, por lo demás, una cuestión de hecho, una estimación circunstancial de factores diversos probatoria-

mente establecidos en el juicio, de tal modo que no es posible desestimar la hecha por el Tribunal, sino a través de la alegación demostrada de un evidente error de hecho que ponga de manifiesto incuestionablemente una arbitraria interpretación judicial de la voluntad de los contratantes...

"El error de hecho manifiesto en materia de estimación o interpretación del contrato, según reiterada doctrina, no existe sino excepcionalmente, cuando al contrato como prueba del proceso se le hace decir lo que no dice, o como rezan algunos fallos, cuando el juzgador llega a desvirtuarlo o desnaturalizarlo de tal suerte obvia o evidente que ello implica necesariamente el desconocimiento o negación palmaria de sus voces objetivas".

A la luz de estos principios no aparece manifiesto u ostensible error del Tribunal el haber juzgado que las estipulaciones del contrato suscrito entre las partes de este proceso "son más propias del de trabajo que de uno de compraventa", por estas dos sencillas observaciones:

Es la primera, lo pactado en la cláusula segunda de tal contrato, que establece: "Dada la circunstancia de que la empresa vende directamente el producto en tiendas, cantinas, restaurantes, etc., se deja claramente establecido que es condición esencial de este contrato, que el contratista expenda el producto que por compra adquiere de la empresa, solamente en casas de familia, evitando así la competencia a ésta", pues la restricción aquí impuesta es incompatible con un contrato de compraventa, cuya naturaleza exige que al que adquiere un producto a título traslaticio de dominio no pueda imponérsele la condición de abstenerse de revenderlo en los sitios o a las personas que el vendedor señale.

La segunda observación se refiere a lo pactado en el punto octavo del contrato *sub judice*, cuyo tenor corresponde a la llamada cláusula de reserva que establecía el artículo 48 del Código Sustantivo del Trabajo para los contratos laborales y no a las que se pactan sobre duración del convenio en uno civil de compraventa. El aludido punto octavo reza: "El término de este contrato es indefinido, pero las partes se reservan la facultad de darlo por terminado en cualquier tiempo, dando aviso a la otra con anterioridad no inferior a ocho (8) días".

En consecuencia, no prospera el cargo.

La demostración del segundo cargo la basa el casacionista en las respuestas del demandante al interrogatorio de parte a que fue sometido y de las cuales deduce que el demandante era agente vendedor de la demandada sin contrato de trabajo, pues constituida por sí mismo una empresa comercial, al tenor del artículo 98 del Código Sustantivo del Trabajo, dejado de aplicar al evento en estudio. Sobre el particular asienta el recurrente:

"ii) Y se sigue, más concretamente, si se considera, con la prueba preterida por el fallador demostrado que el señor Osorio Gómez tenía en el Municipio de Bello un negocio de venta de leche, actividad comercial, corría con la totalidad de los riesgos, situación de hecho incompatible con la existencia del contrato de trabajo, a tenor del artículo 28 del Código Sustantivo del Trabajo; que para desarrollarlo mejor tenía en arrendamiento vehículos transportadores y caballos, local propio y ayudantes que pagaba y que le rendían utilidad, lo que demuestra claramente que constituia una unidad de explotación económica, es decir una empresa, conforme a la definición del artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo y ya se dijo comercial, por la actividad de su titular que es de tal carácter y que, en fin, subsistió a pesar de que 'Proleche', no siguió suministrándole su producto por haber comprobado que lo estaba adulterando: tres o cuatro días después siguió vendiendo leche de la fábrica Induleche".

La Sala considera.

Las respuestas dadas por el trabajador al interrogatorio de parte en forma alguna sirven para probar que constituia una empresa comercial, pues la existencia de ésta debió establecerse con prueba específica y no tratando de deducirla de la confesión que pueda resultar de tales respuestas, atinentes a la ejecución del contrato originario de este pleito y en cuya calificación como de trabajo no incurrió el Tribunal en manifiesto error de hecho, según quedó asentado en el análisis del ataque anterior.

La aceptación que el actor hace de que tenía un ayudante a su servicio, contratado por él y por él pagado, no empece al contrato de trabajo, como lo ha explicado la jurisprudencia; el que cubriera alquiler a la empresa por las carretillas que ésta le suministraba para distribución del producto y que aparece pactado en la cláusula tercera del tantas veces citado contrato, tampoco destruye el de trabajo al tenor del artículo 25 del Código de la materia, regla legal que también debe aplicarse al de comodato de los envases y cajas prestadas por Proleche. Y, por último, el que la empresa no hubiera seguido "suministrándole su producto por haber comprobado que lo estaba adulterando", como textualmente lo

dice el casacionista y lo acepta el actor en una de las respuestas al interrogatorio, más bien confirma que desvirtúa el contrato de trabajo, y, en todo caso, no muestra que el actor constituia por sí sólo una empresa comercial por el hecho de haber pasado, tres o cuatro días después, a distribuir el mismo producto de otra empresa: Induleche.

El cargo, por lo tanto, no prospera.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley *no casa* la sentencia impugnada.

Sin costas.

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

José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García B., José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PENSION DE JUBILACION PLENA Y RESTRINGIDA

Voces de los Decretos 2351 de 1965, 1373 de 1966, Ley 48 de 1968 y artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo.

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

(Magistrado ponente: doctor Juan Benavides Patrón).

Sección primera. - Acta número 9.

Se resuelve el recurso de casación interpuesto, por medio de apoderado, por Jesús Antonio Rosas R. contra la sentencia que dictó el 12 de julio de 1971 el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el ordinario de trabajo seguido por el recurrente contra el Banco Comercial Antioqueño.

En la litis el demandante afirmó haber servido para el banco demandado desde el 16 de noviembre de 1936 hasta el 15 de mayo de 1968, en que fue jubilado con pensión que se le liquidó sin incluir en el último sueldo mensual las primas semestrales que paga el banco de acuerdo con las convenciones colectivas, los sueldos por permisos sindicales, las primas de vacaciones y otros derechos extralegales, por lo cual dicha prestación solo tuvo valor de $ 1.850.84 cuando debió haber sido de $ 2.552.25. Además, el demandante tuvo fuero sindical hasta el mes de marzo de 1968 y estando para efectuarse el 9 de mayo siguiente una asamblea general extraordinaria, la empresa, previendo que recayese en él un nuevo nombramiento para la junta directiva, resolvió darle por terminado el contrato valiéndose, como pretexto, del artículo 7º, numeral 14, del Decreto 2351 de 1965, por lo que el despido no fue justo para dar por terminado el contrato de trabajo.

Con base en los hechos anteriores demandó reajustes de cesantía, primas de servicios y primas semestrales correspondientes al año de 1967, pago de las primas de vacaciones de tres y medio períodos, indemnización por terminación unilateral del contrato, indemnización por disminución de la agudeza visual, y reintegro al cargo que desempeñaba hasta completar la edad, previo el pago de los salarios completos, por haber sido pensionado sin tenerla. En subsidio, el reajuste de la pensión de jubilación ya que al liquidársela se dejaron de tener en cuenta primas semestrales, los salarios recibidos por permisos sindicales y las primas de vacaciones de tres años y medio.

El banco demandado se opuso a las pretensiones anteriores excepcionando inexistencia de obligación, carencia de título y haber pagado lo que debía, y tramitada la controversia el juzgado del conocimiento, que lo fue el Primero Laboral del Circuito de Bogotá, la desató en fallo de 16 de noviembre de 1970, cuya parte resolutiva dispone:

"1º Condénase al Banco Comercial Antioqueño a pagar tres (3) días después de la ejecutoria de esta providencia a Jesús Antonio Rosas R. lo siguiente: a) La cantidad de ciento catorce mil doscientos treinta y cinco pesos con veinte centavos ($ 114.235.20) por concepto de indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo; b) La suma de ocho mil ochocientos treinta y siete pesos con setenta y un centavos ($ 8.837.71) por concepto de reajuste de cesantía, a partir del 1º de enero de 1963, hasta el 15 de mayo de 1968; c) La cantidad de ochocientos veintiséis pesos con cincuenta y cuatro centavos ($ 826.54) por concepto de reajuste de la pensión de jubilación, a partir del 16 de mayo de 1968; d) La suma de cuatro mil ciento treinta y siete pesos con cuarenta centavos ($ 4.137.40) por concepto de reajuste de primas anteriores a 1967; e) La cantidad de siete mil quinientos cuarenta y siete pesos con sesenta y seis centavos ($ 7.547.66) por concepto de primas y bonificaciones de 1967; f) La suma de seis mil

ciento diez y nueve pesos con cuarenta centavos ($ 6.119.40) por concepto de prima de vacaciones.

"2º Absuélvese al banco demandado de las restantes peticiones formuladas en la demanda.

"3º Declárase probada parcialmente la excepción de pago propuesta por la parte demandada. En cuanto a las demás se declaran no probadas.

"4º Costas a cargo del banco demandado. Tásense".

Por apelación de ambas partes litigantes conoció el Tribunal de Bogotá, entidad que en sentencia de la fecha ya indicada resolvió:

"1º Modifícanse los literales b), c), d) y f) del numeral primero del fallo que se revisa, en el sentido de condenar al Banco Comercial Antioqueño a pagar al señor Jesús Antonio Rosas R., identificado con la c. de c. Nº 30185 de Bogotá, las siguientes sumas de dinero y por los conceptos que a continuación se expresan: a) Seiscientos sesenta y seis pesos con diez y siete centavos ($ 666.17), por reajuste de cesantía; b) Dos mil novecientos noventa y cinco pesos con cinco centavos ($ 2.995.05), por reajuste de primas; c) Cuatro mil cuatrocientos cincuenta y nueve pesos con noventa y ocho centavos ($ 4.459.98), por prima de vacaciones; d) Ochenta y dos pesos con noventa y un centavos ($ 82.91), mensuales por reajuste de la pensión de jubilación, desde el 17 de mayo de 1968 hasta la fecha en que se verifique y pague dicho reajuste.

"2º Revócanse los literales a) y e) del mismo numeral primero del fallo apelado y en su lugar, absuélvese al banco demandado de las condenas allí proferidas.

"3º Confírmase el numeral segundo del fallo recurrido.

"4º Modifícase el numeral tercero del mismo fallo, en el sentido declarar no probadas el total de las excepciones propuestas por la parte demandada.

"5º Modifícase el numeral cuarto, del citado fallo, así: condénase a la parte demandada a pagar, únicamente, el cincuenta por ciento (50%) de las costas de la primera instancia.

"6º Sin costas en esta segunda instancia".

El recurso extraordinario.

Declara su alcance así:

"Los cargos que son motivos de casación están encaminados a que la Corte case parcialmente la sentencia de segunda instancia proferida por el honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá de fecha 12 de julio de 1971 y que, convertida en Tribunal de instancia, resuelva:

"*Primero.* Modificar el numeral 1º de la parte resolutiva del fallo de segunda instancia proferida por el honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y revocar el numeral 2º del mismo, para modificar también los literales a), b), c), d), e) y f) del numeral primero del fallo proferido por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, de acuerdo con los reales salarios básicos, y condenar al Banco Comercial Antioqueño a pagar a Jesús Antonio Rosas R., identificado con la cédula de ciudadanía número 30185 de Bogotá, las sumas de dinero correspondientes a los conceptos que a continuación se expresan: a) Indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo en forma injusta e ilegal; b) El reajuste de cesantía, a partir del 1º de enero de 1963 hasta el 15 de mayo de 1968; c) Reajuste de la pensión de jubilación, a partir del 16 de mayo de 1968; d) Reajuste de primas anteriores a 1967; e) Reajuste de primas y bonificaciones de 1967; f) Prima de vacaciones; g) Indemnización moratoria.

"*Segundo.* Confirmar el numeral 3º de la sentencia de segunda instancia proferida por el honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá que confirmó el numeral 2º del fallo proferido por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá.

"*Tercero.* Confirmar el numeral 4º de la sentencia de segunda instancia proferida por el honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá que modificó el numeral 3º del fallo proferido por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá.

"*Cuarto.* Revocar el numeral 5º del fallo de segunda instancia proferido por el honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y en su lugar confirmar el numeral 4º de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, condenándose a la parte demandada al pago de la totalidad de las costas de primera instancia.

"*Quinto.* Revocar el numeral 6º de la sentencia de segunda instancia proferida por el honorable Tribunal del Distrito Judicial de Bogotá, para condenar a la parte demandada a las costas de la segunda instancia".

Para estos efectos el recurrente formula siete cargos que se estudiarán en su orden, así como las réplicas del opositor.

Primer cargo.

Por la vía indirecta acusa violación de los artículos 127, 65, 249, 253, 260 y 306, Código Sustantivo del Trabajo; 11 del laudo arbitral de 5 de diciembre de 1966, en su inciso 1º; 8º de la Ley 171 de 1961, inciso 2º; 14, inciso 3º y 17 del Decreto 2351 de 1965, aprobado por la Ley 48 de 1968, a consecuencia de error de hecho consistente en dar por establecido, sin que lo estuviese, que el trabajador solo recibió como bonificaciones la suma de $ 4.273.33 relacionada en el documento del folio 92 y no la realmente recibida de $ 5.012.88, que se registró en la inspección ocular. El cargo concreta el error en la mala apreciación de la prueba de inspección últimamente citada y del documento de liquidación final.

Para sustentarlo, el recurrente transcribe el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo y los pasajes del fallo recurrido en que el Tribunal analizó las pruebas sobre los factores salariales que debían atenderse para liquidar las prestaciones de la litis, y manifiesta que en la inspección ocular que obra a los folios 80 y 133 del expediente se pudo establecer que el demandante Rosas durante el último año de servicios recibió $ 5.012.88 por concepto de bonificaciones extralegales. Agrega que el *ad quem* se dedicó a sacar deducciones de acuerdo con los laudos arbitrales de 14 de mayo de 1965 y 31 de mayo de 1967, especialmente en lo relacionado con la cláusula quinta del primero de ellos sin tener en cuenta que, como lo observó el *a quo*, al trabajador se le había pagado una suma mayor durante el último año cual fue la cantidad de $ 5.012.88, lo que daría un promedio mensual por este concepto de bonificación extralegal de $ 417.74; y que por otra parte el Tribunal tomó como cierta la cantidad de $ 4.273.33, que figura en la liquidación final del trabajador, sin tener en cuenta que ese documento proviene de la entidad bancaria y no del demandante. Expresa, además, el recurrente, que sí se comprobó una suma mayor a la suministrada por la empresa y era necesario tenerla en cuenta como verdadera, y al no haberse hecho así se produjeron las violaciones acusadas, por lo que concluye que la liquidación de prestaciones e indemnizaciones a que se condenó al banco debe hacerse agregando como promedio de las bonificaciones extralegales la cantidad de $ 417.74 al salario mensual, en vez de los $ 356.11 que fueron tenidos en cuenta por el fallador.

Para el opositor la cifra de $ 5.012.88 aparece relacionada en la primera parte de la inspección ocular que cita el recurrente, pero en la continuación de la misma diligencia, celebrada el 25 de junio de 1969, visible al folio 109 del expediente, el banco demostró claramente cómo se discrimina esa cifra, resultando que la cantidad señalada por el recurrente corresponde a lo recibido por el trabajador durante todo el año de 1967 y los meses de enero al 16 de mayo de 1968, o sea durante 16 meses y medio, cuando el cómputo de dichas bonificaciones para efecto de la liquidación de las prestaciones sociales debe hacerse solamente por lo recibido durante los últimos doce meses de servicios. Agrega que al folio 103 del expediente se encuentra la fotocopia de la liquidación efectuada por el banco para la cesantía definitiva y la jubilación del trabajador, fotocopia que fue obtenida por el Juzgado del conocimiento durante la práctica de la inspección ocular y que se agregó al expediente, junto con otras, con constancia de que corresponden a los originales presentados por el banco, y que ninguna razón asiste para descalificar estas piezas que fueron obtenidas en inspección ocular, sobre los archivos de la institución bancaria, que están protegidos por la presunción de veracidad mientras no se allegue prueba en contrario.

Se considera.

El cargo persigue, según dice el acusador al final del mismo (F. 14 del cuaderno de casación) que "la Corte modifique el numeral 1º de la parte resolutiva de la sentencia" del *ad quem* y "revoque el numeral 2º de la misma providencia; para modificar también los literales a), b), c), d), e) y f) del numeral 1º del fallo proferido por el Juzgado Primero Laboral de Bogotá y en su lugar condene al Banco Comercial Antioqueño a pagar a Jesús Antonio Rosas R. las sumas de dinero correspondientes a los conceptos enumerados en los literales a) a g) del punto primero del capítulo 'Declaración del Alcance de la Impugnación' de esta demanda, incluyendo como promedio de bonificación extralegal la cantidad de $ 417.74 al salario mensual, en vez del tenido en cuenta de $ 356.11". Esta presentación del alcance de la impugnación es impropia, por cuanto se la inicia en términos de modificación y revocatoria de la providencia materia del recurso, acerca de la cual lo que procede, en caso de prosperidad, es su quebranto total o parcial para que en sede subsiguiente de instancia se revoque, modifique o confirme la de primer grado, según el caso, expresándose en qué forma deben producirse los ordenamientos jurisdiccionales. Se precisa, pues, que lo que el recurrente procura es la casación parcial del

fallo del *ad quem*, en cuanto por sus decisiones primeramente expresadas modificó los literales b), c), d) y f) del numeral 1º del fallo del *a quo* y revocó los literales a) y e) del mismo para que, en sede de instancia y con modificación de los ordenamientos respectivos de dicha sentencia condene por los extremos de la litis en forma que impute como promedio de bonificación extralegal, en el salario mensual, la cantidad de $ 417.74 en vez de la de $ 356.11 que apreció el *ad quem*. Corregido lo anterior debe censurarse también que la proposición jurídica sometida a estudio de la Corte incluya el inciso 1º del artículo 11 del laudo de 5 de diciembre de 1966, pues tal disposición no es ley del orden nacional, del carácter que predica el recurso extraordinario para su misión primordial de unificar la jurisprudencia, y como documento que es la tal decisión arbitral debe presentársele como prueba, en cargo por error de hecho. Todavía ha de agregarse, en observaciones de técnica, que la decisión del fallador, respecto de la cuestión que se le impugna, no reposa tan solo en la inspección ocular y en la liquidación final que el recurrente estima mal apreciadas o apreciadas con error, sino en exégesis de cláusulas de laudos de 1965 y 1967 acerca de las cuales el ataque solo opone las opiniones del acusador, como se limita a hacerlo también acerca de la relativa a que el valor de la prima legal no puede incluirse como valor salarial.

Y en lo que se refiere al enfrentamiento de fondo, nada descalifica la probanza del folio 92, que en valoración de instancia podía primar sobre cualquier otra, en razón de la forma como se la produjo en juicio y porque sus datos aparecen tomados como ella los registra, sin que por parte alguna se configure error de apreciación. Muchísimo menos del carácter evidente que se requiere para la prosperidad de un cargo como el estudiado. En consecuencia, el ataque, a más de los reparos que merece, no es fundado.

Segundo cargo.

Acusa en forma directa, interpretación errónea del artículo 11 del laudo arbitral de 31 de mayo de 1967 e indebida aplicación del numeral 6º del artículo 57 y del artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo.

Para sustentarlo el recurrente transcribe el artículo 11 del laudo en cita, sobre permisos remunerados hasta por seis meses continuós a dos trabajadores, uno por cada una de las asociaciones sindicales concurrentes, que hayan sido nombrados para desempeñar cargos en sus juntas directivas nacionales, y los pasajes del fallo en que el *ad quem* apreció la cancelación del valor de las licencias que por ese precepto arbitral se concedieron a Rosas pero entendiendo que debía descontarse ese tiempo como no trabajado, según lo hizo el banco, y para los efectos de la prima de servicios por cuanto esta prestación aparece referida en la ley al tiempo trabajado. Para el acusador tal interpretación del laudo es equivocada conforme a sus antecedentes, al numeral 6º del artículo 57, Código Sustantivo del Trabajo que expresa que el tiempo empleado en esas licencias puede descontarse o compensarse salvo convención en contrario y al recto entendimiento del artículo 306 del mismo estatuto.

Para el opositor la exégesis del fallador es la correcta pues la prima de servicios está condicionada al trabajo efectivamente realizado durante el respectivo semestre según el precepto 306, Código Sustantivo del Trabajo y la concesión hecha por el banco en el artículo 11 del laudo citado es una prestación sindical a favor del sindicato respectivo, como lo prueba además el hecho de que el pago correspondiente se hizo no al trabajador demandante en forma directa sino al sindicato para que éste remunerase al trabajador, pero sin que de ninguna manera pueda sostenerse que durante el tiempo respectivo Rosas hubiese trabajado para el banco como es el supuesto del precepto de ley para tener derecho a la prima de servicios.

Se considera.

El cargo se encamina, con la misma impropiedad que se observó respecto del primero, acerca de la fijación técnica de su alcance, a que se condene al banco a pagar a Rosas "las primas y bonificaciones sin solución de continuidad, es decir, sin descontar los días en que el trabajador gozó de permisos sindicales y que, como consecuencia de lo anterior, el valor que se reconozca como bonificación sea tenido en cuenta como salario para efecto de las condenas solicitadas".

Mas presenta como defecto principal el de su formulación por vía directa, a pesar de que versa sobre la interpretación que deba darse al artículo 11 del laudo de 31 de mayo de 1967, que no es precepto nacional de los que constituyen objeto propio de la misión del recurso extraordinario, y que ha debido someterse a estudio de la Sala como prueba, por la vía indirecta del error. Y si bien el ataque se relaciona con los textos 57-6 y 306, Código Sustantivo del Trabajo, por indebida aplicación, con lo cual, de otra parte, el asunto se contraería a la prima de servicios y no a todos los propósitos reseñados, la definición depende de la interpretación que

se dé a aquella cláusula arbitral, que el recurrente aspira se la entienda en el sentido de que el tiempo correspondiente a permisos sindicales y el valor de los mismos se imputen para dicha prestación. Exégesis que, en verdad, para la Sala no es atendible pues el legislador ha referido la dicha prima al tiempo trabajado y no a otro distinto o, para el asunto de autos, al aplicado a permisos que, cuando son remunerados, tal remuneración no retribuye propiamente la contraprestación trabajo.

El ataque, pues, impropio en su formulación tampoco es fundado.

Tercer cargo.

Acusa violación directa por errónea interpretación del inciso primero del artículo 11 del laudo arbitral de 5 de diciembre de 1966 en concordancia con el artículo 133, Código Sustantivo del Trabajo, la cual condujo a violar los artículos 127 del mismo estatuto y 14, inciso 3º, del Decreto 2351 de 1965 por aplicación indebida, en la modalidad de falta de aplicación, y consecuencialmente los textos 65, 249, 253, 260 y 306 del mismo Código, el inciso 1º del artículo 11 del laudo arbitral de 5 de diciembre de 1966, el inciso 2º del artículo 8º de la Ley 171 de 1961, el inciso 3º del artículo 14 y el artículo 17 del Decreto 2351 de 1965, aprobado como legislación permanente por el artículo 3º de la Ley 48 de 1968.

El recurrente transcribe el inciso primero del artículo 11 del laudo de 5 de diciembre de 1966, según el cual los trabajadores que tuvieren de dos a cuatro años de servicio continuo o discontinuo, tendrán derecho a una prima de vacaciones de valor de ocho días de salario básico; los que tuvieren más de cuatro y menos de ocho años, a una de quince días de salario básico y para los que tuvieren ocho o más años de servicios a una de 20 días de salario básico. Y reproduce igualmente pasaje del fallo en que se resolvió acerca de esta prestación comentando el acusador que el error de interpretación consistió en haber confundido el Tribunal la frase salario básico con la de sueldo y en consecuencia haber liquidado la prima de servicio (sic) sobre el sueldo final de $ 2.230, que tenía el trabajador y no con el salario básico. Agrega el recurrente que el inciso 3º del artículo 14 del Decreto 2351 de 1965 regula el salario base para la compensación en dinero de las vacaciones y por ende para primas de vacaciones, para los casos en que el contrato de trabajo termine sin que el trabajador hubiese disfrutado de las vacaciones, y que esta disposición trata del último salario y no de sueldo y era la aplicable al caso *sub judice*. Al haberse liquidado la prima de vacaciones sobre el último sueldo y no sobre el último salario se violaron directamente los artículos 127, Código Sustantivo del Trabajo, por no reconocerse la totalidad del salario, y 14, inciso 3º, del Decreto 2351 de 1965 por falta de aplicación, ya que en esta forma tenía que liquidarse la prima de vacaciones de acuerdo con todas las sumas recibidas por el trabajador, que constituyen salario, agregadas al último sueldo que fue de $ 2.230. Y como la prima de vacaciones constituye salario, y así lo reconoció el Tribunal en su sentencia, debe tenerse en cuenta su verdadero valor para la liquidación de todas las prestaciones e indemnizaciones. En consecuencia, por haberse tomado una suma menor para liquidar la prima de vacaciones, cual fue el solo sueldo, se violaron las disposiciones que regulan los salarios básicos enumeradas en el ataque.

Para el opositor es el recurrente quien se equivoca en la acepción de los términos empleados por la ley y por el laudo arbitral al consagrar la prima de vacaciones a que tienen derecho los trabajadores del banco. Pues según el artículo 192 Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el 8º del Decreto 617 de 1964, durante el período de vacaciones el trabajador recibirá el salario ordinario que esté devengando el día en que comience a disfrutar de ellas, salario que es equivalente a salario básico, que se denomina sueldo cuando se estipula por períodos mayores de un día, como lo enseña el artículo 123 del dicho Código. De suerte que al establecer el artículo 11 del laudo la prima de vacaciones se consagró un número de días según la antigüedad en relación con el salario ordinario que estuviere devengando el trabajador, empleándose el término de salario básico como equivalente a salario ordinario. Agrega que, la tesis del recurrente es tan peregrina que conduciría a que para liquidar la prima de vacaciones hubiese que promediar la misma prima, lo que equivaldría a pagar prima sobre prima, lo que repugna al intérprete.

Se considera.

El cargo adolece, en la parte final dedicada a fijar su alcance, del mismo defecto que se anotó a los dos anteriores sobre este particular, e incurre, además, como el segundo, en el de proponer por la vía directa la mala apreciación de una cláusula de laudo arbitral.

Mas en lo que toca con su asunto propio carece de fundamento. Pues si el Tribunal se valió del último sueldo fijo para liquidar la prima de va-

caciones, entendiéndolo como el salario básico que establece el ordenamiento del dicho laudo, fue porque aquella base es la que señala el artículo 192, Código Sustantivo del Trabajo para las vacaciones y lógicamente para la prima correspondiente a ellas, y si bien el texto 14, numeral 3, del Decreto 2351 de 1965 se refiere al último salario devengado, esta expresión no puede comprender, tampoco para la Sala, una duodécima de la misma prima, como lo quiere el acusador, pues con tal criterio se crearía una serie interminable e impracticable de imputaciones que contraría además el sentido natural de la expresión base.

Con lo cual tampoco se producen las otras incidencias a que alude el acusador, sin detenerse en sus demostraciones. Se rechaza, en consecuencia, el ataque.

Cuarto cargo.

Acusa violación directa ocasionada por errónea interpretación del numeral 14 del aparte A) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 y del artículo 42 de la convención colectiva o artículo 24 del llamado estatuto por el Tribunal, que lo llevó a la falta de aplicación de los artículos 5º, 6º y 8º del Decreto 2351 últimamente citado.

El recurrente transcribe el numeral 14 del aparte A) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 y algunos pasajes de la sentencia del *ad quem* en que éste estimó legítima la terminación del contrato de autos porque el banco pensionó a su trabajador aunque no había cumplido los 55 años de edad. Invoca para la tesis opuesta las decisiones de la Sala Laboral de la Corte en los negocios de Alfonso Serrato contra la Cía. Comercial de Curazao de Colombia S. A. y de Luis Carlos Torrenegra contra Celio Villalba y Cía. Cafetería Almendra Tropical y juzga que la interpretación del Tribunal fue negada expresamente por el artículo 3º de la Ley 48 de 1968. Además, analiza los artículos de la convención sobre prestaciones extralegales y sostiene que conforme a ellos la pensión de Rosas daría un total de 97% del salario básico.

Para el opositor el debate doctrinario y jurisprudencial a que dio lugar la nueva causal de despido consagrada en el numeral 14 del aparte A) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 quedó cerrado por la expedición de la Ley 48 de 1968 cuyo artículo 3º en su numeral 6º definió con fuerza de ley el asunto. Pero a las situaciones anteriores, de otorgamiento de pensiones de jubilación convencionales que superan el mínimo de garantías consagrado en el Código de Trabajo, se les ha reconocido validez en la forma explicada en sentencia de Sala Plena Laboral de la Corte de fecha 30 de junio de 1971. Posteriormente, agrega, se han resuelto casos similares al de autos, en el mismo sentido, y acerca del aspecto final del ataque estima equivocado el análisis de los preceptos pertinentes del laudo arbitral, significando que conforme a ellos resultaría una pensión inferior al 75% que constituye el mínimo legal, por lo que éste sería siempre el dicho 75% consagrado por la ley.

Se considera.

El cargo se concreta, en procura de la indemnización del artículo 8º, del Decreto 2351 de 1965, en la interpretación del numeral 14, aparte A) del artículo 7º del dicho Decreto, sobre reconocimiento al trabajador de la pensión de jubilación o invalidez estando al servicio de la empresa, que para el recurrente solo cabe entender respecto de la jubilación ordinaria o de los requisitos de ley conforme a sentencias que cita, por lo que la de autos reconocida antes de los 55 años de edad no constituyó causa justa, y para el fallador comprende también —el dicho precepto 14— la pensión más favorable de la edad reducida, como la que se concedió a Rosas. Sobre este particular, y como lo anota el opositor, el debate doctrinario y jurisprudencial quedó cerrado con la expedición de la Ley 48 de 1968, cuyo artículo 3º definió que la prestación de aquel numeral es la consagrada en los artículos 260, Código Sustantivo del Trabajo y 11 del Decreto 3041 de 1966. Mas esta disposición de 1968 ha sido calificada por la Corte en Sala Plena Laboral como modificadora del régimen anterior y no simplemente como aclarativa del mismo, por lo que las jubilaciones concedidas con anterioridad, bajo el imperio del numeral discutido, como la de autos, constituyen justa causa para terminar el contrato conforme a criterio que por su importancia y por definir el asunto presente debe reproducirse: "El numeral 14 del aparte A) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, acerca del cual contienden los sujetos de autos y discrepan, en su entendimiento, los falladores y el recurrente, estableció como justa causa para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo 'el reconocimiento al trabajador de la pensión de jubilación o invalidez estando al servicio de la empresa' ".

"Esta disposición ocasionó controversia acerca de la jubilación que constituyera justa causa para terminar el contrato de trabajo, pues, como en el sub lite, *unos la refirieron a toda pensión que se concediera al trabajador que estuviera al servicio de la empresa, conforme a sus términos*

y sin admitir distinciones, y otros, a la denominada plena o generada por los requisitos de ley de veinte años de servicios y edad jubilable, según exégesis que estimaron más propia y que apoyaron en razones diversas, como las que se han sintetizado a través del escrito del acusador en el presente recurso.

"El 26 de mayo de 1966 el Presidente de la República, en uso de la potestad reglamentaria, expidió el Decreto número 1373 por cuyo artículo 3º se dispuso:

" 'La justa causa para terminar el contrato de trabajo por reconocimiento al trabajador de la pensión de jubilación estando al servicio del patrono, sólo procederá cuando se trate de la pensión plena, de acuerdo con la ley, la convención, el pacto colectivo o el laudo arbitral'.

"Se definía así, a juicio del Gobierno, la contienda hermenéutica y se determinaba, por el medio expresado, que solo la pensión plena constituía justa causa para terminar el contrato de trabajo, careciendo de tal calidad la que se otorgara al trabajador que no reuniese los requisitos jubilables, conforme a la ley, el convenio o el laudo arbitral.

"Pero acusada esa norma, por exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria y por disponer contra el mandato legal, modificándolo, cambiándolo o sustituyéndolo, al restringir a la pensión plena, la justa causa, cuando el Decreto legislativo no hacía tal distinción o restricción sino que se refería a toda pensión de jubilación que se concediera estando el trabajador al servicio de la empresa, el Consejo de Estado, en sentencia de 13 de diciembre de 1967 anuló el texto transcrito, acogiendo las razones de su acusador.

"Son pasajes de la providencia de que se hace mérito:

" "Está en lo cierto el demandante al decir en su libelo:

" 'Hay en la reglamentación del numeral 14 del ordinal a) del artículo 7º del Decreto 2351, una expresa modificación, adición, o mejor dicho sustracción a la norma reglamentada. Esta se refería genéricamente al término 'pensión de jubilación' y la reglamentaria expresa específicamente a la pensión de 'jubilación plena' advirtiendo que la justa causa en este caso 'solo procederá, para la terminación del contrato de trabajo unilateralmente por parte del patrono 'cuando se trate de pensión plena'. Es decir, que cuando la norma reglamentada hablaba sin distinguir de cualquiera clase de pensión de jubilación, la norma reglamentaria se refiere específicamente, restringiendo el sentido que le dio el legislador, a la pensión de jubilación plena, contradiciendo la doctrina de la Corte, en cuanto que varía la voluntad del legislador que, en este caso, lo fue el mismo Gobierno, cuando haciendo uso de las atribuciones del artículo 121 de la Carta, modificó el C. S. del T.

" 'El Decreto reglamentario debe limitarse al desarrollo, eficacia, actividad y operación de la norma reglamentada, facilitando su inteligencia y cumplimiento, por parte de la administración y de los particulares, desenvolviendo de manera detallada y comprensiva la norma reglamentada. Y no se ve, en qué desarrolla, le da operancia, eficacia y actividad y facilita el cumplimiento de la ley, la restricción hecha en el Decreto reglamentario de que la causal de terminación del contrato con justa causa en caso de pensión de jubilación, solamente procede cuando se trata de pensión plena. Todo lo contrario, la norma reglamentaria restringe y altera el principio general de la norma reglamentada. De ahí que la Corte, en caso semejante al presente, hubiere agregado que introducir, so pretexto de reglamentación, normas nuevas, preceptos que no se desprenden, conforme a la naturaleza de las cosas, de las disposiciones legales, reglas que impongan obligaciones o prohibiciones *más allá del contenido intrínseco de la ley, implica un acto exorbitante, una extralimitación de funciones que constituyen una clara violación de la norma reglamentada, cuya vida se pretende asegurar".*

"Y en otros apartes conclusivos expresó:

" 'De todos modos, sea que la pensión especial se interprete como sanción o, con criterio más acertado, como derecho adquirido por el trabajador al completar cierta edad y determinado número de años de servicio, lo cierto es que el artículo 7º, literal A), numeral 14) del Decreto 2351 no estableció distinción alguna: se refirió solamente a la pensión de jubilación o invalidez estando el trabajador al servicio de la empresa. Por ello, el Presidente no podía, en uso de la facultad reglamentaria, establecer esa distinción, no contenida en la norma reglamentada.

" 'Al completar el trabajador los diez o quince años de servicio, según los casos, puede el patrono dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo mediante el reconocimiento de la respectiva pensión. Sin duda puede hacerlo, invocando 'justa causa', al tenor del artículo 7º del Decreto 2351... No resulta, pues, injurídico, en principio, que ese reconocimiento de la pensión especial puede constituir justa causa para que el patrono dé por terminado el contrato. Ese parece haber sido el espíritu del Decreto 2351. Pero, al expedir el Presidente la norma acusada, el criterio cambió en forma notoria: el artículo

3º del Decreto 1373 estableció que sólo la pensión de veinte años, la llamada ordinaria o plena, puede ser constitutiva de justa causa para que el patrono dé por terminado unilateralmente el contrato. La pugna entre las dos normas, la del Decreto legislativo y la del Decreto reglamentario, es así manifiesta.

"'Naturalmente la Sala no puede entrar a estudiar la conveniencia o inconveniencia de la norma acusada, pues no es de su incumbencia determinar si la justa causa —para que el patrono dé por terminado unilateralmente el contrato de trabajo— debe restringirse al caso del reconocimiento de la pensión ordinaria o plena al trabajador o si, por el contrario, es más conveniente que esa facultad se otorgue al patrono en todos los casos en que, habiendo cumplido el trabajador los respectivos requisitos, pueda hacerse el reconocimiento de la pensión. Le basta a la Sala comprobar que el Decreto legislativo no hizo distinción alguna, al referirse indiscriminadamente al reconocimiento de la pensión como justa causa para que el patrono dé por terminado el contrato, y que, en cambio, el Decreto reglamentario limitó o restringió la justa causa para el caso u ordinaria. Basta ello a la Sala, pues tal circunstancia pone de manifiesto que el Decreto reglamentario alteró no solo el espíritu sino la letra misma del Decreto reglamentado, por lo cual la demanda de nulidad debe prosperar" ".

"Así se resolvió, pues, la contienda por el organismo máximo de la jurisdicción administrativa, según el cual el Decreto 2351 de 1965 instituyó como justa causa para la terminación del contrato laboral el reconocimiento de toda pensión de jubilación, estando el trabajador al servicio de la empresa, sea tal prestación la denominada plena, por generarse en los requisitos de ley o en los convencionales o arbitrales que a ese efecto se establezcan, o fuese cualquier otra restringida o de condiciones inferiores a las generales, establecidas convencionalmente o por laudo. En síntesis: toda pensión, pues la ley no hizo distinciones y cualquier entendimiento que las haga es ilícito, como lo fue el del acto reglamentario del Gobierno, anulado por el Consejo de Estado.

"En diciembre de 1968 el Congreso Nacional expidió la Ley 48, que adoptó como legislación permanente varios decretos legislativos, dictados a partir del 21 de mayo de 1965, entre ellos el citado 2351, con modificaciones y adiciones que fueron instituidas de modo expreso y que, en lo pertinente al asunto en estudio, se concretaron en el numeral 6 del artículo 3º de la dicha ley, así: 'La pensión de jubilación a que se refiere el numeral 14 del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, es la consagrada en los artículos 260 del Código Sustantivo del Trabajo y 11 del Decreto 3041 de diciembre 19 de 1966'. En virtud de este mandato, que empezó a regir el 16 de diciembre de 1968, la pensión de jubilación que constituye justa causa para la terminación del contrato laboral es la plena del artículo 260, Código Sustantivo del Trabajo, y el otorgamiento de una restringida o de las que se denominaron en alguna época 'pensión-sanción' porque fueron concebidas para gravar a patronos que despidieran a sus trabajadores antes de que éstos reuniesen los requisitos jubilables y para evitar esta prestación, carece de la calidad antedicha de causa justa. Para la Sala la disposición anterior constituye una modificación del precepto de 1965, seguramente determinada por el mismo criterio que consignó el Gobierno en su norma reglamentaria de 1966, y en razón de la nulidad declarada por el Consejo de Estado, y se la introdujo, a ese título, en los términos expresados, precisamente para excluir de las justas causas del régimen de 1965 las pensiones restringidas, de la concepción que enantes se precisó. Lo cual, se agrega, hizo la norma de 1968 refiriéndose a la pensión del artículo 260, Código Sustantivo del Trabajo para consagrarla como la única que constituye justa causa para la terminación del contrato. Con mayor propiedad y en virtud de que el Código Laboral solo contiene un mínimo de derechos y garantías en favor de los trabajadores, que puede superarse convencional o arbitralmente, la justa causa ha debido referirse a la jubilación denominada plena, que se cause por cualquiera de dichos actos, por condiciones inferiores o más favorables para el trabajador que las del artículo 260, Código Sustantivo del Trabajo citado o en cuantía superior a la que él señala; pero lo que sí es inequívoco es que toda pensión restringida, por razón de edad o tiempo servido y para evitar que se lleguen a cumplir las condiciones relativas a ellos, quedó excluida de estimación legal como justa causa. Mas debido a que el Decreto 2351 de 1965, sí la tenía como tal, según se ha visto de los antecedentes relatados, el nuevo texto hay que calificarlo de modificador del régimen anterior, y no simplemente como aclaratorio del mismo, con la secuela conocida sobre su vigencia, esto es, que rige desde cuando fue ordenado por el legislador, en este caso en la fecha de su sanción, en 16 de diciembre de 1968".

(Sentencia de 30 de junio de 1971. Juicio seguido por Camilo Antonio Caamaño Castro contra Eternit Colombiana S. A.).

Se conformó, pues, el Tribunal al recto entendimiento del texto que se señala violado y la acusación no es fundada.

En cuanto al aspecto final del ataque, apoyado en la convención colectiva, ha de observarse que la apreciación de este documento es inadmisible en un cargo por la vía directa; mas que, en últimas, cualquiera que sea el sentido de los textos arbitrales —y para la Sala no es incuestionable el que afirma el acusador— la invocación de ellos persigue la condena indemnizatoria por terminación del contrato sin justa causa, que es inalcanzable habiéndose definido que la jubilación de autos sí obedeció a motivo justo.

Por todo lo anterior el cargo no prospera.

Quinto cargo.

Acusa violación directa ocasionada por errónea interpretación del inciso 2º del numeral 15 del aparte A) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 y del parágrafo del mismo artículo 7º que llevó al Tribunal a la indebida aplicación del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965.

El recurrente transcribe el inciso y el parágrafo primeramente citados y el pasaje del fallo en que el Tribunal estimó eficaz la terminación del contrato por medio de la comunicación que obra al folio 36. Para el acusador, el *ad quem* confundió la fecha de la carta de preaviso con la de su entrega y erró también al considerar que la manifestación de quien termina unilateralmente el contrato puede ser ambigua, errada o causante de varias interpretaciones. Se extiende en el examen de la pieza referida y concluye que la terminación de autos tiene que considerarse ilegal y condenarse al patrono al pago de la indemnización del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965.

Para el opositor, en cambio, la comunicación sobre que versa el ataque concreta la causal para dar por terminado el contrato, en el otorgamiento al trabajador de la pensión de jubilación a que tiene derecho; la fecha de recibo de ella por el trabajador nunca determinó queja o protesta por parte de éste y aún el documento fue presentado como prueba por el actor, sin ninguna salvedad ni objeción sobre su autenticidad.

Se considera.

El cargo afirma inequívocamente interpretación errónea de ley sustancial y pretende su demostración, también en forma expresa, a través de la carta de preaviso que estima erróneamente interpretada, esto es, mal apreciada, en los varios aspectos que reseña. Pero es sabido que aquel concepto de violación de la ley acontece con independencia de toda cuestión de hecho y es reiterada asimismo la jurisprudencia conforme a la cual es inestimable, y debe rechazarse, todo ataque que involucre examen probatorio en la vía directa y concretamente en la de interpretación de la ley, como el presente.

Por lo expuesto es inatendible.

Sexto cargo.

Acusa violación directa por errónea interpretación del artículo 62 del laudo arbitral de 31 de mayo de 1967, de los artículos 22 y 23 del Capítulo IV de lo titulado Otras Prestaciones Extralegales Vigentes, o sea los artículos 40 y 41 de la convención colectiva, violaciones que llevaron a la indebida aplicación del artículo 24 del mismo Capítulo IV o artículo 42 de la convención colectiva, de la Resolución 42 de la Junta Directiva del Banco Comercial Antioqueño de 31 de agosto de 1963 y del artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo al igual que del artículo 8º de la Ley 171 de 1961.

El recurrente transcribe los pasajes que estima pertinentes del fallo del *ad quem* y manifiesta que la errónea interpretación consiste en considerar que el artículo 62 del laudo de 31 de mayo de 1967 derogó la Resolución 42 de la Junta Directiva del Banco Comercial Antioqueño de 31 de agosto de 1943, y que las disposiciones de los artículos 22 y 23 del Capítulo IV no eran aplicables, sino que debía serlo el 24 del mismo Capítulo IV relacionado con "otras prestaciones sociales extralegales vigentes". Agrega que la errónea interpretación del Tribunal también se hace patente en relación con el artículo 24 del capítulo estudiado, explicando cuál debe ser, en su concepto, la correcta interpretación. Y que al no reconocerse la pensión de acuerdo con la Resolución de la Junta Directiva del Banco Comercial Antioqueño o de acuerdo con los artículos 22 y 23 del estatuto citado se incurrió en aplicación indebida de dichas normas.

Para el opositor las apreciaciones del Tribunal sobre el asunto de este ataque lo exoneran de mayores razones, por lo cual las transcribe.

Se considera.

Prescindiendo del defecto de enunciación en que incurre en su parte final, semejante a los censurados respecto de los dos primeros, el cargo se encamina a que la pensión de Rosas se reajuste al 97% del salario devengado. Mas lo procura por la vía directa, con examen de cláusulas arbi-

trales y convencionales, que ni tienen el carácter de preceptos del orden nacional, idóneos para la misión del recurso extraordinario, ni como pruebas documentales pueden involucrarse en una acusación de la vía directa. Además, no repara en que, para el Tribunal, en los pasajes que el acusador transcribe, apreció que el asunto no tiene nexo alguno ni con el petitum del libelo inicial ni con la exposición de los hechos del mismo, por lo cual, en un examen debidamente planteado de error sobre la cuestión probatoria habría que comprender la pieza mencionada. Como debe anotarse, asimismo, que la decisión se fundó en el artículo 260, Código Sustantivo del Trabajo, que no aparece incluido por el recurrente en su proposición jurídica. Y si del artículo 8º de la Ley 171 de 1961 lo que se pretende es su aplicación, habría que considerar, sin que el punto esté propuesto, el tiempo de servicios del actor y su edad, frente a condiciones de despido injusto, no siendo éste el caso, pues la terminación del contrato quedó definida como justa causa.

Todo lo anterior exhibe que el cargo es inestimable.

Séptimo cargo.

Se le presenta así: "El H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, al proferir la sentencia incurrió en error de hecho manifiesto por la errónea apreciación de la prueba de inspección ocular y la falta de apreciación de los documentos auténticos, cuyas fotocopias se agregaron en la misma diligencia, y que obran a folios 104 y 105, infringiendo por vía directa el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo".

Para el opositor el cargo no puede prosperar en forma alguna pues la violación directa de la ley excluye toda consideración sobre la apreciación de las pruebas.

Se considera.

Ciertamente la violación del artículo 65, Código Sustantivo del Trabajo, sobre que versa este ataque, está formulada por la vía directa y se la presenta como ocurrida por mala apreciación de una prueba y falta de apreciación de otras. Tal planteamiento es inadmisible, y así lo tiene explicado de modo constante la jurisprudencia, pues aquel concepto recae sobre la norma misma con independencia de toda cuestión fáctica. Y aquí lo que se propone precisamente es el examen de ésta. Por lo demás las apreciaciones del acusador sobre las piezas que esgrime no evidencian la mala fe del patrono, como es necesario, con ese carácter, para la prosperidad de un cargo de esta naturaleza, cuando se le plantea del modo debido, comportamiento que no existió para ninguno de los juzgadores de instancia, pues el de primer grado también absolvió por este extremo de la litis por apreciar que el banco pagó cuanto creyó deber, con razones atendibles.

Se rechaza la impugnación.

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 materia del presente recurso, de la fecha y origen expresados, en el ordinario de Jesús Antonio Rosas R. contra el Banco Comercial Antioqueño.

Costas al recurrente.

Notifíquese, cópiese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Juan Benavides Patrón, Alejandro Córdoba Medina, Jorge Gaviria Salazar.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

NORMA MAS FAVORABLE

En el caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador.—La norma que se adopte debe aplicarse en su integridad.—(Artículo 21, C. S. del T.).

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., marzo veintiuno de mil novecientos setenta y dos.

Sección primera. - Radicación número 4071. - Acta número 10.

(Magistrado ponente: doctor Alejandro Córdoba Medina).

La presente sentencia decide el recurso de casación interpuesto por el apoderado de la Compañía Frutera de Sevilla contra el fallo de diez y nueve de agosto de mil novecientos setenta y uno, pronunciado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, en el juicio seguido por Milcíades Vásquez Soto contra la entidad recurrente.

Antecedentes.

Por medio de representante judicial, Milcíades Vásquez Soto, identificado con cédula de ciudadanía número 4969380 expedida en Santa Marta, demandó a la Compañía Frutera de Sevilla S. A. para que fuera condenada a pagarle "el valor correspondiente a pensión plena de jubilación por veinte años de servicio, más los reajustes legales, a partir de la fecha desde la cual se le está pagando la que actualmente disfruta, computada sobre tiempo menor de trabajo; o en subsidio el valor de la indemnización por retiro injusto conforme a los términos del literal d) del numeral 4º del artículo 8º del Decreto número 2351 de 1965 y a las costas del juicio, en caso de oposición".

En apoyo de sus pretensiones, el apoderado del actor expuso los siguientes hechos:

"*Primero.* Mi mandante está disfrutando de una pensión mensual vitalicia de jubilación que le paga la empresa demandada desde junio de mil novecientos sesenta y seis, por valor de $ 1.109.68 moneda legal, con fundamento en las exigencias legales y por un tiempo de servicio, como bracero del muelle de Santa Marta, comprendido desde el 16 de junio de 1948... hasta el año de 1965, inclusive.

"*Segundo.* Mi mandante trabajó también al servicio de la empresa demandada todo el tiempo comprendido entre los años de 1946 y 1948 inclusive.

"*Tercero.* Mi mandante trabajó también, como bracero del muelle de Santa Marta, todo el tiempo comprendido entre los años de 1924 y 1946, al servicio de las empresas United Fruit Company y Magdalena Fruit Company.

"*Cuarto.* La United Fruit Company, la Magdalena Fruit Company y la Compañía Frutera de Sevilla se vincularon en forma sucesiva a una misma unidad en sus actividades esenciales de producción, compra y embarques de bananos de exportación y cargue y descargue de mercancías y fletes marítimos en la zona bananera del Magdalena y por el Puerto de Santa Marta.

"*Quinto.* La Magdalena Fruit Company sustituyó en el año de 1934 a la United Fruit Company mediante la compra de sus bienes en la zona bananera del Magdalena y en la ciudad de Santa Marta, de traspaso de sus derechos y obligaciones ante el Gobierno Nacional, ante los productores de bananos y los trabajadores, incluidos los del muelle de Santa Marta y la administración de éste; y la Compañía Frutera de Sevilla sustituyó a la Magdalena Fruit Company, en el año de 1947, mediante operaciones de la misma clase.

"*Sexto.* Cada una de las tres compañías se dedicó al cultivo, compra y exportación de bananos, cargue y descargue de mercancías y fletes marítimos y a la explotación de la ganadería, en menor escala, en forma sucesiva, sustituyendo la una a la otra en el mismo giro de sus actividades económicas, en sus relaciones contractuales, en el dominio, posesión y explotación económica de los mismos bienes y conservando en las oficinas de la Compañía Frutera de Sevilla el archivo de las tres compañías, en forma que demuestra innegablemente que las tres estuvie-

ron íntegramente vinculadas a la misma unidad de explotación económica, con el capital requerido para el pago de las obligaciones que se le demandan.

"*Séptimo*. De lo expuesto se desprende el hecho concluyente de que mi mandante trabajó en una misma empresa el tiempo que se requiere para disfrutar de pensión plena de jubilación.

"*Octavo*. La terminación del contrato de trabajo de mi mandante tuvo por causa la liquidación de la empresa lo cual es hecho que constituye despido injusto.

"*Noveno*. El salario básico para la liquidación de la indemnización es de $ 58.02 moneda legal, por día".

La demandada negó los hechos segundo, tercero, cuarto, sexto y octavo; aceptó la existencia de la pensión en virtud de conciliación o convención colectiva, el trabajo entre el 16 de junio de 1948 y el 31 de mayo de 1966, el que la Magdalena Fruit Company sustituyó a la United Fruit Company, más no que la Frutera de Sevilla hubiera sustituido a la Magdalena Fruit Company, ni que las tres compañías sean una misma, y admitió que Vásquez había trabajado tiempo suficiente para ser pensionado como lo está. La entidad negó el derecho invocado y propuso excepción de pago y carencia de acción, prescripción, cosa juzgada y compensación. El apoderado de la compañía pidió absolución total de la empresa y costas a cargo del demandante.

El Juez Primero del Circuito Laboral de Santa Marta, en sentencia de cuatro de junio de mil novecientos setenta y uno, condenó a la Compañía Frutera de Sevilla S. A. a pagar a Milcíades Vásquez Soto por concepto de pensión plena de jubilación $ 1.305.51 mensualmente desde el primero (1º) de junio de mil novecientos sesenta y seis (1966) hasta el treinta (30) de marzo de mil novecientos setenta y uno (1971), y $ 1.624.83 desde el primero (1º) de abril del mismo año; condenó a la compañía a las costas de la instancia, autorizó a la demandada para descontar del monto de la pensión, lo pagado por jubilación, declaró parcialmente probadas las excepciones de cosa juzgada y pago, y no probadas las de carencia de acción, compensación y prescripción, y absolvió de la petición sobre indemnización por despido injusto.

Del fallo de primer grado apeló el apoderado de la sociedad demandada.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, que conoció de la apelación, confirmó mediante providencia de fecha ya indicada, la sentencia de primera instancia, e impuso las costas de la alzada a la Compañía Frutera de Sevilla. Contra el fallo de segundo grado interpuso recurso de casación el apoderado de la entidad patronal, le fue concedido y ha sido convenientemente tramitado, por lo cual se resolverá con el estudio del escrito sustentatorio del medio extraordinario.

El recurso.

Con apoyo en la causal primera de casación laboral (D. L. 528 de 1964, artículo 60 y L. 16 de 1969, artículo 7º), se acusa la sentencia de segunda instancia, de violar la ley sustancial.

Sobre el alcance de la impugnación, dice el recurrente:

"Aspiro, como resultado de este recurso extraordinario, a que tal sentencia sea casada y a que la honorable Sala, en sede de instancia, revoque el fallo de primer grado y en su lugar declare probada la excepción perentoria de cosa juzgada y, en consecuencia, absuelva a mi mandante de toda condena y ordene al actor satisfacer las costas de la litis".

Para desarrollar el ataque el recurrente presenta un cargo en la siguiente forma:

"*Cargo único*. Violación, por vía indirecta, de los artículos 20 y 78 del C. P. L., por error de hecho manifiesto, y como consecuencia de ello, aplicación indebida de los artículos 260 del C. S. T. y 5º del D. L., 435 de 1971 a un caso no regulado por ellos. Tales violaciones implicaron además el desconocimiento del a. 21 del C. S. T. y la aplicación indebida de los artículos 13, 14 y 15 del C. S. T. y ordinales 4º y 5º del artículo 373 de la misma obra, en relación con los artículos 1602, 1625, 2469 y 2483 del C. C.

"El error de hecho provino de la equivocada apreciación de los documentos de folios 16 a 34 y 88 a 104 del cuaderno principal, y consiste en no dar por demostrado, estándolo, que la conciliación propuesta por la Compañía, aceptada por los sindicatos de los trabajadores y por éstos individualmente, y aprobada por los funcionarios del trabajo, tuvo como condición expresa que se computara como tiempo de servicios para la pensión vitalicia de los braceros el prestado a la Compañía Frutera de Sevilla, exclusivamente, a cambio de tomar como base de la pensión no el promedio del salario en el último año, sino otro convencional más alto, tiempo de servicios que en el caso del señor Milcíades Vásquez Soto se precisó en '17 años 11 meses 16 días' (F. 24), con la firma y aceptación expresa del mismo pensionado".

En la demostración del cargo, el impugnante transcribe la parte pertinente de la sentencia acusada, explica los antecedentes del "arreglo

conciliatorio", destaca los apartes principales de la propuesta hecha por la compañía y aprobada punto por punto por el sindicato, destaca el permiso previo del Ministerio de Trabajo y Previsión Social para liquidar operaciones, la terminación de los contratos por mutuo acuerdo, el reconocimiento de indemnizaciones por terminación del contrato y de pensiones de jubilación sin llenarse las condiciones especiales para unas y otras, el acuerdo sobre las bases de liquidación que comprendía el tiempo servido a la compañía y un salario mayor que el promedio del último año de servicio, y señala el procedimiento de aprobación por Asamblea General del Sindicato, por acta de conciliación entre la empresa y la asociación sindical, y repetición de la fórmula de arreglo en la liquidación final de prestaciones del trabajador.

Finalmente el impugnador advierte que el *ad quem* dividió la conciliación para aceptar el salario allí indicado como base de la liquidación, pero desconoció los demás efectos del arreglo, cuando no reconoce el de cosa juzgada que tiene el convenio.

Se considera.

En la Asamblea General del Sindicato de Trabajadores Braceros del Terminal Marítimo de Santa Marta, reunida el 24 de diciembre de 1965, se aprobó como base de acuerdo entre los trabajadores de los muelles y la compañía, el siguiente punto:

"b) Las pensiones de jubilación por el tiempo trabajado a la Compañía Frutera de Sevilla, se liquidarán con el salario resultante para el 7 de noviembre dicho, previa la terminación de los respectivos contratos por justa causa por parte de la Compañía" (cuaderno primero, página 102).

La Resolución 00006 de 14 de enero de 1966 emanada del Ministerio del Trabajo, dice:

"*Artículo primero.* Autorizar a la empresa denominada 'Compañía Frutera de Sevilla', sociedad anónima con domicilio en Wilmington, Delaware, Estados Unidos de América, con negocios permanentes en Colombia en la zona bananera del Departamento del Magdalena y representada por el señor Harlo A. Von Wald, para suspender definitivamente sus labores en el frente de trabajo correspondiente a la zona bananera del Departamento del Magdalena y dar por terminados los contratos de trabajo que tiene suscritos con la totalidad de los trabajadores que laboran en dicho frente, por las razones y motivos expuestos en la parte considerativa de la presente providencia". (Cuaderno primero, página 100).

En el acta de acuerdo conciliatorio celebrada entre el Delegado Especial comisionado por el Ministerio de Trabajo, el día 19 de enero de 1966, con intervención de los representantes de la empresa y del sindicato, consta lo siguiente:

"3º Habiendo el Ministerio del Trabajo, por medio de la Resolución 000006 del 14 de enero en curso, autorizado a la compañía para terminar sus contratos individuales con sus empleados y obreros en esta sección, y en la zona bananera del Departamento del Magdalena, se procederá en consecuencia, y por tanto cada trabajador y la compañía declararán la respectiva cancelación por mutuo acuerdo entre ellos; regirán hasta el 26 de enero del presente año y quedarán definitivamente terminados a partir del día siguiente. 4º Como la compañía continuará con algunas otras actividades en esta región, quedarán prestándole servicios los trabajadores de los muelles que estén dedicados a las respectivas labores, y al ser liquidados gozarán de las concesiones a que este convenio conciliatorio se refiere. 5º No obstante la terminación de los contratos en la forma expresada, la compañía se obliga a lo siguiente: a) A conceder a cada trabajador, una indemnización pecuniaria de conformidad con el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, teniendo en cuenta los datos que estén registrados en las planillas y archivos de la compañía, y tomando como salario básico el promedio mensual de lo devengado por cada trabajador en el año calendario terminado el 7 de noviembre de 1965, lo cual es más favorable para los trabajadores que efectuar tal liquidación de conformidad con el promedio de lo devengado en el último año de servicio, o sea, en la fecha de la terminación de los contratos pues para entonces son los salarios mucho más bajos. b) A otorgar pensión de jubilación, de acuerdo con las disposiciones legales a los trabajadores de la compañía que tengan derecho a ello, siendo entendido que como salario básico se tomará también el indicado anteriormente por la misma circunstancia expresada aunque es entendido que no se procede en favor de ellos la indemnización especial a causa de que los contratos terminan para ser pensionados. Los trabajadores con derecho a pensión acreditarán su edad en forma legal".

Y más adelante agrega la misma acta:

"Habiéndose puesto las partes de acuerdo, en forma conciliatoria, sobre los puntos anteriores en presencia y con la intervención de los suscritos funcionarios del Ministerio del Trabajo, le dan su aprobación y declaran que esta conciliación de acuerdo con el artículo 78 del Código Procesal del Trabajo, tiene el valor de

cosa juzgada". (Cuaderno primero, folios 16 y 17).

Al firmar la liquidación de prestaciones, el trabajador Milcíades Vásquez Soto suscribió sin observación alguna la siguiente manifestación:

"El suscrito trabajador declara: a) Que bajo contrato de trabajo por término indefinido prestó servicios en el Terminal Marítimo a la Compañía Frutera de Sevilla en las fechas arriba anotadas. b) Que dicho contrato fue cumplido correctamente por dicha empresa. c) Que por razón del tiempo servido y de su edad, tiene derecho a la pertinente pensión de jubilación, y en consecuencia por tal motivo se acordó poner fin al contrato de trabajo desde el 1º de junio de 1966. d) Que a partir de esa misma fecha, la compañía le concede pensión mensual de jubilación de $ 1.109.68, que le será pagada en esta ciudad. e) Que a pesar de que el contrato de trabajo es cancelado en la fecha expresada, la pensión se le concede no con el promedio del salario mensual en el último año de servicio sino con base en este mismo promedio en el año que fenece el 7 de noviembre de 1965, que representa una suma mayor y por tanto más favorable para el exponente. f) Que habiéndole la Compañía Frutera de Sevilla concedido la pensión de jubilación a que este documento se refiere, dicha sociedad no le adeuda suma alguna por razón del contrato de trabajo que entre las partes rigió, ni por salario ni por prestaciones sociales y de consiguiente no le queda pendiente reclamo de ninguna clase contra la empresa". (Cuaderno primero, folio 24).

El Tribunal Superior de Santa Marta dice en la sentencia acusada:

"Leyendo detenidamente el documento de folio 16 ss. y los otros referidos, no encuentra la Sala en parte alguna, el hecho de que el trabajador haya aceptado que se le reconozca pensión especial de jubilación por los servicios prestados a la Compañía Frutera de Sevilla. Es muy claro el literal b) del arreglo conciliatorio cuando expresa: 'A otorgar pensión de jubilación, de acuerdo con las disposiciones legales a los trabajadores de la compañía que tengan derecho a ella, siendo entendido que como salario básico se tomará también el indicado anteriormente...'. El salario básico se refiere al devengado por cada trabajador en el año calendario terminado el 7 de noviembre de 1965, circunstancia ésta que sí hay que afirmar fue arreglada conciliatoriamente, y que la hace inmodificable según los preceptos 20 y 78 del Código Procesal Laboral.

"Según el artículo 474 del derogado Código Judicial, 'para que la cosa juzgada surta efecto en otro juicio, se requiere que la nueva demanda tenga el mismo objeto y se funde en las mismas causas que la primera, y que haya identidad jurídica entre las personas litigantes'.

"La causa petendi de esta demanda no comprende totalmente el arreglo conciliatorio, puesto que el trabajador no se sometió a recibir pensión de jubilación especial por el simple hecho de que la Compañía Frutera de Sevilla congeló el salario base para liquidarla, en un período determinado, más favorable para éste". (Cuaderno segundo, folio 15).

Según las piezas transcritas, se convino en que la jubilación a que tuvieran derecho los trabajadores de acuerdo con la ley, sería liquidada sobre el tiempo trabajado a la empresa y sobre el salario promedio devengado en el año que terminó el 7 de noviembre de 1965. No se habló en ningún momento de pensión especial sino de la que correspondiera según la ley. Las pensiones se otorgaron en razón de tiempo servido y edad, como lo dice la constancia del trabajador. Los contratos terminaron por clausura de la empresa y se convino en dar a cada uno de ellos la finalización por mutuo acuerdo.

Claramente se refieren las pruebas a la pensión a que tuviera derecho el trabajador, para liquidarla en forma especial, es decir, sobre un tiempo limitado pero con un salario mayor que el indicado por la ley. No se trataba de las pensiones a que se refiere el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, porque expresamente se dijo que era pensión por tiempo servido y edad, cuando la norma citada atiende también a la forma de terminación del contrato.

Cuando el sentenciador afirma que no se aceptó pensión especial, comete evidente error de hecho, ya que lo acordado y admitido por el trabajador, fue recibir una pensión que por calcularse sobre bases distintas a las consagradas en la norma legal, resulta especial. Pero también es error evidente el que señala el recurrente en el sentido de entender como pensión distinta a la reclamada la que fue convenida, liquidada y pagada.

Además, como lo anota finalmente el recurrente, el sentenciador entendió que el salario pactado como base para la liquidación, servía para la pensión plena solicitada, pero que la conciliación no servía en relación con tal pensión, o sea, dividió la norma contenida en el arreglo.

Los errores de hecho evidentes cometidos por el sentenciador, lo llevaron a indebida aplicación de los artículos 20 y 78 del Código de Procedimiento del Trabajo, por desconocer los alcances de cosa juzgada de la conciliación, y los artículos 260 del Código Sustantivo del Trabajo y 5º del Decreto 435 de 1971 por aplicarlos a un caso no sujeto a juzgamiento. Debe casarse la sentencia en cuanto condenó a la pensión de jubilación y a lo demás resuelto sobre tal materia.

Consideraciones de instancia.

La Compañía Frutera de Sevilla y el Sindicato de Trabajadores Braceros del Terminal Marítimo de Santa Marta solicitaron "autorización para suspender definitivamente actividades en el frente de trabajo correspondiente a la zona bananera del Departamento del Magdalena y a dar por terminados los contratos de trabajo que tiene suscritos con los trabajadores que laboran en dicho frente, debido a la baja producción y exportación registrada en el producto al cual dedica sus actividades agrícola y comercial, cual es el producto y exportación de banano"; como lo expresa la parte motiva de la Resolución 00006 de 1966, ya mencionada.

El motivo indicado para la solicitud fue demostrado y por ello se concedió la autorización para liquidar los contratos.

Como la merma de actividades producía cada día menores salarios, los trabajadores pidieron que se tomara como base de liquidación para la pensión de jubilación, no el promedio del último año de servicios, sino el del año que terminaba el 7 de noviembre de 1965. La empresa aceptó ese factor pero reduciendo el tiempo a los servicios que se le habían prestado a ella, lo cual fue aceptado por la Asamblea General del Sindicato.

Lo único que procede es verificar si lo convenido fue ejecutado, es decir que debe examinarse si la liquidación cumplió los presupuestos acordados.

Al folio 62 del primer cuaderno, se encuentran los datos verificados en la inspección ocular sobre tiempo servido y sobre promedio de salario en el año que terminó el 7 de noviembre de 1965. Con tales cantidades, la pensión de jubilación correspondiente a lo convenido, es exactamente la que confiesa estar recibiendo el trabajador, y la misma que calculó el perito en su dictamen del folio 119 del primer cuaderno.

Si lo convenido como se vio es lo que se ha venido cumpliendo, no puede prosperar la petición de pensión de jubilación, ya que sobre ella se acordó el pago en forma especial y ese acuerdo se está ejecutando.

Además, aunque se entendiera que no se pactó el pago de la pensión a que se refiere el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, se habría de liquidar la pensión solicitada sobre el tiempo servido a todas las compañías, pero con el promedio del salario devengado en el último año de servicios. En tal supuesto no podría tomarse el salario base convenido, sino el legal, porque se estaría dividiendo el convenio y se tomaría parte de la ley y parte de la convención, contra lo ordenado por el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo in fine.

En el supuesto indicado, se tendrían más de 20 años de servicios y un salario de $ 1.394.56 mensuales como aparece de la inspección ocular, folio 62 del primer cuaderno. Sobre tales bases, se tendría una pensión de jubilación de $ 1.045.92 que es el 75% del promedio del último año de servicios, o sea, de $ 1.394.56. Como tal pensión de jubilación solicitada por el demandante, es inferior a la que confiesa estar recibiendo, ni en tal supuesto podría accederse a lo pedido.

Por tales razones, debe revocarse lo resuelto por el a quo *en cuanto a jubilación y absolver a la demandada por tal extremo, y por las costas impuestas.*

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *casa* la sentencia de diez y nueve de agosto de mil novecientos setenta y uno, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, en el juicio de Milcíades Vásquez Soto contra la Compañía Frutera de Sevilla, en cuanto dicho fallo confirmó lo dispuesto sobre pensión de jubilación y costas por el juez de primer grado e impuso las de segunda a la parte demandada; y como Tribunal de instancia *revoca* los numerales 1º, 2º, 3º y 4º de la parte resolutiva de la sentencia dictada el cuatro de junio de mil novecientos setenta y uno, por el Juez Primero del Circuito Laboral de Santa Marta, en el juicio indicado, y en su lugar *absuelve* a la Compañía Frutera de Sevilla S. A. de las peticiones sobre pensión plena de jubilación y costas y condena a Milcíades Vásquez Soto a pagar las costas de las instancias. *No la casa* en lo restante.

Sin costas en el recurso.

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

Juan Benavides Patrón, Alejandro Córdoba Medina, Jorge Gaviria Salazar.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

EXCEPCION PERENTORIA

Cuando no existe el derecho reclamado o no se prueba, se absuelve de la súplica respectiva.—Solamente puede declararse demostrada una excepción perentoria, si en los autos aparece probado un hecho en virtud del cual la ley desconoce la existencia de la obligación, o la declara extinguida, si alguna vez existió.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E. marzo veintidós (22) de mil novecientos setenta y dos (1972).

(Magistrado ponente: doctor Jorge Gaviria Salazar).

Sección primera. - Acta número 10.

Con esta providencia se decide el recurso extraordinario de casación que el apoderado de Luis Bernardo Herrera Moncayo interpuso contra la sentencia de segunda instancia, dictada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, el 18 de diciembre de 1970 en el juicio que adelantó aquél contra la Empresa de Licores de Cundinamarca.

Antecedentes.

El actor, en el juicio antes citado, demandó a la "Empresa Licores de Cundinamarca", para que fuera condenada a pagarle lucro cesante, por su despido injusto e intempestivo, e indemnización moratoria a razón de "un salario diario" en los términos establecidos por el Decreto 797 de 1949, hasta cuando se le pague la totalidad de sus acreencias laborales.

Como hechos de estas dos pretensiones el apoderado del demandante indicó los siguientes:

"1º Mi poderdante mediante contrato verbal de trabajo prestó sus servicios a la Empresa de Licores de Cundinamarca desde el 26 de enero de 1966 hasta el 21 de febrero de 1967, en que fue despedido unilateral e injustificadamente.

"2º Mi poderdante desempeñó sus funciones como jefe de ventas habiendo observado obediencia y respeto a sus superiores.

"3º Mi poderdante fue despedido estando vigente la prórroga automática de su contrato de trabajo, sin que hubiere dado motivo para tal despido.

"4º Mi poderdante no recibió al momento de su despido la totalidad de sus acreencias laborales, tales como su indemnización por despido.

"5º Mi poderdante devengaba una asignación mensual de $ 4.560 mensuales".

En derecho fundamentó sus peticiones en las Leyes 6ª de 1945, 64 y 65 de 1946 y en los Decretos 21 de 1945 y 797 de 1949.

Conoció del juicio el Juzgado 4º Laboral de Bogotá, quien admitió la demanda y ordenó correr traslado de ella a la Empresa de Licores de Cundinamarca, entidad que al contestarla dijo respecto a los hechos:

"1º Es cierto; 2º - Es cierto; 3; - No es cierto; al demandante una vez terminado su contrato de trabajo se le ha reconocido pensión de jubilación por la cantidad de $ 3.851.54 mensuales y a partir del 21 de febrero de 1967; 4º - Es cierto; pero el demandante no tenía derecho a la indemnización que reclama toda vez que se le reconoció la pensión de jubilación; 5º - No me consta".

Como razones de la defensa expresó que el demandante había dejado de prestarle servicios el 21 de febrero de 1967, pero que desde esa fecha en adelante se le ha pagado pensión de jubilación a razón de $ 3.851.54, "en un total de $ 114.313.64". Negó que el actor tuviera derecho a la indemnización por lucro cesante, y tampoco a la consagrada por el Decreto 797 de 1949, por estar gozando de pensión de jubilación.

Manifestó que en sentencia firme producida por el "Juzgado 1º Laboral el 29 de febrero de 1969", que reconoció a favor de Herrera Moncayo pensión de jubilación "se falló que no había sanción por despido injusto conforme al "artículo 8º de la Ley 171 de 1945 (sic)" y que

este fallo había sido confirmado por el Tribunal Superior de Bogotá, en el cual, "fuera de la confirmación dicha se expresa que no hay lugar a la indemnización del Decreto 797 de 1949 por ser incompatible con la pensión de jubilación".

También expresa la contestación del libelo que la fábrica de licores "dentro del término legal reconoció y pagó al demandante las prestaciones sociales todas a que tenía derecho, en razón del tiempo en que prestó sus servicios a la empresa o sea desde el 26 de enero de 1966 hasta el 21 de febrero de 1967".

Con base en lo anterior la demandada propuso dos excepciones: a) La perentoria de cosa juzgada fundamentándola en que "por sentencia en firme del Juzgado 1º Laboral, confirmada por sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, se declaró y falló que la Empresa no estaba obligada al pago de las indemnizaciones que pide la demanda y b) La genérica de inexistencia de las obligaciones.

Tramitado el litigio el Juzgado 4º del Circuito del Trabajo de Bogotá, puso fin a la instancia mediante sentencia de 17 de marzo de 1970, en la que condenó a la Empresa de Licores de Cundinamarca, representada por Angel Ignacio Ortiz o por quien haga sus veces, a pagar a Luis Bernardo Herrera Moncayo, la suma de veintitrés mil cuatrocientos ocho pesos ($ 23.408) moneda corriente por concepto de lucro cesante. Declaró probada la excepción de cosa juzgada propuesta por el apoderado de la parte demandada, respecto a la petición por indemnización moratoria absolviéndola en consecuencia de esta súplica del libelo y finalmente, "declaró no probada" esta misma excepción respecto a lucro cesante e impuso costas en un 50% a la Empresa.

Los apoderados de las partes apelaron de la anterior providencia y el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, resolvió la alzada en fallo de 18 de diciembre de 1970 en el cual revocó la condena hecha por el *a quo* sobre pago al actor de lucro cesante y declaró probada la excepción de cosa juzgada respecto a esta súplica; confirmó lo resuelto por el Juzgado en cuanto declaró esta misma excepción en lo referente a indemnización moratoria y absolvió en consecuencia a la demandada por esta pretensión. Sobre costas revocó la condena hecha contra la Empresa e impuso en su totalidad las de primera instancia al demandante a quien también lo gravó con las del recurso.

Inconforme con la resolución del Tribunal, el apoderado del actor interpuso contra ella recurso de casación que le fue concedido y posteriormente lo admitió la Corte.

En tiempo se presentó la demanda sustentatoria del remedio extraordinario y ésta no fue replicada.

El recurso.

Con él aspira el recurrente a que la Corte case la sentencia de segundo grado y que como Tribunal de instancia "condena a la entidad demandada a las condenas de lucro cesante e indemnización moratoria a que se refiere el libelo de demanda".

Impugnó el fallo del *ad quem* "por la causal 1ª del artículo 6º del Decreto legislativo 528 de 1964 en concordancia con el artículo 1º del Decreto legislativo 1822 de 1964 y los artículos 15 (sic) de la Ley 16 de 1968 y artículo 7º de la Ley 16 de 1969 y formuló dos cargos, que pasan a estudiarse en el orden en que fueron propuestos.

Primer cargo. Lo enuncia así el recurrente: "La sentencia materia de este recurso incurrió en infracción indirecta por error de hecho, e indebida aplicación de los artículos 1º, 8º y 11 de la Ley 6ª de 1945, artículos 2º y 3º de la Ley 64 de 1946, artículos 4º, 20, 37, 40, 43, 51 del Decreto 2127 de 1945, artículo 1º, parágrafo 2º del Decreto 797 de 1949, artículos 1625, numeral 1º y 1626 del Código Civil y artículos 473 y 474 del Código Judicial en concordancia con el artículo 145 del Código de Procedimiento Laboral".

Los errores de hecho que imputa el recurrente al Tribunal son:

1º Dar por demostrado, no estándolo, la existencia de la excepción de cosa juzgada respecto a los juicios por pensión de jubilación e indemnización por no pago y el presente por lucro cesante e indemnización por falta de cancelación del mismo;

2º Dar por demostrado no estándolo "la identidad de objeto y causa petendi respecto a los juicios de pensión de jubilación e indemnización por no pago, y el presente juicio por lucro cesante e indemnización por no pago";

3º No dar por demostrado, estándolo que no "son incompatibles los derechos laborales relacionados por pensión de jubilación e indemnización por no pago; y el lucro cesante y la indemnización por no pago; y el lucro cesante y la indemnización por no pago respecto al presente juicio";

4º No dar "por demostrado, estándolo, que mi poderdante Luis Bernardo Herrera Moncayo, prestó sus servicios a la Empresa de Licores de Cundinamarca, desde el 16 de enero de 1966

hasta el 21 de febrero de 1967, que devengó una remuneración última de $ 4.560 mensuales, y que fue despedido injustificada e ilegalmente faltándole para cumplir la última prórroga automática de su contrato de trabajo 154 días, esto es 5 meses 4 días";

5º No dar "por demostrado, estándolo, que mi poderdante no recibió su indemnización por lucro cesante equivalente a los salarios faltantes a la última prórroga automática de su contrato de trabajo" y,

6º "Que hasta la fecha se encuentra insoluta su acreencia laboral de lucro cesante o indemnización por despido y que la Empresa de Licores de Cundinamarca, al no pagarle tal acreencia ha obrado de buena fe (sic)".

Dice el recurrente que en los errores antedichos incurrió el *ad quem* por mala apreciación de las siguientes pruebas:

a) Escrito de demanda y su contestación (Fls. 2 a 5 y 11 a 13);

b) Los documentos que aparecen a los folios 14 a 28, 34 a 38 y 39 a 42;

c) Aquellos de que dan cuenta los autos y que figuran a los folios 48, 49 y 50 del cuaderno principal.

En seguida el recurrente pasa en una extensa alegación a demostrar qué se entiende por cosa juzgada, cuales son los elementos que la configuran y dice que comparando el juicio anterior por pensión de jubilación y mora con el actual por lucro cesante e indemnización moratoria, se ve que solo se evidencia la identidad entre las partes, pero que no se dan los otros requisitos o sea identidad de objeto y de causa petendi.

Examina lo que se entiende por pensión de jubilación y por lucro cesante, y dice que la primera es una prestación y el segundo una indemnización.

Se refiere también a la indemnización moratoria y explica que en el sector oficial se causa por el no pago de las deudas laborales que tenga una entidad pública con su extrabajador, después de los noventa días de plazo que le otorga el Decreto 797 de 1949 para cancelarlas.

Expresa que si transcurrido el plazo de gracia a que se refiere el estatuto citado, la indemnización por mora se causa si no se paga al trabajador la totalidad de los salarios, prestaciones e indemnizaciones que se le adeuden cuando terminó su contrato.

Repite, respecto a la indemnización por mora, que la causa petendi de la misma es precisamente la no cancelación a Herrera Moncayo por parte de la Fábrica de Licores de Cundinamarca del lucro cesante a que tenía derecho por haber sido despedido sin justa causa y en forma intempestiva, cuando su contrato de trabajo a término presuncional, ya se encontraba prorrogado, no habiendo entonces identidad de objeto y de causa petendi con el juicio por pensión de jubilación y mora por el no pago de esta prestación.

Afirma que el Tribunal apreció mal las pruebas singularizadas al principio del ataque y luego de copiar un pasaje del fallo recurrido, analiza parte de las primeras así:

"Dentro de las pruebas mal apreciadas por el honorable Tribunal podemos citar las que dicen relación al presente juicio, Fls. 2 a 5, 49 y 50, según las cuales mi poderdante prestó sus servicios desde el 26 de enero de 1966 hasta el 21 de febrero de 1967, fecha en la cual fue despedido unilateral e injustificadamente, y cuya remuneración última fue de $ 4.560 moneda corriente, mensuales, habiendo desempeñado las funciones de jefe de ventas en otros departamentos y en el exterior.

"Tan apreció mal estas pruebas que de lo contrario hubiera condenado a la entidad demandada a la indemnización por despido injustificado, equivalente a los salarios faltantes para cumplir el último plazo presuncional de 6 meses, de la última prórroga iniciada el 26 de enero de 1967, o sean 5 meses y 4 días o un total de 154 días.

"Pero también como dicha indemnización aparece insoluta tenía que condenar a la indemnización moratoria, ya que desde el vencimiento del término de gracia de 90 días o sea desde el 21 de mayo de 1967, en que se encuentra insoluta dicha deuda, por haberse vencido en tal fecha dicho término.

"Sin que se pueda justificar dicha no solución por una inexistente cosa juzgada, no constituyendo tal afirmación motivo de buena fe, sino por el contrario una mala fe, dada su prolongada renuencia al cumplimiento de la ley.

"Mal podía el honorable Tribunal concluir que la Empresa de Licores de Cundinamarca había satisfecho el pago de dicho lucro cesante, por el hecho de haber cumplido mediante el respectivo juicio ejecutivo la sentencia pronunciada en el juicio por pensión de jubilación, y mediante el cual coercitivamente, pagó las mesadas pensionales ocurridas por efectos de la sentencia desde el 21 de febrero de 1967, en cuantía de $ 3.851.54 mensuales (documentaria de los folios 14 a 24 y 39 a 42, o sean copias de las sentencias de 1ª y 2ª instancia pronunciadas en el juicio ordinario y mandamiento de pago y li-

quidación. "y pago en el juicio ejecutivo para el cumplimiento de tales sentencias)".

Para finalizar el cargo expresa:

"Porque si el lucro cesante y la indemnización por no pago a que se refiere este juicio es autónomo en cuanto a su objeto y a su causa petendi, nada tiene que ver, con él, las mesadas pensionales satisfechas como consecuencia del reconocimiento y pago a que se refieren las sentencias ordinarias pronunciadas en el primer juicio, y el mandamiento de pago a que se refiere el respectivo juicio ejecutivo por tales mesadas pensionales".

—Agrega— "No hay pues, no puede haber, incompatibilidad y menos aún cosa juzgada entre la pensión de jubilación y la indemnización por no pago del primer juicio, y el lucro cesante y la indemnización por no pago a que se refiere el presente juicio".

Se considera.

El recurrente, en este ataque aspira, en forma conjunta, a que se infirme la sentencia del *ad quem,* por haber absuelto a la Fábrica de Licores de Cundinamarca de la condena por lucro cesante que a favor del actor había hecho el *a quo* y en cuanto respecto a esta indemnización, declaró probada la excepción de cosa juzgada y también por haber confirmado el fallo de primera instancia que hizo esta misma declaración respecto a la indemnización moratoria.

Para facilitar el estudio del cargo, la Sala estudiará primero lo relacionado con lucro cesante.

Sobre este particular se expresó así el Tribunal en la sentencia que es materia del recurso.

"Será posible decir que exista lucro cesante, *cuando el retiro se debe* (subraya la Sala) al decreto de una pensión jubilatoria por tiempo de servicio ordinario, y cuando esa pensión se decreta en su oportunidad y se paga a partir de la misma fecha en que se produce el retiro del trabajador?".

"Qué debe entenderse por lucro cesante? No es otra cosa distinta a lo que se ha dejado de percibir y que había podido recibirse, si no se produjere el retiro. Pero qué fue lo que dejó de percibirse? *Acaso no entró el demandante, a partir de la fecha de retiro,* a devengar su pensión jubilatoria?".

"Se afirma en la contestación de la demanda; y no se dijo lo contrario a lo largo del proceso que el demandante dejó de prestar sus servicios a la Empresa Licores de Cundinamarca, el 21 de febrero de 1967 *y que desde esa misma fecha se le ha pagado* (se subraya) su pensión jubilatoria a razón de $ 3.851.54 mensuales con un total hasta la fecha de tal respuesta a la demanda de $ 114.313.64".

"Entonces cuál podría haber sido el lucro cesante? Si se le despidió injustamente, *eso ya fue igualmente juzgado,* se condenó a la Empresa a pagarle al demandante su pensión de jubilación aunque dicha entidad ignoraba la vinculación del extrabajador con otras entidades oficiales por un tiempo de 20 o más años. Se le pagaron sus prestaciones sociales correspondientes, y se repite se le pagó su pensión desde la fecha misma en que terminó esa vinculación.

"Sería aún incompatible, el disfrute de pensión jubilatoria plena, no sanción, y el hecho en sí devengar a la vez un salario diario así sea bajo la denominación de lucro cesante".

"Se afirma en la demanda que el demandante no "recibió al momento de su despido la totalidad de sus acreencias laborales, tales como su indemnización por despido"; pero si se demandaba el pago de la pensión de jubilación y la indemnización moratoria por el no pago de dicha pensión moratoria que fue el motivo de la primera demanda, y se declara y condena a la empresa al pago de la pensión jubilatoria, y se le paga a partir de la fecha de retiro, y se declara que no existe derecho a la indemnización por las razones ya transcritas, podrá haber lucro cesante por el no pago de un supuesto despido injusto, que de pago igualmente ya fue decidido en anterior oportunidad (se subraya).

"Lo anterior como fundamentos de derecho. Y para las razones de hecho, que surgen de las propias constancias del juicio ordinario anteriormente instaurado, por el cual se demandó a la misma empresa, con efectos de igual relación laboral, obteniéndose igualmente el reconocimiento y pago de la pensión plena de jubilación; como podría entender la Sala, si por la propia autonomía de su voluntad, fue precisamente el mismo actor quien determinó librarse a los efectos del lucro cesante en forma acertada y oportuna, cuando es justamente que de la fecha del cual hace derivar en el libelo, la época en que contendría dicho lucro cesante, y la aplicación del señor Juez de instancia para la condena, el lapso igual y exacto durante el cual percibió las corrientes mesadas pensionales sin que frente a ello exista oposición, ni prueba en contrario?".

Con fundamento en estas consideraciones el fallador revoca la condena hecha en la sentencia de primera instancia a favor del actor y en contra de la demandada, por concepto de los salarios por el tiempo faltante para que se ven-

ciera el plazo presuntivo del contrato de trabajo que según el *a quo* se había prorrogado entre las partes por seis meses, a partir del 21 de febrero de 1967.

Y además, en forma extraña, ya que la absolución por esa prestación, tuvo como razón, en sentir del Tribunal, la inexistencia del derecho del actor a la indemnización de perjuicios —lucro cesante—, declara también en relación con ella probada la excepción de cosa juzgada.

Cuando no existe el derecho reclamado o no se prueba, se absuelve de la súplica respectiva. Solamente puede declararse demostrada una excepción perentoria, si en los autos aparece probado un hecho en virtud del cual la ley desconoce la existencia de la obligación, o la declara extinguida, si alguna vez existió.

El *ad quem* sin embargo, se confunde en el tratamiento que debió dar al asunto porque a la vez que niega la existencia del derecho del demandante a la indemnización pedida y por eso absuelve del lucro declara además en relación con él probada la excepción de cosa juzgada, es decir, después de juzgar que no hay derecho dice que por estar probada la excepción no se puede fallar nuevamente.

Para revocar la resolución del *a quo*, el Tribunal parte de varios hechos: a) Que el retiro de Herrera Moncayo se ocasionó por el decreto de una pensión de jubilación "por tiempo de servicio ordinario"; b) Que la prestación indicada la decretó en su oportunidad la Fábrica de Licores de Cundinamarca; c) Que la entidad demandada le pagó al actor su pensión a partir de la misma fecha en que se produjo su retiro y d) Que esto se dijo en la contestación de la demanda y a lo largo del juicio el demandante no negó estos hechos.

Sin embargo, la realidad del proceso muestra todo lo contrario.

I. El actor según carta, de 20 de febrero de 1967, que obra al folio 49 del cuaderno principal, simplemente fue remplazado por otra persona en las funciones que desempeñaba. Se le comunicó que la Junta Directiva de la entidad había resuelto el 15 de febrero designar en su lugar a Alfonso Velásquez; se le ordenó hacerle entrega del cargo en la forma acostumbrada y se le expresaron los agradecimientos de la fábrica por sus "magníficos servicios".

II. Según Resolución número 189 de 1968, de 8 de mayo, más de un año después de la fecha en que se produjo la desvinculación de Herrera, le niega el reconocimiento de pensión de jubilación (Fls. 70 y 71).

III. El actor promueve un juicio ordinario contra la Fábrica de Licores de Cundinamarca en procura de obtener pensión de jubilación e indemnización moratoria y el 29 de abril de 1969, por sentencia del Juzgado Primero Laboral de Bogotá, se condena a la dicha entidad a pagarle pensión de jubilación ordinaria, en cuantía de $ 3.508.87 mensuales, a partir del 21 de febrero de 1967 (Fls. 14 a 19 cuaderno principal).

IV. Por apelación del apoderado de Herrera, sube el negocio al Tribunal de Bogotá, y esta Corporación modifica la cuantía de la pensión decretada y la señala en la suma de $ 3.851.54, según sentencia de 23 de mayo de 1969 (Fls. 20 a 24 del mismo cuaderno).

V. La Fábrica de Licores no cumple la sentencia y el interesado inicia juicio ejecutivo con el cual logra la efectividad de su derecho, que al fin le es satisfecho en el mes de julio del citado año (Fls. 39 a 42).

Esta sucinta relación de la prueba de autos hecha en la primera parte de la sentencia del Tribunal, muestra a las claras cómo no es cierto que el retiro de Herrera lo hubiera ocasionado la determinación de la Fábrica de Licores de pagarle pensión de jubilación ordinaria o plena, ni que ella se le hubiere decretado oportunamente, ni que se le hubiera pagado desde la misma fecha de su despido. Se le pagó años después de la fecha en que la fábrica lo retiró de su servicio. Cosa distinta es, que en virtud de sentencia judicial, el pago de las mesadas debidas tuvieran como punto de partida el mismo día de la fecha del despido.

Aparece así, de bulto, en forma evidente el error grosero en que incurrió el Tribunal en la sentencia gravada, que no tiene explicación ni excusa, con la consecuencia, anotada por el acusador, de que el *ad quem*, no dio por demostrado estándolo que Herrera Moncayo "fue despedido injustificada e ilegalmente" por la empresa.

Y, como según el propio Tribunal, no hay discusión acerca del tiempo de servicio del actor, también aparece demostrado que el contrato de trabajo entre las partes, cuya existencia tampoco se controvierte, se encontraba prorrogado al tiempo del despido, y faltaban para su expiración 154 días, en virtud del plazo presuntivo.

Este error evidente de hecho habría podido causar la quiebra de la sentencia, previa definición de que en relación con el lucro cesante, no se había operado el fenómeno de la cosa juzgada por cuanto no existía identidad de objeto ni de causa petendi con la acción por pensión de jubilación ejercitada antes, en otro juicio, pero ocurre que el fallo del *ad quem*, contiene además

otros soportes cuya destrucción no puede pretenderse a través de un cargo por la vía indirecta.

En efecto, el *ad quem* para absolver a la demandada por el lucro cesante reclamado, identificó la indemnización de perjuicios con el salario y además expresó que aquél era incompatible con el disfrute de pensión de jubilación. Dijo:

"Sería aún incompatible, el disfrute de pensión jubilatoria plena, no sanción y el hecho en sí de devengar a la vez un salario diario, así sea bajo la denominación de lucro cesante".

Claramente se observa que lo afirmado en el párrafo transcrito, escapa al error de hecho. Es una apreciación del Tribunal, que tal como se hace, sería un error de juicio.

Le da el Tribunal una interpretación equivocada a lo que se entiende por indemnización de perjuicios. El lucro cesante tal como está establecido en la Ley 5ª de 1945 y en su Decreto reglamentario 2127 del mismo año, es una suma equivalente a los salarios por el tiempo faltante para la expiración del plazo fijo o presuncional, o por el que reste para la terminación de la obra o labor contratados, pero no es salario. Otra cosa es que para liquidarlo se tome como base el que estuviere devengando el trabajador en el momento del despido.

La causa del salario es la prestación personal del servicio y la del lucro, el incumplimiento del contrato por parte del patrono.

Además, decir que la pensión de jubilación es incompatible con el pago de la indemnización de perjuicios —lucro cesante —constituye una conclusión que nace de la exégesis sobre las normas que establecen aquella prestación y esta indemnización.

Lo correcto entonces, era plantear un cargo diferente, por la vía directa, por interpretación errónea de la ley sustancial y consecuencialmente por aplicación indebida de la misma, para socavar este soporte del fallo.

Como así no se hizo, a pesar de estar demostrado el evidente error de hecho por parte del Tribunal, a la sentencia le queda un fundamento no atacado y por tanto, el cargo no prospera.

Por lo dicho no se hace necesario estudiar lo relativo a indemnización moratoria, porque el fundamento para ella sería la condena por lucro cesante, que el acusador no ha logrado fuera de la calificación correspondiente sobre la mala fe patronal.

El cargo no prospera.

Segundo cargo. Está formulado así:

"La sentencia materia de este recurso incurrió en infracción directa violando los artículos 1º, 8º y 11 de la Ley 6ª de 1945; artículos 2º y 3º de la Ley 64 de 1946, artículos 4º, 20, 37, 40, 43 y 51 del Decreto 2127 de 1945, artículos 1º, parágrafo 2º del Decreto 797 de 1949, artículos 1625, numeral 1º y 1626 del Código Civil y artículos 474 y 473 del Código Judicial en concordancia con el artículo 145 del Código de Procedimiento Laboral".

Dice el impugnador que "la sentencia incurrió en tal error por omisión o comisión de las disposiciones citadas en el cargo. Por omisión por dejar de aplicar las que ha debido aplicar y por comisión, por que aplicó las que no ha debido aplicar".

Expresa en seguida cuales fueron las normas a las que no se dio aplicación y las que aplicó el Tribunal no debiendo hacerlo.

Observa que es lucro cesante, lo que se entiende por pensión de jubilación y cual es la causa de la indemnización moratoria. Disertó sobre la cosa juzgada. Vuelve a decir en este ataque como en el anterior que este juicio comparándolo con el que se siguió por pensión de jubilación tiene un objeto y una causa petendi distintos, y que por tanto, no se ha configurado la excepción de cosa juzgada.

Copia un pasaje de la sentencia gravada. Dice que el Tribunal dio por demostrados los extremos del contrato de trabajo que existió entre Herrera y la Fábrica de Licores de Cundinamarca y que en consecuencia "dio por demostrado que Luis Bernardo Herrera Moncayo, fue despedido faltándole 5 meses y 4 días, esto es 154 días para cumplir el último plazo presuntivo de 6 meses, dada que su última prórroga automática se había iniciado el 26 de enero de 1967", y que entonces, aceptaba el *ad quem,* que la demandada debía pagar al actor "los salarios correspondientes a dicho tiempo faltante".

Finaliza manifestando que el fallador concluyó contrariamente y aplicó al caso debatido normas inexistentes, "de modo pues, que, no es que la omisión en aplicar las normas que ha debido aplicar, tenga su origen en que dichas normas no sean claras, sino más bien en que el honorable Tribunal tenía la voluntad de no aplicarlas por su prurito de absolver a la Empresa de Licores de Cundinamarca".

Se considera.

La violación de la ley por vía directa, en cualquiera de sus tres modalidades, infracción directa, aplicación indebida o interpretación errónea, excluye la posibilidad de discutir o plantear situaciones fácticas.

En este cargo, el casacionista al referirse a la cosa juzgada, excepción que declaró probada el

Tribunal tanto para la petición de lucro cesante como para la indemnización moratoria, dice: "Por ello la sentencia no podía incurrir en dicha omisión y comisión legal tanto más que lo discutido en el juicio actual es distinto por su objeto y su causa petendi al juicio definido respecto a la pensión de jubilación y a la indemnización moratoria por el no pago de dicha prestación social".

Lo que plantea pues el recurrente no puede definirse sino con examen de pruebas, en este caso las sentencias que decretaron a favor de Herrera pensión vitalicia de jubilación. Plantea pues el censor una situación fáctica incompatible desde luego con la formulación del cargo por infracción directa.

Pero si pudiera superarse este error en la formulación del ataque, encuentra la Corte que el impugnante no se preocupó por demostrar por qué no eran incompatibles el pago de la pensión de jubilación y el del lucro cesante.

Este soporte del fallo —la incompatibilidad entre los dos derechos— queda en pie y por tanto el cargo tampoco prospera.

Teniendo en cuenta que al examinar el primer ataque se dio la razón al recurrente respecto a la comisión por parte del Tribunal de varios errores de hecho evidentes y aunque esto no fue suficiente para quebrar el fallo por lo que allí se dijo, no se condenará al impugnante en las costas del recurso.

Por lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia de fecha 18 de diciembre de 1970 dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio seguido por Luis Bernardo Herrera Moncayo contra la Empresa de Licores de Cundinamarca.

Sin costas en el recurso.

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.

PRESCRIPCION

Señala pues el Código Sustantivo del Trabajo el término de prescripción de acciones pero no se ocupa en detalle de dar normas sobre la manera como se opera este fenómeno, con excepción de indicar cómo se interrumpe aquella. (Art. 489 ibídem).—En estas circunstancias y con fundamento en el artículo 145 Código Procesal Laboral, ha debido aplicarse por analogía lo dispuesto en el texto 343 de la Ley 105 de 1931, vigente en el momento en que se interpuso el recurso extraordinario de casación. Dice esta norma: "Cuando el Juez halle justificados los hechos que constituyen una excepción perentoria aunque esta no se haya propuesto ni alegado, debe reconocerla en la sentencia y fallar el pleito en consonancia con la excepción reconocida, salvo la de prescripción que debe siempre proponerse o alegarse".

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., abril once (11) de mil novecientos setenta y dos (1972).

(Magistrado ponente: doctor Jorge Gaviria Salazar).

Sección primera. - Acta número 12.

Alcibiades Hernández López por conducto de apoderado, demandó a Luis Estrada Lotero para que mediante los trámites del juicio ordinario laboral, fuere condenado a pagarle vacaciones, cesantía, primas de servicio y dominicales y festivos correspondientes a 32 años de servicio, liquidados estos derechos con base en un salario de $ 450.00 mensuales, la indemnización por despido sin justa causa, los "salarios caídos", y a la cancelación de todo "valor a que haya lugar y que se deduzca de los hechos acreditados" en el juicio.

El apoderado del actor indicó como fundamentos de las pretensiones de aquél, los siguientes:

"*Primero.* El señor Alcibiades Hernández López le prestó sus servicios personales bajo relación contractual de trabajo al señor Luis Estrada Lotero, en la finca o hacienda de propiedad de éste denominada Patio Bonito, situada en esta jurisdicción, donde desempeñaba las labores de limpieza de caña, resiembra de la misma, cargar y regar semilla de caña y muchas otras actividades.

"*Segundo.* El señor Alcibiades Hernández López le prestó los ameritados servicios al señor Luis Estrada Lotero por un tiempo de treinta y dos años (32), en forma ininterrumpida que se cuentan el 29 de julio de 1937 hasta el 24 de julio de 1969.

"*Tercero.* El señor Alcibiades Hernández López en la fecha de su retiro devengaba un salario diario de quince pesos ($ 15.00) moneda corriente, lo que equivale a un salario mensual de cuatrocientos cincuenta pesos ($ 450.00) moneda corriente.

"*Cuarto.* El patrono, señor Luis Estrada Lotero en forma intempestiva, manifestó a mi mandante que no había más trabajo para él en la finca, y por lo tanto debía retirarse.

"*Quinto.* El patrono señor Luis Estrada Lotero debe a mi mandante, señor Alcibiades Hernández López las siguientes prestaciones sociales: a) Las vacaciones de todo el tiempo de servicios, pues nunca le dio este descanso legal, y por lo tanto debe ser condenado a su pago. b) Le debe todas las primas de servicios correspondientes a los 32 años de servicios, pues nunca le pagó esta prestación social. c) La cesantía correspondiente a 32 años de servicios. d) Le adeuda los dominicales y días festivos, nunca le fueron pagados, además le debe la indemnización por despido sin justa causa.

"*Sexto.* El señor Alcibiades Hernández López me ha otorgado poder para iniciar esta acción y adelantar el juicio respectivo".

En derecho se apoyó en los artículos 186 y ss., 306 y ss., 247, 248, 289, 290, 291, 293 y 294 del

Código Sustantivo del Trabajo y en el Decreto 2351 de 1965.

Ante el Juez 2º del Trabajo de Palmira que conoció del juicio, el demandado asistido de apoderado contestó la demanda, negando las razones, las causas o el derecho del libelo; se opuso a que fueran hechas las "declaraciones" en él formuladas, y en cuanto a los hechos los respondió así:

"*Al primero.* No es cierto. Lo niego. El demandante deberá probarlo suficientemente. Lo que sucede es que el demandante señor Hernández López sí trabajó para mi poderdante pero en forma ocasional y transitoria unas veces; y como contratista independiente otras, en limpiezas de surcos de caña por determinadas sumas globales que se le pagaba religiosamente una vez cumplidos dichos contratos.

"*Al segundo.* No es cierto. Lo niego ya que considero que el demandante le ha asaltado la buena fe a su apoderado para que relacione un período de tiempo laborado que no se ajusta a la verdad.

"*Al tercero.* No es cierto. El demandante deberá probarlo.

"*Al cuarto.* No es cierto. Lo niego.

"*Al quinto.* No es cierto. Se trata de cargos acomodaticios que le ha proporcionado el demandante a su apoderado".

Propuso además las excepciones de inexistencia de las obligaciones demandadas y falsedad de los hechos relacionados en la demanda.

Tramitado el proceso se le puso fin en primera instancia por sentencia de 26 de noviembre de 1970, en la que se aceptó la existencia entre las partes de un contrato de trabajo cuya duración fue de 5 años, 5 meses y 26 días, el cual terminó el 24 de julio de 1969. Con fundamento en lo anterior y aplicando como salario el mínimo de $ 11.20, el Juzgado resolvió:

"1º *Condenar,* como en efecto condena al señor Luis Estrada Lotero, quien se identifica con la cédula de ciudadanía número 2603883 de esta ciudad, al pago en favor de su extrabajador señor Alcibiades Hernández López, de las siguientes cantidades de dinero y por los conceptos siguientes:

"a) Un mil ochocientos cuarenta y cuatro pesos con veintiséis centavos ($ 1.844.26) moneda corriente, por concepto de cesantía.

"b) Un mil ocho pesos ($ 1.008) moneda corriente, por concepto de prima de servicios.

"c) Trescientos treinta y seis pesos ($ 336.00) moneda corriente, por concepto de vacaciones.

"d) Un mil trescientos cincuenta y cinco pesos con veinte centavos ($ 1.355.20), por concepto de salarios caídos.

"2º *Absolver,* como en efecto se absuelve el mismo demandado señor Luis Estrada Lotero, del pago de ninguna cantidad de dinero en favor de su extrabajador señor Alcibiades Hernández López, por concepto de:

"a) Dominicales y festivos.

"b) Indemnización por despido.

"3º *Dedúzcase* de las cantidades a pagar la suma de dos mil pesos ($ 2.000) moneda corriente, por haber sido consignada por el demandado ante este Juzgado, según título número B-486610, del 3 de agosto del corriente año y por concepto de prestaciones sociales.

"4º *Con costas parciales* a cargo de la parte demandada".

Contra la anterior providencia interpuso recurso de apelación el apoderado del demandante y el Tribunal Superior de Cali lo resolvió en fallo de 29 de abril de 1971, confirmando el del *a quo,* por las mismas razones allí expuestas.

El representante judicial del actor propuso recurso de casación contra la resolución del Tribunal y habiéndole sido concedido lo admitió posteriormente la Corte.

El remedio extraordinario lo sustentó en tiempo el recurrente y la demanda no fue replicada.

El recurso.

Se encamina a obtener "la casación total de la sentencia acusada", para que la Corte, en sede de instancia, modifique los literales b) y c) del numeral primero de la de primer grado, en el sentido de aumentar las condenaciones por primas de servicio y vacaciones a las cantidades de $ 1.648 y $ 924.00 respectivamente; y el literal d) del mismo numeral en el sentido de disponer que la indemnización moratoria será igual a $ 11.20 diarios, desde el 24 de julio de 1969 hasta cuando se realice el pago de todas las acreencias, o, en subsidio, hasta el día 3 de agosto de 1970, fecha de la consignación, y modifique igualmente el numeral cuarto, en el sentido de condenar al demandado al pago de la totalidad de las costas de la primera instancia y le imponga también las de la segunda.

Debe observarse, antes de examinar la acusación, que el petitum de la demanda es impropio, pues no puede pedirse la infirmación total del fallo del *ad quem,* cuando éste solo se limitó a confirmar el de primer grado que contiene a favor del único apelante y recurrente en casa-

ción condenas por primas de servicio, vacaciones e indemnización moratoria. Como lo que pretende con este remedio extraordinario es que la Corte en sede de instancia, aumente las condenas por estos conceptos, debe entenderse que el fin del recurso es la casación parcial de la sentencia del Tribunal de Cali.

Motivos de casación.

El impugnante señala como tales los indicados en el numeral 1º del artículo 60 del Decreto 528 de 1964, y formula tres cargos que pasan a estudiarse en el orden en que fueron propuestos.

Primer cargo.

El fallo, dice el recurrente, "es violatorio por infracción directa, del artículo 343 del Código Judicial, por falta de aplicación, en relación con los artículos 1625 y 2535 del Código Civil y 151 del Código Procesal Laboral y 488 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo, por aplicación indebida".

Para demostrar este ataque dice el impugnante:

"El sentenciador que acoge en su integridad los razonamientos del *a quo* da por establecido, y el recurrente no lo discute, que el trabajador prestó servicios durante 5 años, 5 meses y 26 días; que no se le pagaron primas de servicio durante todo ese tiempo y que las únicas excepciones alegadas por el demandado, fueron las de 'inexistencia de la obligación y falsedad de los hechos relacionados a la demanda'.

"No obstante lo anterior, solamente condena a pagar las primas correspondientes a los tres últimos años, pues estima que las causadas en el lapso precedente se extinguieron por prescripción y así lo declara de manera oficiosa".

"El artículo 343 del Código Judicial es claro en cuanto dispone que la excepción de prescripción no puede ser reconocida de oficio por el Juez, pues debe siempre proponerse o alegarse. Si el fallador la reconoció sin que se diera esta circunstancia fue porque ignoró la norma o porque se rebeló contra ella, infringiéndola así directamente. Y, como consecuencia de esta transgresión, violó también, por aplicación indebida, las demás disposiciones que cita la censura; las relativas al fenómeno prescriptivo por no ser pertinentes y la relacionada con la prima, por no haberle hecho producir todos sus efectos.

Estas violaciones incidieron en la parte resolutiva del fallo, ya que sin ellas la condena se habría hecho por las primas correspondientes a todo el tiempo de servicio".

Se considera.

Como lo observa el recurrente, el fallador al acoger en su totalidad los argumentos del Juez de primera instancia, da por establecido que Hernández López prestó servicios a Luis Estrada Lotero durante 5 años, 5 meses y 26 días, que durante ese tiempo no se le pagaron primas de servicio y que el demandado solamente propuso las excepciones de "inexistencia de la obligación y falsedad de los hechos relacionados a (sic) la demanda".

El demandado al conformarse con lo resuelto en la sentencia de primer grado, aceptó igualmente que la prestación de servicios de Hernández lo fue en virtud de contrato verbal de trabajo y que su salario fue de $ 11.20 diarios, cuestión esta última que tampoco controvierte el impugnante.

No obstante lo anterior, el *ad quem* sostiene en el fallo acusado que el actor solo tiene derecho al pago de las primas de servicio de los tres últimos años pues afirma que las demás se extinguieron en virtud de la prescripción, y por esta razón, solo condena por este extremo del litigio a pagarle la suma de $ 1.008 moneda corriente.

El artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo dispone como regla general que las acciones correspondientes a los derechos que él regula "prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se ha hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto".

Señala pues el Código Sustantivo del Trabajo el término de prescripción de acciones pero no se ocupa en detalle de dar normas sobre la manera como se opera este fenómeno, con excepción de indicar cómo se interrumpe aquella (Art. 489 ibídem).

En estas circunstancias y con fundamento en el artículo 145 Código Procesal Laboral, ha debido aplicarse por analogía lo dispuesto en el texto 343 de la Ley 105 de 1931, vigente en el momento en que se interpuso el recurso extraordinario de casación. Dice esta norma:

"Cuando el Juez halle justificados los hechos que constituyen una excepción perentoria aunque esta no se haya propuesto ni alegado, debe reconocerla en la sentencia y fallar el pleito en consonancia con la excepción reconocida, salvo la de prescripción que debe siempre proponerse o alegarse" (*subraya la Sala*).

El contexto de esta disposición indica que la excepción perentoria de prescripción no puede declararse de oficio por el Juez, es decir, sin que haya sido propuesta o alegada.

En el sub lite el Tribunal parte de la base de que el demandado solo propuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones y falsedad de los hechos del libelo, no obstante lo cual prohija el razonamiento del *a quo,* que al respecto expresó:

"*Prima de servicios.* El trabajador demandante tiene derecho a esta prestación desde el segundo semestre de 1966, es decir, 3 años atrás de haber terminado el contrato, ya que de acuerdo al artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo las acciones correspondientes a los derechos regulados en este Código prescriben en 3 años y que se cuentan desde que la respectiva obligación se hace exigible. Por consiguiente, las primas anteriores a la fecha indicada a que tenía derecho el trabajador, han prescrito de acuerdo a esta disposición. Corresponde por el tiempo restante y teniendo en cuenta el sueldo devengado, la suma de $ 1.008 moneda corriente".

Ignoró pues el Tribunal el artículo 343 de la Ley 105 de 1931 lo cual lo llevó a dejar de aplicarlo, configurándose así su violación. Esta infracción medio le llevó a su turno a violar las normas citadas por el impugnante especialmente los artículos 488 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo por aplicación de los mismos a un caso no regulado por ellos, pues si bien es cierto que en razón del tiempo de duración del contrato de trabajo, había algunas primas de servicio correspondientes a tiempo anterior a 1966, el demandado no pidió que se declarara probada la excepción de prescripción y en consecuencia, la condena a esta prestación no ha debido limitarse a las de los últimos tres años.

El ataque prospera y en la decisión de instancia se hará la modificación del caso a la sentencia del *a quo.*

Segundo cargo.

Está enunciado así:

"La sentencia viola, por interpretación errónea, el artículo 190 del Código Sustantivo del Trabajo (modificado por el artículo 6º del D. 13 de 1967) y, por falta de aplicación los artículos 186 y 189 *ibídem,* subrogado por el artículo 14 del Decreto 2351 de 1965".

En la demostración del ataque, el recurrente se expresa así:

"El Tribunal, al hacer suyos los argumentos del Juzgado, razonó así:

"El trabajador tiene derecho a que se le reconozca esta prestación por los dos últimos años de servicios, ya que según lo prescrito en el artículo 190 del Código Sustantivo del Trabajo las partes pueden convenir en acumular los días restantes de vacaciones, hasta por dos años, y si pasado este término no se disfrutan en la forma establecida por la ley, se pierde el derecho a éllas. Por consiguiente, el demandante tiene derecho a la siguiente cantidad: $ 336.00 equivalente a un mes de sueldo, o sea , 15 días por cada año".

"Tal interpretación del citado ordenamiento es abiertamente equivocado, pues ninguna de sus expresiones permite entender que la permisión para acumular las vacaciones hasta de dos años conlleve para el trabajador la pérdida del derecho a vacaciones por el tiempo excedente. La norma se limita a permitir la expresada acumulación sin señalar sanción específica para el caso de que se acumulen vacaciones por más de ese tiempo, y menos a cargo del trabajador. Todo lo contrario, si se la entiende correctamente debe armonizársela con los preceptos 186 y 187 *ibídem,* no tenidos en cuenta por el fallador, según los cuales el derecho a favor del trabajador se causa por cada año de servicio y el patrono tiene la obligación de reconocerlo y otorgar las vacaciones inmediatamente, o a más tardar dentro del año subsiguiente. Cuando se acumulan vacaciones por más de dos años es el patrono, y no el trabajador, quien deja de cumplir con sus obligaciones y es, por tanto, aquel, y no éste, el sujeto pasivo de las sanciones a que tal incumplimiento dé lugar.

"Las cuestionadas sanciones son las previstas en el artículo 189 del citado estatuto —que el sentenciador no aplicó como consecuencia de aquella equivocada interpretación violándola también— conforme al cual cuando el contrato de trabajo termina sin que el trabajador hubiere disfrutado de vacaciones, el patrono está obligado a compensarlas en dinero, con base en último salario devengado (ya no con el percibido en el momento en que se fueron causando), a razón de 15 días de salario por cada año servido y proporcionalmente por fracción de año, siempre que ésta exceda de seis meses.

"La incidencia de estas violaciones en la decisión impugnada es manifiesta, pues sin ellas la condena no se habría limitado a dos períodos de vacaciones, sino que se habría extendido a todos los que corresponden al tiempo de servicio establecido en los autos".

Se considera. El Tribunal Superior de Cali en la sentencia gravada, aceptó la tesis del *a quo,* según la cual en el caso de acumulación de vacaciones hasta por dos años, si no se disfrutan pasado este término, en la forma establecida en la ley, "se pierde el derecho a ellas".

De bulto aparece el equivocado entendimiento de los juzgadores sobre el artículo 190 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el Decreto 13 de 1967.

Esta norma simplemente hace obligatorio que el trabajador goce anualmente por lo menos de seis días de vacaciones causadas que no son acumulables y autoriza que los restantes días sí puedan serlo hasta por dos o cuatro años, en su caso, pero en ninguna parte de su texto, se dice que si no se disfrutan las pierde el trabajador.

Las vacaciones como descanso especial, normalmente deben disfrutarse al año siguiente al que se causan, pero si de ellas no se hace uso y termine el contrato, deben ser compensadas en dinero en la forma establecida por el artículo 14 del Decreto 2351 de 1965, que subrogó el 189 del Código Sustantivo del Trabajo.

Las vacaciones se pierden solamente por prescripción, ya del descanso y remuneración del mismo o de su compensación en dinero, según el caso. Nunca porque acumuladas, no se haga uso de las mismas.

La exégesis equivocada del Tribunal sobre el artículo 6º del Decreto 13 de 1967, que modificó el 190 del Código Sustantivo del Trabajo lo llevó a violar por aplicación indebida el artículo 186 *ibídem* y el 14 del Decreto 2351 de 1965 que subrogó el 189 de aquel estatuto.

Prospera el cargo y en el fallo de instancia se procederá a modificar lo resuelto en la sentencia de primer grado, teniendo en cuenta las consideraciones hechas antes.

Tercer cargo.

Lo formula el recurrente, así:

"El fallo acusado viola indirectamente, por aplicación indebida, el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, a consecuencia de evidentes errores de hecho en que incurrió el sentenciador por haber apreciado equivocadamente el escrito de demanda y la diligencia de notificación del auto admisorio de la misma, las comunicaciones de 11 de septiembre y 29 de octubre de 1970, suscritas por el Jefe del Departamento de Riesgos del Instituto Colombiano de Seguros Sociales (folios 48 y 50), y las diligencias de consignación de folios 39 y vuelto".

Para el censor los errores del Tribunal consistieron en:

"a) Haber dado por demostrado, sin estarlo, que durante el tiempo comprendido entre la terminación del contrato y la presentación de la demanda, 'las partes hacían un acuerdo al respecto entre lo que se debe y lo cobrado por el trabajador'.

"b) Haber tenido como probado no estándolo que el tiempo de ocho (8) meses y nueve (9) días transcurridos entre la terminación del contrato (24 de julio de 1969) y la notificación del auto admisorio de la demanda (2 de abril de 1970) constituyen plazo razonable y factor configurante de buena fe patronal".

"c) Haber dado por demostrado, sin estarlo, que la consignación hecha por el demandado el 3 de agosto de 1970 tiene poder liberatorio y lo exonera del pago de la sanción por mora de esa fecha en adelante".

En la demostración del ataque dice el impugnador que también para decidir este extremo de la litis el Tribunal acogió los razonamientos del Juzgado. Dedujo, pues, agrega, de las probanzas reseñadas que tienen el carácter de documentos auténticos y las cuales le sirvieron para establecer las fechas de terminación del contrato, de la notificación del auto admisorio de la demanda y de la consignación, que las partes durante el lapso comprendido entre las dos primeras fechas (8 meses y 9 días), había estado discutiendo acerca del monto de la deuda laboral y que el patrono solo había llegado a tener conocimiento de que el acuerdo no era posible cuando se le notificó que se le había demandado. Estimó por tanto, dice el recurrente, que dicho lapso debía tomarse como plazo razonable, conforme a la jurisprudencia de la Corte, que cita, excluyente del elemento mala fe y, por lo mismo, exonerante de la obligación de pagar indemnización por mora.

"Continúa el recurrente manifestando que las referidas pruebas se limitan a acreditar que el contrato que ató a las partes expiró en una determinada fecha, que en otra se notificó el auto admisorio de la demanda y que en otra posterior el demandado consignó una pequeña parte de lo que debía por concepto de prestaciones sociales. Más ninguna de ellas, ni todas en conjunto, permiten establecer que durante el tiempo cuestionado patrono y trabajador estuvieron procurando un arreglo amistoso y discutiendo, con tal finalidad, la cuantía y condiciones del presunto acuerdo. De ahí que la apreciación que el fallador hizo de esas pruebas sea totalmente equivocada, como lo son también, de manera ostensible, las conclusiones a que llegó y que aparecen puntualizadas en los literales a) y b) de esta acusación. Errores éstos que incidieron en la parte resolutiva del fallo, pues sin ellos se habría tomado como punto de partida para la indemnización moratoria la fecha de

terminación del contrato y no la de la notificación del auto que admitió la demanda.

"Y fue también equivocada, aunque desde otro punto de vista, la estimación que hizo el juzgador de las mismas pruebas singularizadas, en especial de la de folio 39, pues resulta manifiesto que la suma consignada no guarda proporción con la que realmente se debía y apenas alcanza para cubrir el auxilio de cesantía. Dejó por fuera las primas de servicios y las vacaciones y es, frente al monto total de lo debido, verdaderamente irrisoria. El patrono no se libera con el pago o la consignación de una sola de las prestaciones que adeuda; su obligación es la de pagar todo lo que debe y mientras no lo haga el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo debe ser aplicado en todo su rigor. 'El pago que debe efectuar el patrono a la terminación del contrato de trabajo, ha de abarcar todas y cada una de las prestaciones sociales; si una o varias de ellas no son pagadas incurre el patrono en la sanción consagrada en el artículo 65 precitado', ha dicho la honorable Corte. (Cas. febrero 24/70).

"Si se atiende únicamente al tiempo de servicio que los juzgadores de instancia tuvieron como acreditado y se observa que el demandado no podía ignorar, por lo menos, la existencia de este tiempo, puesto que fue él quien lo inscribió como trabajador suyo en el Instituto Colombiano de Seguros Sociales el 28 de enero de 1964, resulta protuberante que tampoco podía ignorar que el trabajador tenía derecho al pago de cesantía, primas de servicio y vacaciones, ni el valor total de estas prestaciones. Cuando el tiempo de servicio ni el salario pueden ser puestos en duda por el empleador, no es de recibo la consignación caprichosa o arbitraria de cualquier suma de dinero so pretexto de que esa es la que 'cree deber' pues todo error en este caso resulta inexcusable. La consignación debe comprender el valor de lo debido. De consiguiente, al limitar el fallador la condena por indemnización moratoria a la fecha en que el demandado consignó arbitraria y maliciosamente —puesto que se abstuvo de especificar los conceptos por los cuales lo hacía— incurrió en yerro en la apreciación de las pruebas relacionadas y en el evidente error de hecho a que se alude el literal c)".

Se considera.

El recurrente dice en el cargo que el *ad quem* estimó equivocadamente el escrito de demanda, la diligencia de notificación del auto admisorio de la misma, las comunicaciones de folios 48 y 50 y las diligencias de consignación de folio 39 y vuelto, elementos del proceso que dice tienen el carácter de "documentos auténticos".

Reiteradamente ha dicho la Corte que el escrito de demanda no tiene tal calidad. El constituye sin duda, pieza esencial del proceso ya que es la petición con que se inicia un juicio y en donde el actor expone sus pretensiones; pero en sí misma no es el medio legal conocido con el nombre de prueba literal, aunque puede contener la confesión del demandante sobre hechos que le perjudiquen y favorezcan a su contrario, lo que también constituye un medio diferente a la citada literal.

En estas condiciones no puede afirmarse que sea un documento auténtico, en el sentido así precisado, y en consecuencia no procede la censura de que como tal fue erróneamente apreciado. Cosa similar puede decirse respecto a la diligencia de notificación del auto admisorio del libelo, que es una actuación procesal y no puede equiparse a documento auténtico.

En cuanto a la pieza de folio 50 que el recurrente afirma fue equivocadamente apreciado por el fallador, encuentra la Sala que ni siquiera fue mencionada por los juzgadores de instancia, lo cual indica que en relación con ella no se produjo errada interpretación, sino que no fue estimada.

En cambio, las pruebas de los folios 39 y vuelto y 48, sí aparecen mal apreciadas por el Tribunal.

La primera contiene la confesión del demandado de deber una suma de dinero al actor por prestaciones en razón de servicios prestados por el segundo a Estrada Lotero y que éste negó en un principio que lo hubieran sido en virtud de un contrato de trabajo verbal a término indefinido.

La del folio 48 contiene un informe o certificación del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, Seccional del Valle del Cauca, sobre el hecho de que por cuenta de la Hacienda Patio Bonito de Luis Estrada Lotero, se inscribió en el Instituto Colombiano de Seguros Sociales al señor Hernández López como trabajador de aquel desde el 28 de enero de 1964.

Con ninguna de estas dos probanzas se demuestra que desde la terminación del contrato de trabajo, el 24 de julio de 1969 hasta el 2 de abril de 1970, las partes en litigio trataran, en conversaciones sostenidas entre ellas, de acordar la cuantía de las prestaciones adeudadas por Estrada a Hernández, sin que hubieran logrado aquel objetivo, como lo afirman los juzgadores de instancia ni que, como también lo sostiene

la sentencia gravada, el tiempo transcurrido entre la finalización del vínculo y la notificación al demandado del auto admisorio del libelo constituya plazo razonable para pagar las prestaciones debidas o consignar lo que por tal concepto creyó deber Estrada al actor.

Resalta entonces la comisión por parte del Tribunal de los dos primeros errores de hecho que le imputa el recurrente al *ad quem*, o sea: "Haber dado por demostrado, sin estarlo, que durante el tiempo comprendido entre la terminación del contrato y la presentación de la demanda" las partes hacían un acuerdo al respecto entre lo que se debe y lo cobrado por el trabajador y "haber tenido como probado, no estándolo que el tiempo de ocho (8) meses y nueve (9) días transcurrido entre la terminación del contrato (24 de julio de 1969) y la notificación del auto admisorio de la demanda (2 de abril de 1970) constituye plazo razonable y factor configurante de buena fe patronal".

El ataque prospera en esta parte y como los errores evidentes de hecho cometidos por el Tribunal incidieron en la resolución judicial que solo condenó a indemnización moratoria, desde el 2 de abril de 1970 en el fallo de instancia se condenará a tal indemnización desde el 24 de julio de 1969, en que terminó el contrato de trabajo.

Respecto al tercer error de hecho indicado por el acusador, no resulta demostrado con solo las pruebas que se analizaron.

En efecto, no puede aceptarse como cuestión absoluta que en la consignación que haga el patrono de deudas laborales que tenga para con su trabajador, el pago por este medio tenga que ser igual a las condenas deducidas por concepto de prestaciones y salario en un juicio. La consignación debe guardar proporción con ellas. En el sub lite, el juzgado condenó a cesantía, primas de servicio y vacaciones por un valor global de $ 3.188.26 y esta condena fue confirmada por el Tribunal.

Entonces la consignación por la suma de $ 2.000 por prestaciones sociales que hizo Estrada a favor de Hernández López no puede considerarse mayormente desproporcionada a la condena hecha por los juzgadores, máxime si se tiene en cuenta que no existió en el plenario la prueba del salario real devengado por el actor y que, aunque no se demostró, el demandado alegó en su defensa que aquél le prestó servicios en forma discontinua.

La Corte considera que el ataque no destruye la apreciación del Tribunal acerca del poder liberatorio de la consignación de autos.

El cargo no prospera en este aspecto.

Consideraciones de instancia.

I. Aparecen establecidos la existencia del contrato de trabajo entre Alcibiades Hernández López y Luis Estrada Lotero, su duración entre el 28 de enero de 1964 y el 24 de julio de 1969, y el salario que fue de $ 11.20 diarios, o $ 366.00 mensuales.

II. No se demostró que el actor le hubiera pagado al demandado el valor de las primas de servicio durante los 5 años, 5 meses y 26 días en que le prestó servicios.

III. Tampoco se probó que Estrada Lotero hubiera cancelado a Hernández el valor en dinero de las vacaciones causadas correspondientes a 5 años de labores.

IV. El demandado no interpuso ni alegó la excepción perentoria de prescripción respecto a primas de servicio, no obstante lo cual el juez de primera instancia la declaró probada de oficio.

V. Como la excepción de prescripción no puede declararse de esa manera, según lo dispuesto por el artículo 343 de la Ley 105 de 1931, vigente cuando se dictó la sentencia de primera instancia, deberá modificarse ésta en el ordinal b) de su numeral primero, para hacer la condena por las primas correspondientes a la parte proporcional del primer semestre de 1964 y por los correspondientes al tiempo servido en los demás, hasta el 30 de junio de 1969, liquidadas a razón de $ 11.20 diarios o $ 366.00 mensuales, lo que da un total de $ 1.844.91 y no de $ 1.008 como resolvió el a quo.

VI. En materia de vacaciones el actor no las disfrutó vigente el contrato de trabajo y en consecuencia tiene derecho a la compensación en dinero de 15 días por cada año de servicios, ya que tampoco y en relación con ellas el demandado propuso ni alegó la excepción de prescripción.

VII. El Juez de primera instancia solo condenó al pago en dinero de los períodos de vacaciones, considerando en forma desacertada que cuando estas se acumulan por dos años al término de los cuales no se hace uso de ellas, las pierde el trabajador. Como esta tesis es errónea se impone para corregirla, decretar el pago o compensación en dinero de 15 días de salario por cada año de servicios, en la forma indicada en el punto anterior. En consecuencia, y dando aplicación al artículo 14 del Decreto 2351 de 1965, se condenará al demandado a pagar al actor en relación con esta pretensión del libelo, la suma de $ 840.00 en vez de $ 366.00 cantidad que por este concepto condenó el a quo.

VIII. De conformidad con el artículo 65 Código Sustantivo del Trabajo, el patrono está obligado a la terminación del contrato, a pagar a su trabajador los salarios y prestaciones sociales que le adeude, o a consignar lo que por estos conceptos confiese deberle. Si no paga o no consigna debe pagar al trabajador indemnización equivalente a un día de salario por cada uno de retardo.

IX. El contrato de trabajo que ligaba a las partes terminó el 24 de julio de 1969 y el patrono solo consignó lo que consideró deber a Hernández el 3 de agosto de 1970. En consecuencia, por concepto de indemnización moratoria, se condenará a Estrada Lotero a pagar a favor de Hernández la suma de $ 4.188.80, o sea un día de salario desde el 24 de julio de 1969 hasta el 2 de agosto inclusive de 1970, fecha en que el demandado consignó a favor de Hernández López lo que confesaba deberle, modificándose así lo dispuesto por el a quo *que solo condenó a esta indemnización desde la fecha de notificación del auto admisorio de la demanda hasta cuando se verificó la consignación de autos. En esta forma se modificará el ordinal c) del numeral primero del fallo de primer grado.*

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *casa parcialmente* el fallo proferido por el Tribunal Superior de Cali, en el juicio adelantado por Alcibiades Hernández López contra Luis Estrada Lotero, en cuanto al confirmar el del *ad quo* lo condenó a pagar al actor $ 1.008 por primas de servicios, $ 366.00 por vacaciones y $ 1.355.20 por indemnización moratoria y le impuso costas, y convertida en Tribunal de instancia, modifica la sentencia de primer grado, de 26 de noviembre de 1970, en los ordinales b), c) y d) de su numeral primero, en el sentido de condenar al demandado a pagar a Hernández López las cantidades de mil ochocientos cuarenta y cuatro pesos con noventa y un centavo ($ 1.844.91) por primas de servicio; ochocientos cuarenta pesos ($ 840.00), por compensación en dinero de vacaciones causadas y no disfrutadas y cuatro mil ciento ochenta y ocho pesos con ochenta centavos ($ 4.188.80) por indemnización moratoria y absuelve al apelante de las costas de la segunda instancia. *No la casa* en lo demás.

Sin costas en el recurso.

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.

TERMINACION LEGAL Y TERMINACION INJUSTA DEL CONTRATO DE TRABAJO

Adentrándose en el estudio que se le propone, la Corte entiende que de los modos de terminación del contrato laboral que establece el artículo 6º del Decreto 2351 de 1965 sólo constituye despido el de su literal h) que lo expresa en su concepción propia de decisión unilateral del patrono y en su equivalente jurídico de razones que obligan al trabajador a terminar el vínculo, en manifestación que, como la primera, recogen actos de voluntad muy diferentes del consentimiento común (literal b), o de la expiración del plazo pactado (literal c), o del convenio con referencia a la obra (literal d), o de que el trabajador no regrese a su empleo al desaparecer la causa de la supensión del contrato (literal i), como distintos son también los modos que obedecen a la muerte del trabajador (literal a), a la liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento (literal e), a la suspensión de actividades del patrono durante más de 120 días (literal f) y a la sentencia ejecutoriada (literal g).—Todos los anteriores son modos de terminación legal del contrato y como tales, en principio, no causan reparación de perjuicios.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., veintiuno de abril de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Juan Benavides Patrón).

Sala plena. - Acta número 3.

Se resuelve el recurso de casación interpuesto, mediante apoderado, por Carlos Enrique Narváez contra la sentencia que dictó el 9 de febrero de 1971 el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el ordinario de trabajo promovido por el recurrente contra la sociedad denominada Central Automotor Limitada.

El libelo inicial suplicó reintegro del trabajador a la empresa en las mismas condiciones de empleo de que gozaba al momento del despido y pago de los salarios dejados de percibir o la indemnización por terminación unilateral y sin justa causa del contrato laboral, alternativa ésta que indicó aconsejable; pensión proporcional de jubilación, a partir del cumplimiento de los 50 años de edad; reajuste de primas de servicios; indemnización moratoria, perjuicios morales y cuanto resultase *extra y ultra petita* más las costas del proceso.

Estas pretensiones se afirmaron en los hechos principales de que Narváez sirvió para la demandada, con un sueldo último de $ 6.000 mensuales, desde el 1º de septiembre de 1950 hasta el 28 de septiembre de 1968, fecha en la que fue despedido mediante carta del día anterior en que se le informó la clausura de actividades de la empresa, cierre cuyo permiso se había solicitado el 6 de mayo del mismo año, pero sin que el patrono cumpliera el artículo 466 Código Sustantivo del Trabajo; la compañía, en el momento de la terminación unilateral del contrato, no manifestó ninguna de las quince causales del artículo 7º, literal A), del Decreto 2351 de 1965 y no pagó, ni garantizó a juicio del Ministerio del Trabajo, la correspondiente indemnización del artículo 8º del mismo Decreto ni la pensión proporcional de la Ley 171 de 1961, a satisfacer desde el 3 de mayo de 1971, cuando Narváez cumpliría 50 años de edad. El 28 de septiembre de 1968 la empresa estaba en plena actividad comercial y el motivo de la clausura se manifestó por insolvencia económica, que no se debe a los trabajadores.

En la primera audiencia de trámite el demandante adicionó la demanda con peticiones sobre cesantía e indemnización moratoria conforme a hechos que relató en esa oportunidad

y que corren a los folios 88 a 90 del cuaderno indicado.

La sociedad demandada se opuso a las pretensiones del actor, por inexistencia de las obligaciones y en razón de todo hecho que resultase probado en el juicio.

Tramitada la controversia el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali, en fallo de 17 de enero de 1970 la resolvió así:

"*Primero.* Condenar a la empresa Central Automotor Limitada a pagar a favor del señor Carlos Enrique Narváez Santander o a quien sus derechos represente la suma de cinco mil ochocientos pesos ($ 5.800) a título de indemnización por la terminación intempestiva del contrato de trabajo.

"*Segundo.* Declarar probada oficiosamente la excepción perentoria de petición 'antes de tiempo' en cuanto a la pensión reducida de jubilación.

"*Tercero.* Absolver a la citada empresa de las demás reclamaciones.

"Costas parciales a cargo de la parte demandada".

Por apelación de los litigantes conoció el Tribunal Superior de Cali, entidad que en la providencia de la fecha ya expresada confirmó en todas sus partes la del *a quo*.

El recurso extraordinario.

El recurrente expresa el alcance de la impugnación así:

"Pretendo que se case la sentencia recurrida que en su parte resolutiva confirmó el fallo de fecha 17 de enero de 1971 (sic) dictado por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali, en cuanto en el numeral primero condenó a la sociedad demandada a pagar a Carlos Enrique Narváez Santander la suma de cinco mil ochocientos pesos ($ 5.800) moneda corriente, como indemnización por la terminación intempestiva del contrato de trabajo, por el numeral segundo declaró probada la 'excepción perentoria de petición antes de tiempo en cuanto a la pensión reducida de jubilación' y por el numeral tercero absolvió a la sociedad demandada de las 'demás reclamaciones' consignadas en la demanda y en función de instancia condene a Central Automotor Limitada a pagar al actor las cantidades de ciento once mil quinientos pesos ($ 111.500) moneda corriente, como indemnización por despido ilegal, cuatro mil cincuenta pesos ($ 4.050) moneda corriente mensual (sic) como pensión-sanción a partir del 3 de mayo de 1971, auxilio de cesantía definitiva, previa deducción de la suma de diez y seis mil seiscientos cuarenta y nueve pesos con 58/100 ($ 16.649.58) que le fue consignada judicialmente y la indemnización por mora a razón de doscientos pesos ($ 200.00) diarios a partir de la terminación del contrato que vinculó a las partes".

Para estos efectos formula tres cargos con fundamento en la causal 1ª, que se estudian en el orden en que han sido propuestos, así como las réplicas del opositor.

Primero.

Acusa interpretación errónea de los artículos 6º del Decreto 2351 de 1965 y 51 y 61 Código Sustantivo del Trabajo, "violación que condujo al Tribunal a no aplicar los artículos 466 del Código Sustantivo del Trabajo, 8º y 40 del Decreto 2351 de 1965 y 8º de la Ley 171 de 1961, violándolos también".

Para sustentar este ataque el recurrente manifiesta, con transcripción de pasajes pertinentes del fallo del *ad quem*, que éste no accedió a las peticiones sobre indemnización por despido injusto y pensión-sanción, por razones relativas a que el espíritu de los preceptos 51 y 61 Código Sustantivo del Trabajo y 6º del Decreto 2351 de 1965 excluye un cese automático que pueda tomar desprevenido al trabajador, pues conlleva el propósito de brindarle un término prudencial para buscar otros cauces a su actividad de trabajo, y si la empresa, en el caso presente, resolvió comunicar su clausura haciéndola efectiva de un día para otro, entonces debe asumir la sanción indemnizatoria condigna, o sea pagarle un mes de salario, como lo juzgó el *a quo;* y, respecto de la prestación mencionada, que si el contrato se extinguió cuando el actor no tenía 50 años de edad, se configuró el remedio exceptivo de la providencia apelada, consideraciones acerca de las cuales el acusador censura:

"El Tribunal, como se lee en los párrafos transcritos, considera que cuando el contrato de trabajo termina por clausura definitiva de la empresa, el patrono debe dar un aviso al trabajador en los términos del artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo, en virtud de lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 61 del mismo cuerpo legal, norma que considera vigente. Sin embargo, y en eso consiste la errónea interpretación de las normas enunciadas en la formulación del cargo, llega a la conclusión de que la omisión de dicho aviso no invalida el despido, sino que acarrea al patrono la indemnización a que se refiere el ordinal 3º del artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo.

"Mas la interpretación correcta de las normas citadas no es esa. Cuando el patrono recibe autorización para clausurar definitivamente la empresa debe dar aviso a sus trabajadores con un mes de anticipación, como lo consagra el inciso 2º del artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo que el fallador considera vigente. Si se omite este preaviso, que es el requisito previo e indispensable para que la terminación del contrato sea legal, el despido deviene injustificado, como reiteradamente lo ha sostenido la jurisprudencia, y el trabajador adquiere el derecho a las indemnizaciones legales que se derivan de la terminación unilateral e injustificada del contrato de trabajo".

De lo cual concluye que el Tribunal interpretó erróneamente los textos citados bajo este concepto y dejó de aplicar los otros, consagratorios de la indemnización por despido y de la denominada pensión-sanción, conclusiones que respalda en sentencia de la Corte producida en el negocio de Luis Arturo Vallejo contra Central Automotor Limitada de 26 de febrero de 1971, en la cual se citaron como antecedentes las de Wemwe Obermann contra Francisco Gil y Gregorio Sabariegos contra Empresa Edil Limitada, de fechas 14 de junio de 1956 y 30 de abril de 1960, en su orden.

Finalmente recuerda que los juzgadores de instancia aceptaron que el actor trabajó para la sociedad demandada durante 18 años y 27 días, el último sueldo fue de $ 6.000 y Narváez nació el 3 de mayo de 1921.

Para el opositor conviene dejar sentado como cuestión previa y de innegable trascendencia que la transgresión del último grupo de disposiciones que presenta el ataque y de las cuales se predica falta de aplicación es apenas una consecuencia de la infracción de las normas del primer grupo, de las que se afirma errónea interpretación, por lo cual si estas violaciones no tuvieron lugar tampoco pudieron ocurrir aquéllas ya que si no existe la causa mal puede existir el efecto, como seguramente lo entendió el recurrente, que se limitó a tratar de demostrar las primeras infracciones guardando absoluto silencio sobre las últimas. En seguida expresa que por el camino de la interpretación errónea no pudo haber violación de las tres primeras normas citadas pues el fallador no hizo ninguna exégesis ni comentarios acerca de ellas sino que las aplicó lisa y llanamente y que además el inciso 2º del artículo 61 Código Sustantivo del Trabajo dejó de tener vigencia a partir del 4 de septiembre de 1965, fecha de la expedición del citado Decreto 2351, por lo que no pudo ser quebrantado por errónea interpretación por el fallo recurrido. Y finalmente expresa:

"La discrepancia del impugnador con el fallo surge cuando en éste se señalan o determinan las consecuencias de aquel desconocimiento o violación del texto legal. Mientras que el impugnante piensa que esas consecuencias son las de que el rompimiento del contrato resulta ilegal e injusto y hay lugar al pago de la indemnización prevista para estos casos, el juzgador estima que no procede aquella calificación, que se trata de una irregularidad en la forma de terminar el contrato, que solo da ocasión al pago de una indemnización equivalente a los salarios de un mes.

"En la hipótesis de que la razón estuviera del lado del recurrente, la infracción que se afirma de aquellas normas no se habría originado en una errónea interpretación de ellas, sino en su indebida aplicación, por haberles hecho producir consecuencias distintas de las queridas por el legislador, o por no haberles hecho producir todas las previstas por él.

"La norma, sin duda alguna, en sí misma considerada, fue rectamente entendida por el juzgador. Si erró al fijar las consecuencias que se derivan de su incumplimiento es fenómeno que escapa al concepto de violación por interpretación errónea para caer en una de las modalidades del de aplicación indebida".

"De consiguiente, el cargo, mirado también por este aspecto, resulta ineficaz".

Se considera.

El cargo versa sobre los extremos de indemnización por despido injusto y pensión restringida de más de quince años, conforme a los textos 8º del Decreto 2351 de 1965 y 8º de la Ley 171 de 1961, que, junto con el 40 del Decreto mencionado y el 466 Código Sustantivo del Trabajo, el acusador estima infringidos por falta de aplicación, violación de ley que se produjo porque el Tribunal interpretó erróneamente los artículos 6º del dicho Decreto de 1965 y 51 y 61 del Código Sustantivo del Trabajo. Y para la mejor comprensión de los asuntos planteados por el recurrente y por el opositor conviene recordar que el Tribunal absolvió de la indemnización suplicada en la litis en razón de que al trabajador —que no fue despedido sin justa causa sino que su contrato terminó por clausura de la empresa— solo se le avisó este modo de terminación legal el día anterior a su ocurrencia, habiéndose cumplido sí los requisitos para la tal clausura, pero que por no habérsela preavisado con los treinta días debidos acarrea obligación de in-

demnizar los que faltaron, esto es, veintinueve días, que, con base en el salario devengado arrojan un valor de $ 5.800, como lo resolvió y liquidó el fallador de la primera instancia. Las apreciaciones probatorias respectivas, que no controvierte el ataque, se hallan a los folios 21 vuelto y 22 del cuaderno segundo y las razones de derecho en los párrafos siguientes, informadas en los artículos 6º del Decreto 2351 mencionado y 51, numeral 3º y 61, numeral 2º, del Código Sustantivo del Trabajo (Fls. 22, 22 v. y 23 del mismo cuaderno). En cuanto a la pensión restringida la confirmación del proveído del *a quo* obedece a que el trabajador no había cumplido 50 años de edad, "configurándose así el remedio exceptivo".

Debe observarse, en razón de las precisiones anteriores, que el cargo no cubre todos los propósitos expresados en el capítulo sobre el "alcance de la impugnación", que se transcribió, ya que sus textos legales y sú desarrollo se concretan en los dos extremos singularizados, y acerca del segundo, además, nada contiene que se refiera a la "petición antes de tiempo" en que se le resolvió.

En cuanto a sus asuntos ha de recalcarse que lo que el impugnador presenta como interpretación errónea es que se juzgue respecto de la clausura definitiva de la empresa, esto es, frente a este modo de terminación del contrato, que si el aviso no se ha dado con la antelación de treinta días se deben estos días o los dejados de dar; como en el caso de autos en número de 29, a título de indemnización, porque lo que debe entenderse es que por esa falta de preaviso, o por dar uno de tiempo menor, la terminación deviene injusta (o como dice el acusador, se invalida el despido) y se causa entonces la indemnización del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965 y, en su caso, la pensión restringida que también se apoya en la dicha terminación sin justa causa.

Para resolver acerca de todo lo anterior y concretamente de lo de autos, la Sala anota que sobre el supuesto no atacado de que el contrato de Narváez no terminó por despido sin justa causa carecen de toda posibilidad de aplicación los textos indemnizatorio y jubilatorio que se invocan, porque ellos requieren el hecho contrario; y que el problema de interpretación radica, no en el contenido de cada una de las normas que se indican violadas por tal concepto, que en sí mismas expresan lo que transcribió el fallador, sino en su comprensión de conjunto, relativa a que la clausura definitiva de la empresa es modo legal de terminación que no constituye decisión unilateral sin justa causa y que cuando dicha clausura se produce sin preaviso de treinta días lo que se causa, a título de indemnización, es el valor del mismo o el de los días que no se observaron. En este sentido es como se muestra estimable la acusación, por el concepto que exhibe.

Adentrándose en el estudio que se le propone, la Corte entiende que de los modos de terminación del contrato laboral que establece el artículo 6º del Decreto 2351 de 1965 solo constituye despido el de su literal h) que lo expresa en su concepción propia de decisión unilateral del patrono y en su equivalente jurídico de razones que obligan al trabajador a terminar el vínculo, en manifestación que, como la primera, recogen actos de voluntad muy diferentes del consentimiento común (literal b), o de la expiración del plazo pactado (literal c), o del convenido con referencia a la obra (literal d), o de que el trabajador no regrese a su empleo al desaparecer la causa de la suspensión del contrato (literal i), como distintos son también los modos que obedecen a la muerte del trabajador (literal a), a la liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento (literal e), a la suspensión de actividades del patrono durante más de 120 días (literal f) y a sentencia ejecutoriada (literal g). Todos los anteriores son modos de terminación legal del contrato y como tales, en principio, no causan reparación de perjuicios. Mas respecto de la decisión unilateral, y seguramente en razón de la voluntad que la determina y de la necesidad de reglarla, el legislador distinguió entre la que tuviera justa causa, concretándolas en el artículo 7º del dicho decreto, y toda otra no señalada por él, para crear derecho a indemnización por ésta, como lo hizo en sus regulaciones del artículo 8º ibídem. *Significa lo anterior que el despido tiene configuración propia, y únicamente se le sanciona cuando se produce sin justa causa, por lo que las indemnizaciones del precepto octavo mencionado solo se causan cuando el modo de terminación del contrato es esa decisión unilateral injusta. Sistema legal que difiere del establecido anteriormente por el Código de Trabajo, cuyo artículo 64 reparaba la ruptura unilateral e ilegal del contrato, al paso que el vigente lo que indemniza es la terminación unilateral sin justa causa. Lo que explica que la jurisprudencia elaborada por el Tribunal Supremo del Trabajo, que invoca el acusador, respecto de dicho Código, no sirva para situaciones que hoy difieren en su tratamiento legal, y que aun la producida por la Sala, en la sentencia que asimismo se cita, ceñida a aquella jurisprudencia, confunde la termina-*

ción ilegal con la injusta, lo que ha de revisarse en sentido de que la que indemniza el texto 8º en cita es la última, y la otra será sancionable, en su caso, pero por el régimen general de los perjuicios, con su prueba, o por las referencias específicas que el asunto tenga, en el suyo, o por uno y otras, pero no por las graduaciones y cuantías del estudiado precepto que sustituyó al 64 del Código Laboral.

Con lo anterior, la aspiración indemnizatoria del recurrente no prosperará, pues el contrato de autos no terminó por despido sin justa causa, sino por la clausura que apreció el *ad quem*, no pudiéndose confundir, en el campo de las normas en que se le propone, esos dos modos de terminación legal, y sin que, ante la ilicitud igualmente apreciada por el *ad quem* en razón de la inobservancia de un preaviso, se pueda aplicar el régimen indemnizatorio instituido para el despido sin justa causa.

En lo que se relaciona con el último aspecto aludido —sanción por inobservancia del preaviso— el Tribunal se valió del numeral 3º del artículo 51 Código Sustantivo del Trabajo, con invocación de su espíritu. Pero tiene razón el opositor al sostener —y así lo ha decidido la Corte— que tal regla dejó de regir por la expedición del Decreto 2351 de 1965, es decir, no estaba vigente para el caso *sub judice*, pues su referencia proviene del numeral 2 del artículo 61 Código Sustantivo del Trabajo y esta norma fue sustituida por el artículo 6º del dicho Decreto, que no reprodujo aquel ordenamiento 2 ni lo conservó implícitamente.

Interpretó, pues, y aplicó además el Tribunal, un texto que ya no regía para la situación de autos e hizo todo ello entendiendo que así lo disponía el numeral 2 del artículo 6º del Decreto 2351 de 1965 y tal exégesis infringe esas reglas legales. Pero el artículo 466 Código Sustantivo del Trabajo —que la Corte ha estimado vigente— obliga a avisar con antelación de un mes la clausura de labores, en empresas que no son de servicio público, modo de terminación del contrato de trabajo para el cual la sociedad de autos obtuvo el permiso correspondiente, en hecho cuya apreciación no se impugna. Y Central Automotor no cumplió con el preaviso debido. Se trata entonces de la inobservancia de un requisito de ley, propio del modo de terminación indicado y aun posterior a su calificación gubernamental, requisito que ha de cumplirse y cuya desatención debe sancionarse; pero que no transforma la causal de expiración del vínculo, no convierte en modo específico de ley en otro de causa diferente, por lo que no puede, en el *sub lite*, hablarse de despido, estimarse que la terminación devino injusta, con las consecuencias indemnizatorias que se han precisado para esta manera concreta de terminación del contrato. Habrá, pues, un incumplimiento de ley, un acto ilícito, pero en la ejecución final de un modo de terminación diferente, que no es despido, y la sanción que le corresponda, en ausencia de todo otro perjuicio también reparable, tiene que consistir en el resarcimiento del valor del tiempo respectivo, como se indemnizan en derecho las obligaciones de hacer, no cumplidas. Por estas razones y con el soporte legal expresado, la condena del *ad quem* cubrió, en últimas, el concepto y la cantidad de dinero debidos, y el cargo no puede lograr sus propósitos singularizados, por cuanto las normas estudiadas no autorizan el entendimiento sobre despido injusto del acusador, si bien su formulación ha permitido que la Sala, en pleno, exprese la exégesis y las aplicaciones correctas. La acusación no prospera.

Segundo cargo.

Acusa violación directa de los artículos 466 Código Sustantivo del Trabajo, 40 del Decreto 2351 de 1965 y 13 del Decreto reglamentario 1373 de 1966, infracción que condujo al Tribunal a no aplicar los artículos 8º del Decreto primeramente citado y 8º de la Ley 171 de 1961.

Para el fallador —dice el recurrente— constituye verdad que Carlos Enrique Narváez laboró al servicio de la sociedad demandada durante 18 años y 27 días; que devengó un sueldo en el último año de servicios de $ 6.000 y que se omitió el preaviso legal, "con no menos un mes de antelación". Sin embargo frente a estos hechos incontrastables e incurriendo en rebeldía contra las normas primeramente citadas, que determinan el procedimiento que debe seguir el patrono para terminar los contratos de trabajo por cierre definitivo de la empresa exigiéndose, al efecto, entre otros requisitos, el preaviso de un mes, omisión por la que deviene ilegal e injusta la terminación del contrato de trabajo, no accedió a las condenas indemnizatorias por despido y pensión restringida vulnerando los textos legales finalmente indicados los cuales dejó de aplicar, con absoluta falta de lógica, siendo aplicables.

El opositor repite su consideración preliminar respecto del ataque primero, esto es, que cuando se afirma que la violación de unas normas es producto o consecuencia de la infracción de otras, basta demostrar que las violaciones-causa no existieron para que las violaciones-efecto tam-

poco hayan podido darse. En seguida transcribe pasaje de la decisión recurrida en que el Tribunal después de considerar que toda empresa tiene la obligación de observar ciertos preceptos cuando quiera que necesite hacer despidos colectivos agrega que la sociedad de autos sí cumplió los que se exigen para ello, por lo cual, si el acusador afirma cosa distinta en torno de que dichos requisitos no fueron cumplidos, existe discusión acerca de un problema fáctico y esta circunstancia descarta, por sí sola, la posibilidad de que se hubiese incurrido en la clase de violación de ley que el ataque predica. Por lo cual afirma que la vía escogida para la acusación ha sido equivocada y se impone su rechazo. Mas sobre el fondo del asunto expresa que el impugnador se conforma con decir que el Tribunal se rebeló contra los preceptos 40 del Decreto 2351 de 1965 y 13 del Decreto 1373 de 1966, los cuales sí aplicó con examen del material probatorio, pero se cuida de explicar en qué consistió o cómo se operó esa rebeldía. Y en relación con el artículo 466 basta observar que él es igual al ordinal 3º, del artículo 51 Código Sustantivo del Trabajo, que el fallador aplicó en concordancia con el inciso 2º del precepto 61 *ibídem*. Por tanto cuando dio aplicación a esos ordenamientos estimando que el patrono estaba obligado a dar aquel preaviso aplicó también el 466 que regula el mismo caso y consagra idéntica exigencia, por lo que no hubo rebeldía frente a la norma sino perfecto acuerdo con ella siendo inexistente su violación. Agrega que el artículo 466 Código Sustantivo del Trabajo no pudo ser violado ni por el concepto que asevera la censura ni por otro distinto porque en la fecha en que se profirió el fallo tal precepto había perdido vigencia en cuanto imponía la obligación patronal de avisar al trabajador la terminación del contrato con 30 días de anticipación, para el cierre definitivo o temporal de la empresa, asunto acerca del cual alega en forma extensa con invocación de decisiones de la Sala de Casación Laboral; y en cuanto al ataque sobre la pensión restringida de jubilación advierte que lo resuelto fue su petición antes de tiempo por no haber cumplido el actor 50 años de edad, soporte del fallo de que no se ocupa el acusador.

Se considera.

Este cargo también persigue, ahora por infracción directa, los derechos indemnizatorio y de pensión restringida de la primera censura, que acaba de resolverse.

Pero su fundamento es el mismo, no acogido por la Sala, de que por la terminación del contrato de autos debieron aplicarse las normas consagratorias de aquellos derechos. Aquí —se agrega— el asunto se hace consistir en la inobservancia del preaviso de 30 días, apreciada por el fallador, y por eso el concepto directo de la infracción.

Mas está explicado que los preceptos finales de la proposición jurídica del impugnador solo proceden sobre la base de la terminación unilateral y sin justa causa del contrato de trabajo, y este modo no aconteció en el asunto *sub judice*, ni en su configuración fáctica ni en su estimación en derecho conforme a los textos estudiados en el cargo anterior.

Y acerca del aspecto de ilicitud en razón de la inobservancia del preaviso de un mes, está visto que el Tribunal lo sancionó con indemnización de valor correspondiente a los veintinueve días que faltaron en el caso *sub judice*, y que tal decisión era la que procedía conforme a los textos que el acusador destaca en primer término, sin que fuesen aplicables los otros.

No prospera, en consecuencia.

Tercer cargo.

Acusa violación indirecta por aplicación indebida de los artículos 254 Código Sustantivo del Trabajo y 18 del Decreto 2351 de 1965, en relación con el artículo 65 de aquel estatuto, a causa de errores de hecho que aparecen de modo manifiesto en los autos por errónea apreciación de unas pruebas y falta de apreciación de otra. Los errores consistieron en: a) No dar por demostrado estándolo que Central Automotor Limitada le liquidó y pagó al demandante cesantías parciales por un monto de $ 58.068.25 con quebranto de los fines previstos en la ley laboral y sin la aprobación del Inspector del Trabajo, omisión en que incurrió el representante de la sociedad demandada; b) No dar por demostrado estándolo que el señor Narváez no era el representante legal de la sociedad demandada y que en consecuencia debía cumplir la obligación de obtener la correspondiente aprobación de la Inspección del Trabajo, y c) Dar por demostrado, sin estarlo, que el demandante Narváez como empleado de dirección y confianza debió solicitar autorización al Inspector del Trabajo para que se liquidara y pagaran los auxilios de cesantía parciales en la suma expresada.

Las pruebas mal apreciadas son la absolución de posiciones de folios 265 a 269 de la que dedujo el fallador que Narváez por ser empleado de dirección y confianza, como contador y subgerente financiero, debió pedir la aprobación a la Inspección del Trabajo, valoración que resulta

inadmisible por cuanto la representación legal de Central Automotor Ltda., la tuvo su gerente doctor Marino Estrada Angel; los documentos de folios 228 a 253 que solamente registran el hecho de que el actor desempeñó en la sociedad demandada funciones de dirección y confianza pero de los que en manera alguna se puede inferir que fuese su representante convencional, y que por el hecho de que ocupase una posición destacada en la empresa el gerente de ésta estuviese eximido de obtener la aprobación del Ministerio del Trabajo para pagar las cesantías parciales; y la prueba no apreciada es el documento de folios 4 y 5, sobre constitución y representación de Central Automotor Limitada, que demuestra que el gerente de ésta es el doctor Marino Estrada Angel quien fue el representante legal de la sociedad y en consecuencia un acto de disposición como es el pago de cesantías parciales es cuestión de la capacidad del gerente y no de un empleado de dirección y confianza como lo fue el señor Carlos Enrique Narváez Santander. Sin embargo, agrega el recurrente, el Tribunal desconoció la existencia de este instrumento y se limitó, para producir absolución por auxilio de cesantía definitiva, a invocar una jurisprudencia que no es aplicable en el *sub lite* por cuanto aquel caso judicial se refiere a un gerente que se autoliquida la cesantía parcial sin el lleno de la aprobación del Inspector del Trabajo. Concluye el acusador que el Tribunal debió imponerle a Central Automotor Limitada la sanción del artículo 254 Código Sustantivo del Trabajo y decretar el pago de la cesantía definitiva deduciéndole la suma de $ 16.649.58, y que la aplicación indebida de ese texto del Código y del 18 del Decreto 2351 de 1965 llevó al Tribunal a violar el artículo 65 Código Sustantivo del Trabajo que consagra la indemnización moratoria, a razón de $ 200.00 diarios, ya que la consignación írrita hecha por la demandada, en la suma dicha de $ 16.649.58, no la libera de responder por esa indemnización.

Para el opositor el cargo no contiene una proposición jurídica completa pues lo que persigue es que se condene a la sociedad demandada a pagar a Narváez auxilio de cesantía y sin embargo se abstiene de citar como infringidos los textos 249 y 253 Código Sustantivo del Trabajo que consagran, en su orden, ese derecho y la forma como debe liquidársele. De otra parte no hace mención alguna de los artículos 1º y 19 del Código que fueron pilares de la decisión recurrida en pasajes que el dicho abogado transcribe, y deja intactos además algunos soportes probatorios como son los documentos de folios 66 y siguientes, 255 a 259, 260 y 166; y en relación con las probanzas que el cargo señala dice que el impugnador no se detiene a analizarlas sino que se limita a mencionarlas y a oponer su propio concepto al del Tribunal. En lo que respecta al fondo de la acusación el opositor advierte que el fallo sí da por demostrado que Central Automotor liquidó y pagó al demandante cesantías parciales por valor de $ 58.068.25 sin la previa autorización del Inspector del Trabajo; sí tuvo en cuenta que Narváez no era el representante legal de la sociedad y no era el gerente de ella, no conteniendo entonces los errores que se le imputan, los cuales, de otra parte, no serían de hecho sino de derecho por haberse dado por establecidos los hechos con un medio probatorio no autorizado por la ley. Agrega que el verdadero fundamento de la decisión sobre este extremo se encuentra en la interpretación de las normas acusadas con aplicación de los principios de que tratan los artículos 1º y 19 Código Sustantivo del Trabajo, por lo que el ataque debió formularse por ese concepto y no por aplicación indebida a través de errores de hecho.

Se considera.

El cargo versa sobre las absoluciones por cesantía e indemnización moratoria. Esta última de modo consecuencial, por las razones y la forma como sustenta el acusador la violación que afirma del artículo 65 Código Sustantivo del Trabajo.

De las críticas del opositor sobre lo incompleto de la proposición jurídica es evidente la relativa a que se omitió incluir los artículos 1º y 19 del Código Sustantivo del Trabajo en los que el *ad quem* se apoyó de modo fundamental, omisión que basta para descalificar el ataque.

Con todo, puede observarse que el fallador ni dejó de apreciar ni apreció mal las pruebas que destaca el recurrente, ni incurrió en los errores que se le atribuyen. Aconteció simplemente que estimando los hechos como los contiene lo principal del cargo y como aparecen de las probanzas, juzgó conforme a "los principios tutelares de justicia y equidad" que no podían desconocerse los pagos efectuados por cesantía, ni podía cohonestarse un enriquecimiento sin causa de Narváez, todo lo cual apoyó expresamente en los artículos 1º y 19 Código Sustantivo del Trabajo cuya violación necesariamente debió acusarse, para que, demostrada por el concepto debido, se destruyeran como bases de la absolución por cesantía. De otra suerte, y este es el caso, la mantienen y, con ella, la referente a mora.

Por lo anterior, es inestimable.

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 materia del presente recurso, en el ordinario de trabajo de Carlos Enrique Narváez Santander contra Central Automotor Limitada de la fecha y origen expresados.

Costas al recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente.

José Enrique Arboleda Valencia, Juan Benavides Patrón, Alejandro Córdoba Medina, Jorge Gaviria Salazar, Miguel Angel García Barbosa, José Eduardo Gnecco Correa, con salvamento de voto.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.



SALVAMENTO DE VOTO

Del Magistrado doctor José Eduardo Gnecco C. ✓

I. Se dice en la sentencia de la cual me separo que de los modos de terminación laboral que establece el artículo 6º del Decreto 2351 de 1965 solo constituye despido el de su literal h). No comparto esta consideración, pues aún cuando el citado literal h) se refiere a la terminación unilateral del contrato, ello no significa que cuando el contrato de trabajo termina por liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento (literal e) del mismo artículo no se produzca un despido, una terminación unilateral del contrato por parte del patrono. Es el patrono quien hace la solicitud al Ministerio del Trabajo y quien da el aviso sobre la fecha precisa de la liquidación definitiva de la empresa. Solo que a diferencia del modo establecido en el literal h) del artículo 6º del Decreto 2351 de 1965, el hecho que origina el despido, si se trata de terminación con justa causa, no es imputable al trabajador, sino que es ajeno a sus actividades y por lo general externo e imperativo para el patrono. Y también se diferencia de la terminación unilateral sin justa causa, en que en dicho evento el patrono resuelve, sin consideración a ningún hecho justificativo o legal, dar por finalizado el contrato. La mayoría de los tratadistas han considerado que en la terminación del vínculo laboral por liquidación o clausura definitiva de la empresa se produce un despido. Y nuestro derecho positivo implícitamente lo reconoce cuando obliga al patrono a indemnizar a los trabajadores vinculados por un contrato a término fijo (artículos 466 del Código Sustantivo del Trabajo y 13, inciso 5, del Decreto 1373 de 1966), lo que no tendría razón de ser si no constituye despido.

II. Para la terminación del contrato de trabajo cuando se pretende darle aplicación al literal e) del artículo 6 del Decreto 2351 de 1965, es necesario que el patrono solicite autorización previa al Ministerio del Trabajo en los términos del artículo 40 de dicho Decreto, y dé un aviso a los trabajadores con un mes de anticipación sobre la fecha en que se han de clausurar las labores, como lo exige el artículo 466 del Código Sustantivo del Trabajo. El patrono demandado en el caso en estudio cumplió el primer requisito, mas no el segundo. Estimo, de acuerdo con la jurisprudencia que ahora se rectifica, que si la ley ha señalado ciertas formalidades previas a la terminación del contrato de trabajo, ellas deben cumplirse para que el vínculo contractual termine lícita y legalmente. La omisión del aviso previo a que se refiere el artículo 466 del Código Sustantivo del Trabajo no impide la terminación del contrato, que se produce por decisión del patrono, pero ya no se trata de una desvinculación legal o justa, sino ilícita e injusta, porque el aviso previo de un mes se ha establecido en favor del trabajador, quien únicamente pierde el derecho a la permanencia y continuidad del contrato a término indefinido cuando la ley así lo determina y mediante el cumplimiento de las formalidades en ella señaladas.

III. Para la mayoría de la Sala no es posible confundir dos modos diferentes de terminación del contrato, como lo son los contemplados en los literales e) y h) del artículo 6 del Decreto 2351 de 1965. Pero aún en el supuesto de que la desvinculación contractual en virtud del literal e) no implique al ejecutarse un despido al no cumplirse los requisitos previstos por la ley para la terminación en ese evento, no es posible concluir que se produjo por ese modo específico, porque él no fue tenido en cuenta por el patrono desde el momento en que no cumplió las formalidades que le son inherentes, y como el contrato de trabajo termina por iniciativa del patrono, al no quedar cobijada la desvinculación por el modo que se invoca, la conclusión lógica es que ella se hizo en forma ilegal y sin ninguna causa justificativa.

IV. Que el contrato terminó ilícitamente lo acepta el fallo que no comparto. Pero considera que no siendo un despido injustificado, no cabe la indemnización a que se refiere el artículo 8º

del Decreto 2351 de 1965, pues a contrario de lo que disponía el artículo 64, lo que ahora se indemniza es la terminación unilateral sin justa causa y no la ruptura ilegal del contrato. A mi juicio no es posible hacer esta diferenciación, pues si la ruptura del contrato se debió a decisión del patrono, quien invocó un modo cuyas formalidades legales no cumplió, en su ejecución final lo que ha existido es una terminación unilateral del contrato, que por no estar justificada ni ceñida a la ley, se ha producido sin justa causa. Procede en consecuencia la indemnización a que se refiere el inciso 4 del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, pues además el patrono ha incumplido, como lo prevé el inciso 1 del mismo artículo, el término pactado del contrato de trabajo, o sea su duración indefinida.

No se trata, como lo dice la mayoría de la Sala de Casación Laboral, de indemnizar por una obligación de hacer no cumplida, porque habiendo terminado el contrato de trabajo no era posible exigir el cumplimiento de un aviso previo. Y al haberlo omitido el patrono como requisito indispensable para la terminación del vínculo contractual, dicha desvinculación se hizo en forma ilegal, sin fundamento en justa causa alguna. Considero que la obligación alternativa de dar un preaviso en ciertos casos de terminación del contrato, o de pagar los salarios correspondientes al mismo período, debe constar en forma expresa en la ley; y esta modalidad ha ido desapareciendo de nuestro derecho positivo, como lo demuestra, para el caso en estudio, la derogatoria del inciso 2 del artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo. No veo cómo, por vía jurisprudencial, se vuelva a un sistema que dejó de regir, y menos que se transforme la obligación de cumplir un requisito previo y necesario para la terminación del contrato en la de pagar una suma equivalente de dinero, siendo así que existe una indemnización laboral expresa para los casos en que el contrato de trabajo ha sido incumplido por el patrono en su plazo pactado, lo que ocurre cuando se produce la ruptura del vínculo laboral sin darle cabal cumplimiento a las formalidades, que son de orden público, señaladas en la ley.

José Eduardo Gnecco C.

CASACION (Técnica)

La sentencia impugnada parte de la base de que "la simple rebeldía mientras no cause perjuicio a la disciplina del establecimiento y vaya acompañada de actos de manifiesta negativa a cumplir las órdenes que reglamentariamente está obligado el trabajador a cumplir, no constituye justa causa de despido".—El recurrente no reclama de esta interpretación de la norma respectiva, y como no ataca ese fundamento del fallo sino la apreciación probatoria, se entiende que acepta la interpretación, pero que dentro de ella cree que hubo errores de hecho, o sea que las pruebas demostraban la falta dentro del alcance que el juzgador exigía para considerarla como justa causa.—En tal situación no era procedente la acusación por interpretación errónea que el opositor reclama, es decir que en tal reparo no es atendible lo alegado por el opositor.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., abril veintiuno de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Alejandro Córdoba Medina).

Sección primera. - Acta número 14.

Se resuelve el recurso de casación interpuesto por el apoderado de Camilo Salgar Jaramillo & Cía. Limitada, contra la sentencia de veinticuatro (24) de septiembre de mil novecientos setenta y uno (1971), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio seguido por Gerardo Vargas contra la recurrente.

Antecedentes.

Por medio de representante judicial, Gerardo Vargas, mayor de edad, vecino de Bogotá, cedulado bajo el número 1711223 de la misma ciudad, solicitó que la sociedad Camilo Salgar Jaramillo & Cía. Limitada, fuese condenada a pagarle "indemnización por la ruptura unilateral e ilegal del contrato sin justa causa", y las costas del juicio.

Los hechos en que se funda la pretensión, fueron relatados así:

"1. El señor Gerardo Vargas, entró a trabajar a órdenes de Camilo Salgar Jaramillo & Cía. Limitada el día 16 de agosto de 1968, mediante un contrato de trabajo suscrito entre las partes.

"2. En la cláusula octava del mencionado contrato se estipuló un término fijo de duración de un (1) año, contado a partir de la fecha en que el trabajador inició sus servicios renovable en la forma prevista por el artículo 4º del Decreto 2351 de 1965.

"3. El día 19 de agosto de 1970 por comunicación escrita el gerente de la empresa dio por terminado el contrato de Gerardo Vargas unilateralmente sin indemnización y sin aviso, alegando las causas establecidas en los numerales segundo, cuarto y sexto del literal a) del artículo séptimo del Decreto 2351 de 1965.

"4. El día 21 de agosto de 1970, el trabajador recibió por concepto de prestaciones sociales por el tiempo comprendido entre el 16 de agosto de 1968 (ingreso) y el 19 de agosto de 1970 (retiro), la suma de $ 19.305.23 que corresponde por cesantía $ 14.713.54; por vacaciones $ 3.658.33 y por el sueldo de los 4 últimos días de servicio $ 933.36.

"5. Dichas prestaciones fueron liquidadas de acuerdo al sueldo mensual que devengaba el trabajador, al momento de su retiro y que ascendió a la suma de $ 7.316.67.

"6. En las cartas de fechas agosto 17 de 1970, dirigida por Camilo Salgar conjuntamente a los

señores Andrés Guarín, Luis Restrepo y Gerardo Vargas, demandante: agosto 18 de 1970, dirigida por los mismos trabajadores a la empresa y agosto 18 de 1970 por medio de la cual Camilo Salgar Jaramillo dio su respuesta final, se consignaron los motivos que dieron origen al despido de los tres mencionados trabajadores.

"7. El trabajador Gerardo Vargas, fue despedido por la empresa en forma unilateral e injusta ya que en ningún caso sus actuaciones configuraron los hechos contemplados en las causales segunda, cuarta y sexta del artículo séptimo, del Decreto 2351 de 1965, alegadas por la demandada para su despido.

"8. Camilo Salgar Jaramillo & Cía. Limitada debe y no ha pagado a mi poderdante el valor de la indemnización por la ruptura unilateral e ilegal del contrato de trabajo en la forma establecida en el artículo octavo, ordinal 3º del Decreto 2351 de 1965.

"9. En la cláusula novena del contrato de trabajo únicamente se consideraron como justas causas para darlo por terminado, las establecidas en los decretos y leyes de la República, y además las establecidas en el reglamento de trabajo de la empresa.

"10. Al momento del despido del trabajador y durante la vigencia de su contrato, la empresa no tenía reglamento de trabajo en la forma establecida en el artículo 104 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo".

La demandada se opuso a las peticiones del libelo inicial, admitió los cinco primeros hechos, parcialmente el hecho sexto, negó el séptimo y el octavo, aceptó el noveno, dijo que debía probarse el décimo, y propuso la excepción de inexistencia de la obligación.

El Juez Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia de veintiocho (28) de julio de mil novecientos setenta y uno (1971), condenó a la sociedad Camilo Salgar Jaramillo & Cía. Limitada a pagar a Gerardo Vargas la cantidad de $ 86.824.48, como indemnización por despido, y a cubrir las costas de la instancia. De esta providencia apeló el apoderado de la parte demandada.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en resolución de fecha ya indicada, confirmó el fallo de primera instancia y gravó con las costas al apelante. Oportunamente interpuso recurso de casación el apoderado de la entidad demandada, el Tribunal lo concedió y esta Sala después de admitido, lo ha tramitado hasta la sentencia que ahora se dicta.

El recurso.

El impugnador invocando la causal primera de casación laboral, de acuerdo con el artículo 60 del Decreto 528 de 1964, presentó un cargo por aplicación indebida a través de errores de hecho.

Sobre el alcance de la impugnación, dijo:

"Persigo el quebrantamiento total del fallo recurrido, en cuanto por su ordenamiento condenó a la sociedad Camilo Salgar Jaramillo & Cía. Limitada, a pagar a Gerardo Vargas, la suma de ochenta y seis mil ochocientos veincuatro pesos con cuarenta y ocho centavos ($ 86.824.48) moneda corriente, por concepto de indemnización por despido; y persigo ese quebrantamiento para que, en razón de la prosperidad del primer cargo, que formularé en la decisión subsiguiente, se reconozca que entre las partes litigantes existió un contrato de trabajo que fue terminado por una justa causal contemplada por la ley, en los términos de la contestación de la demanda en su oportunidad, y se absuelva a la sociedad demandada de pagar la indemnización a que condenó el honorable Tribunal, revocándose sus resolusiones sobre confirmación del fallo de primera instancia y sobre costas y en su lugar se dicte sentencia totalmente absolutoria para la demandada".

El cargo.

El recurrente acusa la sentencia impugnada de ser violatoria de los artículos 4º, 7º y 8º del Decreto 2351 de 1965, por aplicación indebida, a través de errores de hecho.

El impugnador señala como pruebas mal apreciadas las cartas de 17 de agosto de 1970, dirigida por el representante de la demandada a Gerardo Vargas y otros, la de 18 del mismo mes dirigida por Gerardo Vargas y otros al gerente de la sociedad, y la declaración de parte del demandante. El mismo recurrente indica como pruebas dejadas de apreciar la declaración de parte del demandante y el testimonio del señor Luis Restrepo.

Dice el libelista:

"Los errores evidentes de hecho consistieron en dar por establecido un despido unilateral y sin justa causa, no obstante que las probanzas que he mencionado, demuestran prima facie todo lo contrario, que el demandante Vargas incurrió en una justa causal de despido, al insubordinarse y desconocer en forma manifiesta y expresa, el acatamiento a su inmediato superior, y también incurrió en justa causal de despido al destinar materias primas y elementos de la empresa,

a trabajos personales, obteniendo en consecuencia mediante engaños un lucro indebido".

La demostración del cargo se apoya en las siguientes consideraciones: que mediante la carta de 17 de agosto de 1970, la empresa solicitó al señor Gerardo Vargas colaboración con el Director del Departamento de Arte, su inmediato superior; que la carta de 18 de agosto de 1970 contiene desacato a la autoridad del Director del Departamento, y desconocimiento de la colaboración solicitada, fuera de que es "agresiva, altanera y esencialmente rebelde"; que el demandante confesó al absolver posiciones o declaración de parte, que había ofrecido como suyas, obras pertenecientes a la empresa; y que el testigo Luis Restrepo declara sobre la falta de aceptación del acatamiento que se les exigía y sobre el ofrecimiento de obras de la empresa como si fueran del trabajador Vargas. De lo anterior deduce el recurrente que existió causa justa para despedir al trabajador, y que de los tres motivos invocados por la empresa se encuentran demostrados por lo menos dos. Por tal motivo considera que la sentencia impugnada violó las normas citadas debido a que los errores de hecho cometidos lo llevaron a considerar que no había justa causa para despedir.

El opositor observa que hubo interpretación de la norma sobre justa causa, y afirma que ha debido acusarse por ese concepto y no por el que se presentó; que se cita la declaración de parte como dejada de apreciar y a la vez como indebidamente apreciada, lo cual estima inaceptable en casación; que se indicó un testimonio como prueba no apreciada, cuando tal medio quedó respecto a la casación laboral, legalmente excluido de la acusación por errores de hecho; que el sentenciador se apoyó en otras pruebas cuya apreciación no fue atacada por el recurrente; y que no se indicaron las normas procesales pertinentes, exigidas por la jurisprudencia cuando existe la violación medio por error de hecho a causa de la falta de apreciación de un documento auténtico. En razón de tales observaciones, el apoderado del trabajador considera que la demanda no llena los requisitos legales.

El opositor compara los pasajes pertinentes de la sentencia impugnada con los ataques presentados contra ella, para concluir que no se cometieron los errores de hecho, que el recurrente da a las pruebas una apreciación distinta a la que ellas tienen, por lo cual considera que no se debe casar la providencia de segundo grado y pide que se condene en costas al recurrente.

Se observa.

En el alcance de la impugnación se dice que después de casar la sentencia y en decisión subsiguiente se revoquen las resoluciones sobre confirmación del fallo de primer grado y condenación en costas. Resulta imposible que se revoque una providencia casada y que la Corte cuando esté obrando como Tribunal de instancia revoque la sentencia dictada por el propio Tribunal. Además, se solicitó la absolución de la empresa demandada sin pedir la revocatoria del fallo de primer grado. Sin embargo estas deficientes formulaciones del petitum pueden superarse para adelantar el estudio de la demanda presentada.

Se considera.

La sentencia impugnada parte de la base de que "la simple rebeldía mientras no cause perjuicio a la disciplina del establecimiento y vaya acompañada de actos de manifiesta negativa a cumplir las órdenes que reglamentariamente está obligado el trabajador a cumplir, no constituye justa causa de despido". El recurrente no reclama de esta interpretación de la norma respectiva, y como no ataca ese fundamento del fallo sino la apreciación probatoria, se entiende que acepta la interpretación, pero que dentro de ella cree que hubo errores de hecho, o sea que las pruebas demostraban la falta dentro del alcance que el juzgador exigía para considerarla como justa causa. En tal situación no era procedente la acusación por interpretación errónea que el opositor reclama, es decir que en tal reparo no es atendible lo alegado por el opositor.

Coinciden el acusador y el *ad quem* en la apreciación del documento de folios 12 y 13, carta dirigida por el gerente de la demandada a tres trabajadores de la empresa, pues el fallador admite que en dicho documento se dan a conocer las conclusiones sobre el principio de autoridad y las funciones del señor Gabriel Hoyos como Director del Departamento de Arte, que se han despertado celos profesionales en dicho departamento, y que se reitera el acatamiento al orden jerárquico. No hay en este punto diferencia entre lo que admite el sentenciador (folio 107 del primer cuaderno) y lo que afirma la censura.

En la carta que aparece a los folios 38 y 39 del cuaderno principal, se manifiesta que los trabajadores han llegado a las conclusiones de que el señor Hoyos ha abusado del principio de autoridad y tiene celos profesionales, y que la solución del problema surgido en el Departa-

mento de Arte exige ceder de parte y parte, pero que por la carta que responden, se dan cuenta de que se les exige ceder solo a ellos y se desconocen las peticiones que en un principio les fueron aceptadas. La carta termina en la siguiente forma: "Por consiguiente, y en vista de lo anterior, creemos justo y honesto de su parte reconsiderar la actitud asumida, pues de lo contrario la colaboración y el acatamiento carecen de fundamento. Confiamos en el reconocimiento al esfuerzo y la buena voluntad que durante tres años hemos tenido para con la empresa y sus directivas, esperando que se tenga en cuenta que sin la colaboración de la empresa es iluso esperar el comienzo de una etapa de trabajo armónico y productivo".

De la carta citada no se evidencian el desacato a la autoridad y la insubordinación de que habla el censor. No se afirma en la nota de folios 38 y 39 que ellos carezcan de fundamento, sino que tal cosa ocurre si no se reconsidera la actitud asumida por la empresa, que los trabajadores atribuyen a abuso de la autoridad del señor Hoyos y a sus celos profesionales, como también a incumplimiento de un principio de arreglo que habían tenido. Tampoco es cierto que en ese documento se afirme simplemente que es iluso esperar el comienzo de una etapa de trabajo armónico y productivo, pues los firmantes hacen depender esa etapa de la colaboración de la empresa, que reclaman en los términos de la misma carta. Estimando la comunicación en forma completa, sin recortar las frases como se hace en la acusación, resulta que no puede apreciarse como un desacato a la autoridad ni como rebeldía, sino simplemente como un reclamo de los trabajadores para que la empresa colabore en la solución de un problema surgido en el Departamento de Arte.

Tampoco es cierto que la carta sea agresiva, altanera y esencialmente rebelde como lo pretende el impugnador, ni lo entendió así el representante de la sociedad cuando en respuesta que figura al folio 16, les manifiesta que sus términos son totalmente educados y razonados.

Dice el recurrente que el sentenciador no apreció las respuestas a las preguntas de posiciones que se refieren al reconocimiento de que al señor Gabriel Hoyos era su jefe inmediato y que el absolvente había ofrecido a la Compañía Cartón de Colombia S. A., trabajos de propiedad del Departamento de Arte de la empresa demandada, como si fueran trabajos personales de él, y que si esas respuestas hubieran sido apreciadas, se habría llegado a la conclusión de que el despido fue justo.

Sobre este tema dice el *ad quem* al folio 109:

"Finalmente, obran en los autos de posiciones absueltas por el demandante (Fls. 61-62), de cuyo análisis se deduce que el actor aceptó que el Jefe del Departamento de Arte en la empresa demandada durante su permanencia en ésta, fue el señor Gabriel Hoyos y que fue su inmediato superior, sin embargo no se estableció por la demandada el hecho del desacato a la autoridad, mediante actos positivos de grave indisciplina de parte del demandante en sus labores contra el patrono, los miembros de su familia, el personal directivo o los compañeros de trabajo, como reza la norma contenida en el apartado 2º del ordinal A del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, invocado por la demandada en la carta de despido. Tampoco del acervo probatorio se infiere la existencia o mejor, la demostración del segundo motivo alegado en cuanto a haber dispuesto de material perteneciente a la empresa, ni que hubiere incurrido el actor en alguna de las faltas contempladas en el numeral 4º del mismo literal A) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, es decir: "Todo daño material causado intencionalmente a los edificios, obras, maquinarias y materias primas, instrumentos y demás objetos relacionados con el trabajo, y toda grave negligencia que ponga en peligro la seguridad de las personas o de las cosas". Con relación a esta imputación de carácter general sobre violación del numeral 4º, que puede relacionarse para concretizar el hecho con la segunda falta que se atribuye al actor, de haber dispuesto de material perteneciente a la empresa, se observa, que si bien es cierto que podría deducirse la ocurrencia del referido hecho de la respuesta a la pregunta séptima del pliego de posiciones que dice: "Diga como es cierto, si o no, que el mismo absolvente durante su permanencia en la empresa presentó y ofreció a la compañía Cartón de Colombia S. A. trabajos de propiedad del Departamento de Arte de la empresa demandada, como si fueran de propiedad personal del absolvente?", al contestar como en efecto lo hizo así: "*Si es cierto,* aclaro que estos trabajos se presentaron pero con autorización del señor Gabriel Hoyos, quien era mi jefe inmediato", no es menos evidente que por la redacción de la pregunta, se colige que se trata de una actuación que aunque considerada irregular dentro de la vida del comercio se limitó a dos actos tentarios, la presentación y el ofrecimiento de trabajos de la empresa a otra empresa y que parece fueron reiterados, pues el preguntante se refiere que fueron realizados durante su permanencia en la empresa, es decir con una reiteración conocida y

aceptada cuando menos tácitamente por el patrono, ya que por otra parte no aparece en autos constancia alguna de observaciones, amonestaciones o sanciones hechas al actor por esa actuación, lo que de suyo le quita entidad de grave a la falta, cuanto más que tampoco se estableció que hubiese efectuado realmente la operación con beneficio para él y perjuicio para los intereses de la empresa, pues se repite, se limitó a los actos de presentación y ofrecimiento simplemente, sin que se hubiese demostrado la consumación de la atribuida disposición de bienes de la empresa, que por otra parte podría, de ser probada, tocar los límites del abuso de confianza. Por manera, que tampoco la segunda causal invocada se demostró por la demandada".

Con la transcripción anterior se ve que las respuestas que el acusador dice no fueron apreciadas, están debidamente analizadas por el fallador y que ellas no muestran error evidente en su apreciación.

Agrega el acusador que en la absolución de posiciones existen negativas al desacato de las órdenes de los superiores de Gerardo Vargas, que se contradicen con la carta enviada por él al gerente de la empresa y con la declaración del testigo Luis Restrepo, y que debidamente apreciadas esas respuestas y sus contradicciones, se habría llegado a la conclusión de que debían admitirse por lo menos 2 de las 3 justas causas invocadas.

Las respuestas negativas no son confesiones porque de tal manera no se admiten hechos que favorezcan a la parte contraria, ni el estar esas negativas en contradicción con otras pruebas les da el valor de confesión, sino que las demás probanzas servirán para demostrar lo que ellas mismas contengan.

Ya se vio que la carta de folios 38 y 39 no envuelve el desacato y la insubordinación que le atribuye el recurrente. Por otra parte, la declaración del testigo fue desestimada por el sentenciador en razón de tener interés en el resultado de la litis.

Conviene advertir, como lo hace el opositor, que en casación laboral no cabe la acusación por error de hecho sobre la indebida estimación de testimonios o sobre la falta de apreciación de ellos, según el artículo 7º de la Ley 16 de 1969 que modificó el 23 de la Ley 16 de 1968.

En cuanto a la observación del opositor en el sentido de que no es admisible la acusación de falta de apreciación e indebida apreciación de una misma prueba, se observa que en el caso presente se afirmó la falta de apreciación de unas respuestas a las posiciones y la indebida apreciación de otras diferentes, con lo cual es claro que la acusación no era contradictoria porque se refería a una prueba que el recurrente consideraba parcialmente apreciada. Como ya se vio el resultado del análisis es el de que la prueba fue estimada en su totalidad y que no se demostró que lo hubiera sido en forma incorrecta.

También tiene razón el opositor cuando manifiesta que el sentenciador se apoyó no solamente en las pruebas que el acusador considera indebidamente apreciadas o dejadas de apreciar. En efecto, no solamente dejó el censor de señalar como indebidamente apreciadas, la absolución de posiciones del gerente y la recomendación del folio 18, que evidentemente sirvieron de apoyo a la sentencia, sino que omitió atacar la apreciación de la carta del folio 16, sobre la cual dice el *ad quem*: "Para la Sala resulta incuestionable que esta última misiva al demandante, tiene todas las características de una manifestación expresa de rechazo a las explicaciones dadas por los destinatarios, de la carta del 17 de agosto en la carta del 18 y de intención firme de poner fin a los contratos de trabajo con tales señores, dada la invitación a la renuncia que se les hizo en la mencionada carta de respuesta del gerente, de fecha igualmente 18 de agosto. He aquí el planteamiento del conflicto laboral, que culminaría en el proceso que se está ventilando ante este Tribunal".

Por no haberse demostrado los errores de hecho propuestos y haberse dejado de impugnar varios fundamentos del fallo, no prospera la acusación.

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 veinticuatro (24) de septiembre de mil novecientos setenta y uno (1971), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio seguido por Gerardo Vargas contra la sociedad Camilo Salgar Jaramillo & Cía. Limitada.

Costas a cargo del recurrente.

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.

ERROR DE HECHO

Resalta el error de hecho del Tribunal Superior al no dar por demostrado que el patrono avisó al trabajador su voluntad de no prorrogar el contrato fuera del término de 30 días exigido por el ordinal 3º del artículo 4º del Decreto 2351 de 1965, circunstancia cuya determinación eludió, y el de no haber concluido que el contrato a término fijo se prorrogó legalmente por un año.—A esto se le agrega el error de hecho de haber dado por acreditado que con el pago de diez y ocho días de salarios correspondientes al tiempo comprendido entre la desvinculación del trabajador y el 4 de septiembre de 1969, el patrono cumplió con su obligación de indemnizar al trabajador pagándole los salarios de los días que faltaban para cumplirse el plazo pactado.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., veinticuatro de abril de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor José Eduardo Gnecco C.

Sección segunda. - Acta número 14.

Carlos Serna Higüita, mayor y vecino de Medellín, demandó por medio de apoderado a Tejidos Leticia Ltda., del mismo domicilio, para que se le condenara a reconocerle lo siguiente: reintegro a sus labores por haber sido ilegalmente despedido después de quince años de servicio; salarios dejados de devengar por causa del despido; subsidiariamente los mencionados salarios y la indemnización por despido ilegal; reajuste de cesantía, primas, vacaciones, etc.; jubilación-sanción; auxilio e indemnización por accidente de trabajo.

Según los hechos de la demanda Carlos Serna trabajó al servicio de Tejidos Leticia Ltda. durante quince (15) años, nueve (9) meses y veintinueve (29) días, desde octubre 19 de 1953 hasta agosto 17 de 1969; el último salario devengado fue de $ 64.33 diarios, y la empresa lo despidió alegando que no renueva un contrato simulado que cada año le hace firmar a sus trabajadores para evadir responsabilidades y prestaciones.

Al contestar la demanda el apoderado de Tejidos Leticia Ltda. aceptó como cierta la fecha de ingreso a la empresa, mas no lo de la desvinculación; también aceptó la cuantía del salario, con la advertencia de que es un promedio para la liquidación de algunas prestaciones sociales, no para otras como las vacaciones. Propuso las excepciones de prescripción y pago.

Cumplido el trámite de la primera instancia el Juzgado del conocimiento, que lo fue el Tercero Laboral del Circuito de Medellín, desató la litis mediante sentencia dictada el treinta de noviembre de mil novecientos setenta, por medio de la cual condenó a Tejidos Leticia Limitada a pagar a Carlos Serna Higüita lo siguiente: sesenta y cuatro pesos con treinta y tres centavos ($ 64.33) diarios desde el día 4 de septiembre de 1969 en adelante, por concepto de salarios correspondientes a la renovación del contrato; un mil ciento cuarenta y cinco pesos con 67/100 ($ 1.145.67) como pensión proporcional o especial de jubilación, a partir de la fecha en que cumpla cincuenta (50) años de edad, o desde la fecha de la terminación del contrato, agosto 17 de 1969, si para esa época ya los había cumplido. Declaró probada la excepción de pago en cuanto se refiere al auxilio de cesantía, vacaciones, primas de servicio y salarios percibidos hasta el día 4 de septiembre de 1969, y no probadas las demás. Absolvió a Tejidos Leticia Limitada de los demás cargos de la demanda y no hizo condena en costas.

Ambas partes apelaron. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Laboral, al decidir la alzada revocó la condena de sesenta

y cuatro pesos con 33/100 diarios desde el 4 de septiembre en adelante por concepto de salarios correspondientes a la renovación del contrato y confirmó el fallo apelado en todo lo demás.

Interpuso el apoderado del demandante el recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia, que fue denegado por el Tribunal Superior. Pidió reposición el recurrente y en subsidio que se le expidieran copias de algunas de las piezas del proceso para recurrir de hecho. Sostuvo su providencia la Sala Laboral y entregadas las copias solicitadas subsidiariamente, el apoderado de Carlos Serna Higüita las presentó en esta corporación junto con un escrito para sustentar el recurso de hecho. La Sala de Casación Laboral en providencia de octubre veinticinco de mil novecientos setenta y uno, concedió el recurso de casación interpuesto por la parte demandante.

Presentada en tiempo la demanda extraordinaria, el apoderado de Tejidos Leticia Limitada se opuso en escrito también presentado oportunamente. Habiéndose cumplido los trámites del recurso, ha llegado la oportunidad de decidirlo, lo que se hará previo el estudio de la demanda de casación y de la réplica del opositor.

Alcance de la impugnación.

Pretende el recurrente que se "infirme la sentencia recurrida en cuanto revoca la condena contenida en el literal a) del ordinal 1º del fallo de primer grado y *absuelve* a la sociedad Tejidos Leticia Ltda. de la indemnización por terminación unilateral e ilegal del contrato de trabajo que vinculó a las partes, y que, procediendo como Tribunal de Instancia, modifique el mencionado fallo de primer grado en su ordinal 1º, literal a) en el sentido de condenar a la sociedad Tejidos Leticia Limitada al pago en favor de Carlos Serna Higüita de la indemnización por lucro cesante equivalente a los salarios del tiempo faltante para cumplir la prórroga automática de un año del contrato de trabajo, o sea la cantidad de veintitrés mil cuatrocientos ochenta pesos con cuarenta y cinco centavos ($ 23.480.45)".

Con fundamento en la causal primera de casación formula tres cargos, los cuales se estudiarán en su orden.

Primer cargo.

"La sentencia acusada viola por vía indirecta los preceptos legales sustantivos de orden nacional contenidos en los artículos 4º y 8º del Decreto-ley 2351 de 1965, 1º del Decreto 1373 de 1966, 3º de la Ley 48 de 1966 al aplicarlos indebidamente y por la no aplicación de los artículos 19 del Código Sustantivo del Trabajo, 51 y 145 del Código Procesal del Trabajo, 177, 200, 252 y 279 del Código de Procedimiento Civil y el artículo 62 del Código de Régimen Político y Municipal, por haber incurrido el honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín —Sala Laboral— en errores de hecho —de manifiesto en los autos— provenientes de la equivocada apreciación de algunas pruebas".

Las pruebas que el impugnador considera erróneamente apreciadas son las siguientes:

"A) Comunicación de once (11) de agosto de mil novecientos sesenta y nueve (1969) dirigida por Iván F. Palacio R. al señor Carlos Serna por la cual le manifiesta la empresa su determinación de no prorrogar el contrato a término fijo que tiene celebrado con el demandante (folio 1 del cuaderno principal). B) Absolución de posiciones del demandante (folios 59 y 59 v. del cuaderno principal). En efecto, al dar respuesta a la tercera pregunta del interrogatorio que dice 'como es cierto, sí o no, que el dos de agosto de 1969 en carta de esa fecha que usted recibió el mismo día la empresa le notificó su determinación de no prorrogar el contrato a término fijo que tenía celebrado con usted?' manifestó: 'No es cierto en cuanto a la fecha. La fecha pudo ser el 12 de agosto de 1969 en lo demás es cierto'. C) Liquidación de prestaciones sociales del demandante fechada el doce (12) de agosto de mil novecientos sesenta y nueve (1969) folio 18. Este documento se anexó al expediente en copia al efectuarse la diligencia de inspección ocular el día nueve (9) de julio de mil novecientos setenta (folio 21). D) Contrato de trabajo suscrito entre las partes el día cuatro (4) de septiembre de mil novecientos sesenta y siete (1967) (folio 20 del expediente). Este documento también fue incorporado a los autos en la diligencia de inspección ocular (folio 21 vto.). E) Inspección ocular. En la inspección ocular celebrada el día nueve (9) de julio de mil novecientos setenta (1970) (folio 21 vto.) se lee: 'Se anota que el contrato en tamaño oficio y a término de un año, de fecha septiembre cuatro de 1967, es el último firmado por el demandante' ".

Analiza el recurrente las pruebas que considera equivocadamente apreciadas y dice que de ellas se deducen las siguientes conclusiones:

"a) Que Carlos Serna Higüita se encontraba vinculado con la sociedad Tejidos Leticia Limitada por medio de contrato a término fijo de un año en la época en que se produjo la ruptura de la relación laboral. b) Que el contrato de trabajo fue terminado por decisión unilateral del

patrono notificado al demandante el día doce (12) de agosto de mil novecientos sesenta y nueve (1969). c) Que el despido careció de causa justificada. d) Que entre el doce (12) de agosto y el cuatro (4) de septiembre de mil novecientos sesenta y nueve (1969) existen únicamente veinte (20) días hábiles. e) Que no habiendo transcurrido un lapso mínimo de treinta (30) días hábiles entre la fecha de la carta de terminación del contrato de trabajo y el día del vencimiento del referido contrato, éste quedó prorrogado automáticamente hasta el cuatro (4) de septiembre de mil novecientos setenta (1970). f) Que Carlos Serna Higüita trabajó efectivamente al servicio de la sociedad demandada hasta el diez y siete (17) de agosto de mil novecientos sesenta y nueve (1969). g) Que la sociedad demandada solamente pagó a Carlos Serna Higüita por concepto de indemnización por el tiempo que faltaba para cumplir el contrato de trabajo a término fijo el valor de diez y ocho (18) días de salario o sea la cantidad de un mil ciento cincuenta y siete pesos con noventa y cuatro centavos ($ 1.157.94) moneda corriente. h) Que el pago de la indemnización por despido efectuado por la compañía demandada a favor del demandante correspondió a los diez y ocho (18) días comprendidos entre el diez y siete (17) de agosto de mil novecientos sesenta y nueve (1969), fecha hasta la cual efectivamente trabajó el demandante, y el cuatro (4) de septiembre de 1969, fecha en la cual el demandante cumplía dos (2) años continuos de labores contados a partir del día en que se suscribió el último contrato a término fijo".

Como consecuencia de la errónea interpretación de las pruebas el casacionista atribuye al *ad quem* haber incurrido en estos errores de hecho:

"1. Dar por demostrado, no estándolo, que la sociedad Tejidos Leticia Limitada pagó en favor del actor los salarios faltantes para cumplir el plazo pactado. 2. Dar por demostrado, no estándolo, que la sociedad Tejidos Leticia Limitada se acomodó o dio cumplimiento a lo establecido en el numeral 3 del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, en cuanto la empresa cubrió el valor de diez y ocho (18) días de indemnización en el lapso comprendido de agosto diez y ocho (18) a septiembre cuatro (4) de mil novecientos sesenta y nueve (1969) a razón de sesenta y cuatro pesos con treinta y tres centavos ($ 64.33) moneda corriente, diarios. 3. Dar por demostrado, no estándolo, que el contrato de trabajo suscrito entre las partes terminó efectiva y legalmente el cuatro (4) de septiembre de mil novecientos sesenta y nueve (1969). 4. No dar por demostrado, estándolo, que el contrato de trabajo suscrito entre las partes el cuatro (4) de septiembre de mil novecientos sesenta y siete (1967) fue terminado por decisión unilateral del patrono notificado al actor el día once (11) de agosto de mil novecientos sesenta y nueve (1969). 5. No dar por demostrado, estándolo, que entre el once (11) de agosto, fecha de la notificación del despido del demandante y el cuatro (4) de septiembre de mil novecientos sesenta y nueve (1969), fecha del vencimiento del contrato, transcurrieron únicamente veintiún (21) días hábiles. No dar por demostrado, estándolo, que el contrato de trabajo suscrito entre las partes quedó prorrogado automáticamente hasta el cuatro (4) de septiembre de mil novecientos setenta (1970) por cuanto no transcurrió un lapso mínimo de treinta (30) días hábiles entre la fecha de la carta de terminación del contrato de trabajo y el día de vencimiento del mismo. 7. No dar por demostrado, estándolo, que Tejidos Leticia Limitada adeude al demandante la indemnización de perjuicios por terminación unilateral sin justa causa comprobada del contrato a término fijo que vinculó a las partes y que se prorrogó automáticamente hasta el día cuatro (4) de septiembre de mil novecientos setenta (1970)".

Los anteriores errores, a juicio del impugnador, incidieron en la parte resolutiva de la sentencia acusada y determinaron la violación de las normas sustanciales que señala como infringidas en la enunciación del cargo. Termina así la sustentación del ataque:

"Si el honorable Tribunal no hubiera incurrido en los errores de hecho anotados y que determinaron la violación de los preceptos legales sustantivos de orden nacional que se citan en este cargo, habría tenido que concluir necesariamente que existiendo la demostración plena de no haberse dado por parte de la empresa el aviso de terminación con la antelación debida se imponía la declaratoria de la prórroga automática del mencionado contrato por un año más a partir del cuatro (4) de septiembre de mil novecientos sesenta y nueve (1969), y, consecuentemente, condenar a la sociedad Tejidos Leticia Limitada a pagar a favor del demandante recurrente el valor de la indemnización por la terminación unilateral del contrato sin justa causa, equivalente a los salarios correspondientes al tiempo comprendido entre el cuatro (4) de septiembre de mil novecientos sesenta y nueve (1969) y la misma fecha del año de mil novecientos setenta (1970), a razón de sesenta y cuatro pesos con treinta y tres centavos ($ 64.33) diarios".

Para el opositor las pruebas señaladas por el sentenciador plasman estas verdades. 1ª Que Carlos Serna Higüita se encontraba vinculado con la sociedad Tejidos Leticia Limitada por medio de contrato a término fijo por un año, con fecha de iniciación del 4 de septiembre de 1967; 2ª Que el aviso de terminación del contrato lo fue con fecha dos de agosto de 1969; 3ª Que la empresa dio aviso al trabajador con 30 días de anticipación, concretamente con 34 días, para lo cual basta consultar el calendario de los meses de agosto y septiembre de 1969; 4ª Que como el trabajador fue quien dejó de trabajar el 17 de agosto de 1969, la empresa le pagó a título de indemnización 18 días, esto es el valor de los días que faltaban para el vencimiento del contrato de trabajo, con lo que quedaban satisfechas sus obligaciones legales y cumplido a cabalidad lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965. Agrega que como los sentenciadores sí tuvieron en cuenta y apreciaron debidamente las pruebas, el cargo no puede prosperar, porque en los juicios laborales rige también la regla de que el actor incumbe la carga de la prueba, y si el trabajador no demostró plenamente la verdad sobre el desahucio, mal puede ahora aspirar a una mayor indemnización, pues sería tanto como pretender un enriquecimiento sin causa no permitido por la ley. Considera finalmente que no se produjo la violación de las normas a que se refiere el impugnador.

Se considera.

A folios 20 del cuaderno principal se encuentra un ejemplar del contrato de trabajo firmado por las partes, cuya anexión al proceso fue ordenada por el Juez de primer grado durante la diligencia de inspección ocular practicada en los archivos de la sociedad demandada, incorporación que se hizo con el asentimiento del apoderado de la parte demandada. Dicho documento no fue tachado de falso y en su cláusula tercera se lee lo siguiente: "El término de duración de este contrato es de un (1) año, contado a partir del 4 de septiembre de 1967". Esta modalidad no se discute por las partes y es un hecho que el Tribunal dio por demostrado.

Con el libelo inicial (folio 1) presentó el demandante el original de la nota que le fue enviada por Iván °F. Palacio R. de la oficina de personal de Tejidos Leticia Limitada, en la cual se le comunica que la "empresa ha tomado la determinación de no prorrogar el contrato a término fijo que tiene celebrado con usted, cuyo plazo vence el 4 de septiembre de 1969. Con esta convocación (sic) cumplimos las estipulaciones contenidas en el numeral 3º del artículo 4 del Decreto 2351 de 1965". La carta tiene como fecha "agosto II de 1969". Sobre este último aspecto, el del día ... en que fue fechada la comunicación, discrepan el recurrente y el opositor, pues para el primero lo fue el once de agosto de 1969 y para el segundo el dos del mismo mes y año. El *ad quem*, como se verá más adelante, consideró innecesario definir este punto, por no ser fundamental o básico para decidir el problema que se debate en el juicio.

En relación con la fecha en que el trabajador demandante recibió el aviso de Tejidos Leticia Limitada de que su contrato a término fijo no sería prorrogado, se encuentra en la absolución de posiciones del primero (folios 59 y 59 vuelto) lo siguiente: "3ª Como es cierto, sí o no, que el dos de agosto de 1969 en carta de esa fecha que usted recibió el mismo día la empresa le notificó su determinación de no prorrogar el contrato a término fijo que tenía celebrado con usted?". El demandante contestó: "No es cierto en cuanto a la fecha. La fecha pudo ser el 12 de agosto de 1969; en lo demás es cierto".

En el documento que obra a folio 18, firmado por el asistente contador de Tejidos Leticia Limitada, presentado en la diligencia de inspección ocular por el apoderado de dicha sociedad y ordenado agregar a los autos por el funcionario que practicó la inspección ocular, con el asentimiento del apoderado de Carlos Serna Higüita, aparece una liquidación de cesantía de este último hasta el 17 de agosto de 1969, y otra liquidación por "18 días indemnización para cumplir contrato de trabajo a término fijo agosto 18 a septiembre 4 de 1969 a razón de $ 64.33 diarios".

De las pruebas anteriores surgen acreditados los siguientes hechos: que en el contrato escrito de trabajo se pactó un término fijo de un año, contado a partir del 4 de septiembre de 1967, habiéndose prorrogado automáticamente por el mismo período y que el trabajador recibió el 2 de agosto de 1969 la comunicación del patrono en la cual le manifestó su voluntad de no prorrogar el contrato. A esta última conclusión llega la Sala en vista de lo confesado por el trabajador al absolver posiciones, pues la fecha de la carta contentiva del desahucio ha sido controvertida dado el tipo de máquina usado, pudiendo interpretarse que se dató el 11 de agosto de 1969, o el dos del mismo mes y año si se considera que se utilizaron números romanos. Y como lo importante no es averiguar cuándo se envió el aviso, sino el día en que fue recibido, a falta de otra prueba debe tomarse la confesión

del demandado en cuanto al hecho de haberlo recibido y del día en que lo recibió.

Surge también de las pruebas anteriores que el trabajador no recibió la comunicación sobre terminación del contrato treinta días antes del 4 de septiembre de 1969 cuando el plazo fijo vencía, lo que trajo como consecuencia que el término se prorrogó hasta el 4 de septiembre de 1970.

No llegó a la misma conclusión el *ad quem*, quien miró la cuestión debatida por un aspecto diferente, expresándose así: "Fue materia de controversia la fecha de la carta de despido, o mejor, de terminación del contrato por vencimiento del plazo pactado; así la empresa sostiene que es del 2 de agosto de 1969 y el actor a su vez afirma que es de 11 del mismo mes y año, discrepancia que el *a quo* desató en favor del demandante al tomar la indicada por él, para concluir que "en sentir del Juzgado, entonces, el contrato de trabajo del señor Carlos Serna Higüita no expiró en legal forma, o lo que es lo mismo, terminó pero sin justa causa", por cuanto la compañía le avisó "con *veinticinco (25) días de antelación* y en el presente caso éste no podía ser inferior a treinta (30) días" (subrayas del texto), punto que en sentir de la Sala no es precisamente el fundamental o básico para dirimir el problema que se debate en este juicio, por lo que se verá más adelante.

En la comunicación de desahucio la oficina de personal de la factoría le dice que "ha tomado la determinación de no prorrogar el contrato a término fijo que tiene celebrado con usted cuyo plazo vence el 4 de septiembre de 1969", es decir, pretendió avisarle por escrito con la antelación señalada en el artículo 4º, numeral 3º del Decreto 2351 de 1965, de que no sería renovado a partir del 5 de septiembre de 1969; pero a pesar de ello, e ignorándose el motivo, prescindió definitivamente de sus servicios el 17 de agosto de 1969, o sea días antes de la fecha enunciada en la carta, para lo cual le cubrió el "V/r. 18 días de indemnización para cumplir contrato de trabajo a término fijo agosto 18 a septiembre 4 de 1969, a razón de $ 64.33 diarios", acomodándose así a lo establecido en el numeral 3º del artículo 8º del citado decreto, al pagarle los salarios faltantes para cumplir el plazo pactado, en todo caso superiores a 15 días.

De manera, pues, que no importa conocer si el aviso lo dio la compañía con la antelación debida, o no, porque de todos modos ella misma no lo respetó, al desvincularlo antes y cubrirle los salarios faltantes; en esta forma la ruptura del contrato se torna en legal.

Resalta el error de hecho del Tribunal Superior al no dar por demostrado que el patrono avisó al trabajador su voluntad de no prorrogar el contrato fuera del término de 30 días exigido por el ordinal 3º del artículo 4º del Decreto 2351 de 1965, circunstancia cuya determinación eludió, y el de no haber concluido que el contrato a término fijo se prorrogó legalmente por un año. A esto se le agrega el error de hecho de haber dado por acreditado que con el pago de diez y ocho días de salarios correspondientes al tiempo comprendido entre la desvinculación del trabajador y el 4 de septiembre de 1969, el patrono cumplió con su obligación de indemnizar al trabajador pagándole los salarios de los días que faltaban para cumplirse el plazo pactado.

Están demostrados los errores de hecho que el impugnador atribuye al sentenciador de segunda instancia y a través de los cuales estima que el fallo acusado violó por aplicación indebida los artículos 4, ordinal 3, y 8, ordinal 3, del Decreto 2351 de 1965. Al no dar por demostrado que el patrono incumplió su obligación de avisar al trabajador su determinación de no prorrogar el contrato con una antelación no inferior a treinta días, el Tribunal Superior violó el artículo 4º, inciso 3, del Decreto 2351 de 1965, que dispone que en ese evento el contrato se entiende prorrogado por un año, violación que condujo a la del artículo 8º, inciso 3, que señala como valor de la indemnización por ruptura unilateral y sin justa causa del contrato de trabajo a término fijo, una suma igual al valor de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplir el plazo estipulado, porque dichos días no eran los diez y ocho que tomó para liquidar la indemnización, pues el término prorrogado vencía el 4 de septiembre de 1970.

No se trata, en consecuencia, de una violación de las normas por infracción directa, por cuanto el *ad quem* las tuvo en cuenta, ni provino de una interpretación errónea de las mismas, pues sobre su contenido no expresó raciocinios contrarios a su correcto entendimiento. La acusación está bien dirigida, y habiéndose demostrado los errores de hecho y su incidencia en la decisión tomada en la sentencia recurrida, el cargo prospera.

No se examinarán los otros dos cargos por perseguir la misma finalidad del que se ha estudiado, que prosperó.

Para la decisión de instancia, además de las condenaciones anteriores, se tendrán en cuenta las siguientes: Desde el 18 de agosto de 1969 fecha en que fue despedido el trabajador hasta

el 4 de septiembre de 1970, cuando vencía la última prórroga del contrato de trabajo, hay 383 días. La indemnización por ruptura unilateral e injusta ascendería al valor de los salarios correspondientes a ese lapso. Pero como el trabajador recibió 18 días de salario, se condenará al patrono a pagar al trabajador el valor de 365 días de salario, o sea una cantidad igual a veintitrés mil cuatrocientos ochenta pesos con 45/100 ($ 23.480.45), tomando como salario diario el de $ 64.33, que fue el mismo que la sociedad demandada tuvo en cuenta para liquidar los salarios de los diez y ocho días a que se ha hecho referencia.

El Juez de primera instancia llegó a la misma conclusión, aun cuando equivocadamente estimó que no se trataba de una indemnización por despido ilegal, que a su juicio solo cabe cuando se trata de la ruptura unilateral de contratos a término indefinido; consideración errónea, pues las sumas que debe pagar el patrono en los casos previstos en los incisos 3 y 4 del artículo 8 del Decreto 2351 de 1965, son indemnizaciones por la ruptura unilateral del contrato de trabajo sin justa causa, como claramente lo dice el inciso 2 del mismo artículo.

En la parte resolutiva el *a quo* condenó a la sociedad demandada a pagar "sesenta y cuatro pesos con treinta y tres centavos ($ 64.33) diarios, desde el día cuatro de septiembre de mil novecientos sesenta y nueve (1969) en adelante, por concepto de salarios correspondientes a la renovación del contrato de trabajo", fórmula vaga que podría prestarse a confusiones, pues señala la fecha a partir de la cual se cuentan los salarios diarios que deben pagarse, sin que indique el otro término del período, que es el día en que venció el plazo prorrogado del contrato. Por esta razón se modificará su proveído, para señalar una cantidad determinada como valor de la condena.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *casa* la sentencia recurrida dictada el tres de agosto de mil novecientos setenta y uno proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Laboral, en cuanto revoca el literal a) del numeral 1º del fallo de primer grado y absuelve de la petición sobre indemnización por despido injusto, y en sede de instancia modifica el literal a) del numeral 1º de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia, el cual quedará así: *condénase* a la sociedad Tejidos Leticia Limitada a pagar a Carlos Serna Higüita la suma de veintitrés mil cuatrocientos ochenta pesos con 45/100 ($ 23.480.45) por concepto de indemnización por terminación unilateral e injusta del contrato de trabajo, *no se casa en lo demás.*

Sin costas, en el recurso.

Notifíquese, cópiese, insértese en la *Gaceta Judicial.* y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García B., José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

INDEMNIZACION MORATORIA

Examinada en conjunto esta prueba documental, de ella solo aparece que Héctor Sandino fue "representante en ventas" de la sociedad; que como tal, le fueron pagadas comisiones por ventas; que existió acuerdo entre las partes para poner fin a "un contrato de representación", que se le adeudaba una cantidad líquida de dinero y que se llegó a un arreglo para su pago y que no estaba inscrito como trabajador de la empresa en el Instituto Colombiano de Seguros Sociales.—Ni por asomo aparece de las dichas probanzas, que Icoban Limitada hubiera entendido celebrar con el actor un contrato de trabajo. De estas pruebas y en forma evidente surge el qüe la sociedad sí podía albergar justo motivo de duda sobre la naturaleza de la relación con Sandino y por ello se explica la posición que al respecto adoptó cuando contestó la demanda.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., abril veintisiete (27) de mil novecientos setenta y dos (1972).

(Magistrado ponente: doctor Jorge Gaviria Salazar).

Sección primera. - Acta número 15.

Héctor Sandino, por medio de apoderado, presentó demanda laboral contra la sociedad Icoban Limitada, representada por su gerente Rafael Maldonado o por quien haga sus veces, para que mediante un juicio ordinario se hicieran a su favor las siguientes declaraciones:

Primera. Que la empresa demandada le adeuda $ 8.263.90 por comisiones que debió pagarle en dos cuotas iguales una el 30 de marzo y otra en 30 de abril de 1969.

Segunda. Que igualmente le debe la cesantía, las vacaciones y las primas de servicio por todo el tiempo laborado.

Tercera. Que Icoban Ltda. es acreedora (sic) del demandante de la indemnización por mora en el pago de salarios y prestaciones sociales a partir de la terminación por mutuo acuerdo del contrato de trabajo; y

Cuarta. Que la empresa debe pagarle las costas y agencias que se causen en el juicio.

El apoderado del actor apoyó sus pretensiones en cinco hechos que se sintetizan, así:

1º Héctor Sandino como agente vendedor ingresó al servicio de Icoban Limitada, el 1º de abril de 1969;

2º Durante el tiempo trabajado el demandante devengó un salario promedio de $ 6.900.50 por concepto de comisiones por ventas;

3º El 26 de enero de 1970 las partes por mutuo acuerdo decidieron dar por terminado el contrato de trabajo celebrado por escrito, dejando constancia de dos hechos, así: a) Que el demandante había llenado ya el tope o cuota mínima de ventas que le exigía el contrato entonces vigente y, b) Que lo adeudado por comisiones hasta la fecha primeramente indicada ascendía a la suma de $ 17.527.80 de la que se deducían $ 1.000 prestados a Sandino y el resto sería cancelado en cuatro cuotas mensuales de $ 4.131.95, a partir del 30 de enero de 1970;

4º A pesar de que el contrato terminó el 30 del mes citado anteriormente, el patrono se negó a pagar al actor el valor de su cesantía, así como el de las vacaciones y primas de servicio;

5º El acuerdo sobre terminación del contrato fue refrendado por carta de la empresa el 28 de enero del año mencionado, aceptando la renuncia de Sandino.

Como fundamentos de derecho indicó los artículos 65, 127, 249 y ss., y 306 del Código Sustantivo del Trabajo y el Decreto 2351 de 1965.

Conoció del juicio el Juzgado 5º Laboral del Circuito de Cali y ante él contestó el libelo la sociedad demandada, negando todos los hechos

en razón de que manifestó no había celebrado con Sandino contrato de trabajo sino que el actor había sido un simple comisionista de ventas sin ninguna subordinación o dependencia directa de la empresa y sin estar sujeto a reglamento u horario de trabajo, a más de que las sumas que percibió no lo fueron por salarios sino "por concepto de comisiones por ventas" que efectuó.

Propuso las excepciones perentorias de "inexistencia del contrato laboral" y la de "declaratoria de jurisdicción".

La primera instancia del juicio terminó por sentencia de 9 de febrero de 1971, en la que el Juzgado resolvió:

"*Primero.* Condenar a la empresa Icoban Limitada, representada por su gerente señor Rafael Maldonado, a pagar tres días después de ejecutoriada esta sentencia, al señor Héctor Sandino, la suma de veintitrés mil quinientos cincuenta y cinco pesos con veintiocho centavos, moneda corriente ($ 23.555.28), por concepto de cesantía, vacaciones, primas de servicio y comisiones.

"*Segundo.* Condenar a la misma empresa Icoban Limitada, a pagar al señor Héctor Sandino, los salarios caídos que corran desde el 29 de enero de 1970 hasta la fecha que se verifique el pago total de la condenación, a razón de trescientos cuatro pesos con cincuenta y tres centavos, moneda corriente ($ 304.53) diarios.

"*Tercero.* Costas a cargo de la empresa demandada".

Contra la anterior providencia interpuso recurso de apelación el apoderado de la entidad demandada y el Tribunal Superior de Cali, al resolverlo en fallo de 30 de abril de 1971, lo confirmó en todas sus partes, e impuso las costas de la instancia al apelante.

Contra la resolución del Tribunal interpuso recurso de casación el apoderado de la sociedad, el que fue concedido por el *ad quem* y luego admitido por la Corte.

Dentro de los términos legales se presentó la demanda extraordinaria y el escrito de réplica correspondiente.

El recurso.

Según el petitum de la demanda, con él se persigue la infirmación del fallo recurrido "pero solo en cuanto condena a la sociedad demandada de la indemnización por mora, petición de la demanda que debe ser rechazada, y confirmarlo en lo demás". Tal es, dice el recurrente "el alcance que le señalo a la impugnación".

A continuación y con fundamento en la causal primera de casación formula contra la sentencia gravada un solo cargo que enuncia así:

Cargo único.

Violación indirecta del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con los artículos 23, 24, 43 y 55 del mismo cuerpo legal, a consecuencia de errores de hecho por falta de apreciación de unas pruebas y errónea apreciación de otra.

En la demostración del ataque dice el impugnador que es evidente que, para producir la condena por indemnización moratoria, el Tribunal incurrió en dos errores de hecho que aparecen de manifiesto en el proceso, así:

"a) No dar por probado, estándolo, que la sociedad Icoban Limitada, obró de buena fe al negar, con razones atendibles, la inexistencia (sic) del contrato de trabajo con el comisionista Héctor Sandino, a fin de que sea exonerada de la condena por indemnización moratoria", y

"b) Dar por establecido, sin estarlo, de que no hubo una razón plausible o valedera para la impugnación que ahora, a la hora de nona pretende hacerse contra la naturaleza laboral que tiene el contrato que ha venido rigiendo las relaciones contractuales de los comprometidos en la litis".

En un capítulo aparte el acusador singulariza las pruebas que dice no apreció el fallador y la mal estimada por éste. Las primeras son: contestación de la demanda (Fls. 13 a 15, cdno. principal); documentos y comprobantes de pago (Fls. 4, 5, 6, 16, 17, 18, 19, 20 y 21); informe del Instituto Colombiano de Seguros Sociales (Fl. 46) y dictamen pericial (Fls. 61 a 65 del mismo cuaderno). La segunda, la constituye el documento de folio 22 y vuelto.

En relación con el primer grupo de probanzas expresa el acusador:

1. Contestación de la demanda. En la respuesta al libelo se presume que el representante del demandado está facultado para confesar y en la de autos se hace por aquel esta declaración: "El demandante, Héctor Sandino nunca ha sido trabajador o empleado de la sociedad demandada, pues la relación existente entre demandante y demandado es de índole y de carácter jurídico, distinto a la relación laboral. El demandante era un simple comisionista de ventas sin ninguna subordinación o dependencia de la empresa, y sin estar sujeto a ningún reglamento u horario de trabajo".

Por esto dice el recurrente, resulta censurable la conducta del juzgador de segundo grado al sostener, en uno de los pasajes de la sentencia enjuiciada, que a última hora la sociedad ha adoptado la posición de negar la existencia del contrato de trabajo. El hecho, agrega, de que el fallador, en la valoración de las pruebas, deduzca que no se ha desvirtuado la presunción legal de que toda relación de trabajo está amparada por un contrato de esta naturaleza, no quiere decir que el demandado haya actuado de mala fe y de que éste incurrió en la sanción de los denominados "salarios caídos".

2. Documentos de los folios 4, 5 y 6. Esta prueba, manifiesta el censor, fue aportada al proceso por el actor y de ella se infiere, sin mayor esfuerzo dialéctico, la forma como se ejecutó el vínculo existente entre las partes, quedando estipulado con evidencia que Sandino procedió como "representante" y la contraprestación que percibió no fue a título de salario sino de "comisiones".

3. Comprobantes de pago de folios 16, 17, 18, 19, 20 y 21 sostiene el recurrente que de estos documentos suscritos por el demandante se concluye que la contraprestación recibida de la sociedad Icoban Limitada fue a título de comisión y no de salario, elemento esencial del contrato de trabajo.

4. Informe del Instituto Colombiano de Seguros Sociales.

Este informe escrito, dice el impugnante, proveniente del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, Caja Seccional del Valle del Cauca, consigna que "Héctor Sandino no figura inscrito por cuenta de la empresa Icoban Limitada" con lo que se demuestra la conducta honesta de la sociedad al considerar al actor comisionista independiente y no trabajador subordinado. Es decir, que es desacertada la calificación que hizo el sentenciador al afirmar que "a la hora de nona" la demandada negó la existencia del contrato de trabajo, para justificar la condena por indemnización moratoria desde el 29 de enero de 1970 hasta cuando se solucione el valor por los conceptos de primas de servicio, compensación en dinero de vacaciones y auxilio de cesantía definitivo.

5. Dictamen pericial.

Igualmente, manifiesta el impugnador, el experto en su informe registra el hecho, que debió ser objeto de la inspección judicial, que el actor recibió sumas de dinero a título de "comisión", lo que evidencia la razón que tuvo la sociedad demandada para adoptar la conducta procesal expuesta en toda la controversia, situándola en el terreno de la buena fe.

Respecto a la prueba que dice fue mal apreciada por el *ad quem*, o sea el contrato de fecha 14 de enero de 1969, expone que también estuvo descaminado el Tribunal al apreciarlo, "para sostener, sin aplicar el principio de la persuación racional de la prueba, que por el hecho de que se hubiese titulado el convenio con la denominación 'contrato de trabajo', resultaba incuestionable de que no se podía discutir la existencia del contrato de carácter subordinado, para desconocer la jurisprudencia que pertenece a la arqueología laboral de que el contrato de trabajo es un contrato realidad" y, en cambio, no tuvo en cuenta que el negocio jurídico se formalizó en papel sellado y "fue registrado para ante la Administración de Hacienda Nacional del Valle, habiéndose sufragado el impuesto de timbre nacional".

Copia en seguida el censor jurisprudencia del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo y de esta Sala, para finalizar el cargo diciendo que el análisis de las pruebas que le sirvieron al sentenciador para apoyar sus valoraciones y conceptos, rectamente apreciados, "pregonan a gritos los errores de hecho en que incidió, la consiguiente injusticia de su decisión y el quebranto, a causa de tales yerros, de los preceptos legales" citados como violados.

El opositor en una breve síntesis replica así los argumentos del recurrente:

"1. No está probada la buena fe de la empresa al negar inexistencia del contrato de trabajo. Por lo demás probada la existencia de dicho contrato de trabajo, como aparece probada en el expediente, la alegación de buena fe en negar su existencia no libera de la indemnización por mora de que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

"2. El carácter de salario que tiene la remuneración laboral, no depende de la denominación 'que se adopte, como las primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas, *comisiones* o participaciones de utilidades". (Art. 127 del C. Sustantivo del Trabajo).

"3. El hecho de que los comprobantes de pago sean a título de comisión y no de salario, he afirmado ya que no le quita a dicho pago su carácter de salario.

"4. La no inscripción del trabajador en el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, sólo

configura una violación más de la ley laboral y en ningún momento o caso una prueba contra las exigencias del trabajador.

"5. La inspección ocular corrobora las apreciaciones del demandante en el sentido de que el salario pagado al señor Héctor Sandino, tuvo 'la forma o denominación' de comisiones.

"6. Del expediente resulta suficientemente claro el contrato de trabajo y en consecuencia son inadmisibles, honorables Magistrados, las tesis de la demanda de casación".

Consideraciones de la Corte.

De acuerdo con el alcance de la impugnación, en el recurso no se discute, por quien lo sustenta, que los falladores de instancia declararon la existencia entre las partes de un contrato de trabajo y los extremos de este como el salario y el tiempo servido por Sandino, y tampoco que a su terminación, Icoban Limitada, quedó adeudando al actor sumas líquidas de dinero por comisiones insolutas, primas de servicio, vacaciones y auxilio de cesantía definitivo.

Lo que se controvierte es que, no obstante lo dicho, la conducta patronal, al negar durante el juicio la existencia del contrato de trabajo y oponerse a las pretensiones del demandante, manifestando su inconformidad con la sentencia del *a quo*, que lo reconoció y accedió a las pretensiones de Sandino, fue atendible por existir duda justificada acerca de las obligaciones cuyo cumplimiento le exigió, y por tanto la colocó en el campo de la buena fe, elemento que exime al patrono, en este caso a Icoban Limitada, de la sanción establecida en el artículo 65 Código Sustantivo del Trabajo, conforme a reiterada jurisprudencia de la Corte, que ha dicho que la causa generadora de la indemnización moratoria, es la mala fe del empleador al negar sin razones válidas, con malicia, con torcida intención la existencia del vínculo, o no pagar, sin ninguna justificación los salarios o prestaciones que adeude a su trabajador en el momento en que termine el contrato.

Precisado así el objeto del remedio extraordinario, debe la Corte estudiar si en verdad el Tribunal al producir su decisión, dejó de apreciar las pruebas singularizadas por el recurrente y apreciar erróneamente la indicada por él mismo, con la consecuencia de incurrir en los errores de hecho que se le imputaron, examinando en este caso si aquellos son evidentes.

En la resolución del *ad quem*, éste parte de la base de que "el punto principal del desacuerdo entre las partes trabadas en la litis radica en la actitud de la entidad demandada al negarle carácter laboral a la vinculación que tuvo el actor para con ella, para fijar tal vinculación dentro del ámbito civil o comercial, alegando que en sus relaciones contractuales no había subordinación característica esencial de las relaciones laborales".

Este pasaje del fallo recoge precisamente la posición que adoptó Icoban en la contestación de la demanda, la que por este aspecto sí fue apreciada entonces por el sentenciador, no siendo atendible la censura cuando dice que tal pieza y para los efectos dichos —fijar esta posesión— no la tuvo en cuenta el Tribunal.

Además no es exacto lo dicho por el casacionista, cuando afirma que por no estimar la contestación del libelo, el fallador en uno de los pasajes de la sentencia sostuvo "que a última hora la sociedad demandada ha adoptado la posición de negar la existencia del contrato de trabajo".

Tal frase que concebida en otros términos aparece en la decisión del *ad quem*, la refiere éste al momento de la celebración del contrato escrito que aparece en autos, como luego se verá y no es producto de la no valoración de la contestación de la demanda.

Aclarado este primer aspecto de la censura, debe observarse que la sentencia gravada en cuanto confirmó la providencia del *a quo*, en verdad para no aceptar lo dicho en la contestación de la demanda por Icoban Limitada se fundamentó solo en el análisis que hizo del documento contentivo del contrato celebrado entre los litigantes tanto en su parte sustancial como formal y en las declaraciones de Mario Cruz y Eulogio Vallecilla Caicedo.

De esta manera es cierto, que no apreció la prueba documental de los folios 4, 5, 6, 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 46 del cuaderno principal. Nada expresó respecto a la prueba pericial, pero en relación con ésta no puede fundamentarse un ataque por error de hecho, por cuanto en casación laboral, de acuerdo con la Ley 16 de 1969, solo puede producirse aquél por la estimación equivocada de la confesión judicial, del documento auténtico o de la inspección ocular o por no tener en cuenta el sentenciador tales medios de prueba.

Se examinará entonces la documental de los folios citados.

Por medio del primero, que lleva fecha 30 de enero de 1970, la sociedad para efectos de la declaración de renta de Sandino, certifica que a éste se le pagó durante el año de 1969, por concepto de comisiones como representante, la

suma de $ 63.399.41 y al 31 de diciembre del mismo año tenía un saldo a su cargo de $ 2.000.

En el del folio 5 de fecha 26 de enero se hace constar el acuerdo a que llegaron las partes para poner fin al contrato "de representación en ventas" que normalmente vencería el 1º de abril y lo suscribe Sandino "en su calidad de representante en ventas". Se indica que a tal arreglo se llega "por haberse llenado el tope de ventas especificado", que la empresa se compromete a pagar en cuotas mensuales a partir del 30 de enero de 1970 "lo correspondiente a comisiones por ventas efectuadas y que llenan la totalidad de lo especificado en dicho contrato", se hace la liquidación de tales comisiones sobre lo vendido entre accesorios, textiles y bandas planas, lo que arroja un total a favor de Sandino de $ 16.527.80 y se compromete Icoban a pagar esta cantidad a partir de la fecha ya indicada en cuatro cuotas iguales de $ 4.131.95.

El documento del folio 6 contiene la aceptación por parte de Icoban Limitada de la renuncia presentada por Sandino "del cargo de representante en ventas que venía desempeñando".

Las documentales de los folios 16 a 21, solo contienen la constancia del pago de comisiones hecho por Icoban Limitada a Sandino, por diferentes sumas de dinero en cheques contra el Banco Industrial Colombiano.

Finalmente, al folio 46 figura un informe del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, certificando que el actor "no figura inscrito por cuenta de la empresa Icoban Limitada".

Examinada en conjunto esta prueba documental, de ella solo aparece que Héctor Sandino fue "representante en ventas" de la sociedad; que como tal, le fueron pagadas comisiones por ventas; que existió acuerdo entre las partes para poner fin a "un contrato de representación", que se le adeudaba una cantidad líquida de dinero y que se llegó a un arreglo para su pago y que no estaba inscrito como trabajador de la empresa en el Instituto Colombiano de Seguros Sociales.

Ni por asomo aparece de las dichas probanzas, que Icoban Limitada hubiera entendido celebrar con el actor un contrato de trabajo. De estas pruebas y en forma evidente surge el que la sociedad sí podía albergar justo motivo de duda sobre la naturaleza de la relación con Sandino y por ello se explica la posición que al respecto adoptó cuando contestó la demanda.

De otra parte el ad quem *para dar aplicación al artículo 65 Código Sustantivo del Trabajo, solo tuvo en cuenta el documento que como prueba llevó la parte demandada a los autos y sobre el que dice el recurrente fue indebidamente apreciado.*

Expresa en su sentencia el Tribunal:

"Y es indudable también que las partes contratantes desde sus comienzos entendieron celebrar un contrato de trabajo, pues de otra manera no lo hubieran nominado en esa forma, tal como se lee en el encabezamiento del que obra a folio 22 traído al plenario por la parte demandada. Por eso que no tenga una razón plausible o valedera la impugnación que ahora, a la hora de nona, pretende hacerse contra la naturaleza laboral que tiene el contrato que ha venido rigiendo las relaciones contractuales de los comprometidos en la litis. De ahí que la Sala acoge lo expuesto por el a quo *para no encontrar justificación en la no liquidación y pago oportuno de los salarios y prestaciones sociales que corresponden al trabajador por razón de su vinculación laboral, y encuentra ajustada a derecho la condenación moratoria que hizo en el fallo recurrido con base en lo estatuido en el artículo 654 Código Sustantivo del Trabajo".*

Indica el anterior aparte del fallo del ad quem, *que para colocar aquél a la sociedad Icoban Limitada en el campo de la mala fe; para concluir que no tenía razón valedera y plausible para desconocer la existencia del contrato de trabajo, solamente invocó una razón: el de su denominación.*

En cambio el fallador no examinó, ni la forma externa del documento, ni los requisitos a que se sometió para darle validez y para autenticarlo, los cuales son extraños e impropios del contrato de trabajo.

Ciertamente ninguna seguridad existe para entender que las partes contratantes desde sus comienzos entendieron celebrar un "contrato de trabajo" por haberle dado este nombre. La denominación de un convenio nunca es la que da a éste su naturaleza y en el campo del derecho laboral, aunque aquel se titule "de trabajo", puede como en el sub lite, *discutirse, sin que la posición del patrono necesariamente lo coloque por esto en el campo de la mala fe.*

Es por esto que no son válidas las razones del opositor pues él parte de la base de que entre Sandino e Icoban Limitada existió un contrato de trabajo y que no se han pagado a aquel algunos salarios y prestaciones sociales. Perdió de vista el replicante la materia del recurso que no es, como se dijo en un principio, sino determinar si la actitud de la sociedad Icoban Limitada frente al actor fue de mala o de buena fe,

para en el primer caso no infirmar la sentencia y en el segundo, casarla en la parte acusada.

Las pruebas no apreciadas por el sentenciador y la equivocadamente estimada por aquél lo llevaron a cometer los errores de hecho señalados por el recurrente y tienen la calidad de evidentes, por lo cual sí se produjo la violación del artículo 65 Código Sustantivo del Trabajo.

Demostrado entonces el error, se casará parcialmente la sentencia gravada en cuanto confirmó la del a quo *en lo relacionado con la condena de la sociedad al pago de indemnización moratoria a favor del actor y por las mismas razones expuestas, en sede subsiguiente de instancia se revocará el numeral 2º de la sentencia de primer grado de fecha 9 de febrero de 1971, que resolvió condenar a la empresa por dicho concepto.*

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *casa parcialmente* la sentencia de fecha 30 de abril de 1971, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en el juicio de Héctor Sandino contra la sociedad Icoban Limitada, en cuanto al confirmar el fallo de primer grado condenó a ésta a pagar a aquél "los salarios caídos que corran desde el 29 de enero de 1970 hasta la fecha que (sic) se verifique el pago total de la condenación, a razón de trescientos cuatro pesos con cincuenta y tres centavos, moneda corriente ($ 304.53) diarios", y obrando como Tribunal de instancia, revoca el numeral segundo de la sentencia de fecha 9 de febrero de 1971, dictada por el Juez 5º Laboral del Circuito de Cali en el mencionado juicio, y en su lugar, absuelve a Icoban Limitada de pagar al actor indemnización moratoria. *No la casa* en lo demás.

Sin costas en el recurso.

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.

PENSION RESTRINGIDA DE JUBILACION

Ciertamente como lo anota la censura en este cargo, para efectos de la pensión plena de jubilación que corresponde a trabajadores vinculados a la administración pública, ligados a esta por relación de derecho público o por contrato de trabajo, hay normas que determinan para esos fines la proporción por la que deben responder esas entidades en relación con el tiempo servido a ellas, a fin de que la última pueda atender al pago de esa pensión plena jubilatoria.—En cambio, no sucede lo mismo con la pensión restringida derivada de la Ley 171 de 1961, artículo 8º y del 21 del Decreto 1611 de 1962, que se ordena en las condiciones de tiempo de servicio y de despido injusto allí especificados, pero que no trata de proporcionalidad de ninguna naturaleza.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., diez y siete de mayo de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Miguel Angel García B.).

Sección segunda. - Acta número 16.

El señor Luis Alejandro Rodríguez presentó demanda ordinaria de mayor cuantía contra el Banco Cafetero, con la finalidad de que la parte demandada fuese condenada a pagarle:

"Lucro cesante por el término de 4 meses, 22 días, tiempo que faltó para que se cumpliera el período presuntivo que finalizaba el 25 de abril de 1968, a razón de $ 3.000 mensuales.

"Indemnización moratoria a partir del 3 de marzo de 1968, fecha de vencimiento del plazo de gracia de 3 meses que fija el Decreto 797 de 1949, y hasta que se haga el pago de la suma a que se refiere el punto a) anterior.

"Pensión vitalicia de jubilación, de que trata el artículo 21, inciso 2º de la Ley 171 de 1961, equivalente a $ 1.762.50 mensuales, por razón del despido injusto, con efectividad a partir del 3 de diciembre de 1967. El Banco podrá repetir contra la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero la cuota que a esta corresponda por los servicios que a élla prestó Rodríguez Lara.

"Gastos y costas del juicio".

Como hechos expuso los que a continuación se sintetizan:

Que el demandante prestó sus servicios al Banco Cafetero, mediante contrato de trabajo, en el cargo de gerente de la Sucursal del Líbano (Tolima), desde el 25 de octubre de 1966 al 2 de diciembre de 1967, con una asignación mensual de $ 3.000.

Que el 29 de julio de 1967 Rodríguez Lara sufrió un infarto del miocardio que lo incapacitó para trabajar hasta el 25 de octubre siguiente, fecha a partir de la cual fue autorizado por los médicos para trabajar tres horas diarias y aumentar el número según la evolución de la enfermedad.

Que con fecha 20 de noviembre del mismo año de 1967 el Banco por conducto de la Subgerencia Administrativa, le dirigió la nota número 49021, en la que le comunica que ha resuelto dar por cancelado el contrato de trabajo por justa causa, a partir del 30 de enero de 1968, de acuerdo con el artículo 7º, ordinal 15 del Decreto 2351 de 1965. En esa misma nota se le informa que debe hacer entrega de la oficina a la persona que el Banco designe para ello y que desde ese mismo momento queda relevado de seguir prestando sus servicios.

Que entregó la oficina el 2 de diciembre de 1967, y que cuando recibió la nota de despido se encontraba desde varios días antes sirviendo la jornada completa de trabajo, en razón de la favorable evolución de la dolencia que lo aquejaba, y de acuerdo con la autorización que había recibido de los médicos.

Que Rodríguez Lara prestó también sus servicios, con contrato de trabajo a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, durante 14 años 7 meses y 20 días.

Que reclamó al Banco los derechos que demanda, los cuales le fueron negados y que cumplió 50 años el 24 de agosto de 1963.

El Banco demandado por medio de su procurador judicial considera que no debe al actor suma alguna por concepto de lo demandado y a los hechos respondió que son ciertos los indicados en los ordinales: 1º, 2º, 8º y 9º, al cuarto que es cierto con las explicaciones que ofrece, que no le constan los hechos 3º, 8º y 10º, y que no es cierto el 7º.

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, que fue el del conocimiento, desató la litis en primera instancia con fallo de treinta de marzo de mil novecientos setenta por el que condenó al Banco Cafetero a pagar al demandante la cantidad de $ 5.946.36, por concepto de indemnización por despido injusto, y lo absolvió de las demás peticiones de la demanda.

Asimismo absolvió a la Caja de Crédito Agrario de la obligación de pagar la cuota parte de la pensión especial de jubilación.

Interpusieron recurso de apelación el demante y el Banco Cafetero, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá por medio de sentencia de fecha veintiuno de noviembre de mil novecientos setenta, resolvió de la siguiente manera:

"Primero. *Confírmase,* el numeral primero de la sentencia apelada proferida por el Juez Tercero Laboral del Circuito de fecha 30 de marzo de 1970.

"Segundo. *Revócanse* los numerales 2º y 3º de la sentencia que se revisa y en su lugar se ordena:

"A) *Condénase* al Banco Cafetero, a pagar a favor del señor Luis Alejandro Rodríguez, la suma de mil setecientos sesenta y dos pesos con 50/100 ($ 1.762.50) moneda corriente, por concepto de pensión vitalicia restringida de jubilación, y conforme a la parte motiva de esta sentencia.

"B) *El Banco Cafetero,* podrá repetir contra la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero por la cuota parte que proporcional y legalmente le corresponde a esta entidad, por concepto de la pensión vitalicia de jubilación restringida a que se refiere el punto anterior.

"Tercero. *Revócase,* el numeral 4º del fallo apelado, y en su lugar se dan por no probadas las excepciones perentorias propuestas por la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero; conforme a lo expuesto en la parte motiva.

"Cuarto. *Modifícase* el numeral 5º de la sentencia en estudio y en su lugar condénase al Banco Cafetero al pago del 80% de las costas de primera instancia.

"Quinto. *Costas de esta instancia* a cargo de la entidad recurrente y vencida en esta instancia".

Contra esa sentencia interpusieron recurso de casación tanto el actor del juicio como individualmente el Banco Cafetero y la Caja de Crédito Agrario, admitido aquí por la Sala y presentadas en tiempo las respectivas demandas, con réplicas del Banco Cafetero y de la Caja de Crédito Agrario al actor del juicio, y de éste al Banco Cafetero y a la Caja de Crédito Agrario, se procede a decidir:

Por razones de orden lógico se estudiará en primer lugar el recurso del Banco Cafetero, porque el alcance de la demanda implica esencialmente la absolución total de la parte demandada, como resultado de la quiebra que se impetra contra la sentencia que se acusa.

Señala el casacionista el alcance de la impugnación de la siguiente manera:

"Se pretende que esa honorable Corte case parcialmente la sentencia recurrida en cuanto por el literal A) del numeral 2º de la parte resolutiva revocó el numeral 2º de la sentencia de primera instancia condenando al Banco Cafetero a pagar a favor del actor una pensión vitalicia restringida de jubilación, y en el numeral 4º modificó el numeral 5º de la sentencia de primera instancia aumentando a cargo del Banco Cafetero el porcentaje de pago de las costas correspondientes y en cuanto que por su numeral 1º confirmó el numeral 1º de la sentencia proferida por el Juzgado del conocimiento y que en función de instancia confirme la absolución en lo que respecta a la indemnización moratoria y revoque el numeral 5º por el cual se condenó al Banco Cafetero a las costas de segunda instancia".

Invoca este recurrente la causal primera de casación y con fundamento en élla formula los siguientes cargos:

"*Primer cargo.* Causal primera de casación.

"La sentencia acusada viola indirectamente, por aplicación indebida el artículo 8º de la Ley 171 de 1961 y su parágrafo único, en relación con el artículo 15 del Decreto 2351 de 1965 el cual subrogó el artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo y en relación también con el artículo 260 de la misma obra, violación en que incurrió el honorable Tribunal por errores de

hecho manifiestos derivados de la errónea apreciación de unas pruebas.

"Los errores de hecho se produjeron al dar por establecido o probado, sin estarlo, que el Banco Cafetero estaba obligado a reconocer y pagar a favor del actor una pensión vitalicia de jubilación reducida o restringida y el dar por establecido o probado también, sin estarlo, que el Banco Cafetero y la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero constituyen una sola empresa.

"Las pruebas erróneamente apreciadas son: A) La demanda, hecho primero (folio 2); B) La contestación de la demanda, hecho primero (folio 23); C). El documento visible a folios 6 y 70; E) Contrato de trabajo visible a folios 71 y 72; F) Documentos visibles a folios 8º y 39; G) Documento visible a folio 9".

"*Demostración.*

"El Tribunal en su sentencia (folio 172, pág. 2), acepta que el demandante recurrente trabajó al servicio del Banco Cafetero durante el lapso comprendido entre el 25 de octubre de 1966 y el 30 de enero de 1968, o sea, 1 año, 3 meses y 6 días, y por otra parte con base a las pruebas aportadas al proceso concluye que el régimen legal aplicable para regir las relaciones laborales que existieron entre el actor y el Banco Cafetero, lo son las contempladas para los trabajadores particulares en el Código Sustantivo del Trabajo.

"Se expresa así el Tribunal a este respecto:

" 'Pero si lo anteriormente dicho es verdad y legal, no es menos cierto, que las relaciones entre trabajador y empleador, deben regirse siempre para todos los efectos, por unas mismas normas, por las mismas disposiciones legales, ya sea porque así lo ordena la ley, o porque así lo convienen las partes. *Y si en el caso de estudio, los contratantes, Banco Cafetero y demandante, acordaron por convención vigente y por contrato de trabajo y por mutuo acuerdo, que fueran las leyes vigentes para trabajadores particulares las que debían normalizar sus relaciones, pues así debe ser para todos los aspectos para todos los órdenes, para cuanto se presente en sus mutuas relaciones y diferencias'.* (Lo subrayado es mío).

"Si entonces para el honorable Tribunal, al tenor de la transcripción anterior y según su razonamiento, acertado por demás, las normas aplicables para regir o regular las relaciones laborales entre el demandante recurrente y el Banco Cafetero lo son las señaladas en el Código Sustantivo del Trabajo, o sean las propias de los trabajadores particulares, y si por otra parte, como se dijo anteriormente, el honorable Tribunal acepta que el señor Luis Alejandro Rodríguez Lara solamente trabajó al servicio del Banco Cafetero durante 1 año, 3 meses y 6 días comprendidos entre el 25 de octubre de 1966 y el 30 de enero de 1968, brilla al ojo honorables Magistrados la aplicación indebida por parte del honorable Tribunal del artículo 8º de la Ley 171 de 1961 comoquiera que esta norma exige en uno de sus varios presupuestos que para la causación de la pensión restringida de jubilación es menester que el trabajador haya prestado servicios a la misma empresa bien por más de 10 años y menos de 15, o bien más de 15 años y menos de 20, requisitos o presupuestos éstos que no se dan en el presente caso habida consideración de que el actor solo trabajó al servicio del Banco Cafetero durante 1 año, 3 meses y 6 días. Por lo demás no existe norma alguna en el Código Sustantivo del Trabajo, estatuto este aplicable para regular las relaciones laborales entre el actor y el Banco Cafetero —según los razonamientos del *ad quem* que comparto integralmente— que permita la acumulación de tiempo de servicios prestados por el trabajador a diferentes personas jurídicas de derecho privado o personas naturales.

"En el orden de ideas expuesto mal podía el honorable Tribunal, sin quebrantar la ley, acumular el tiempo servido por el actor al Banco Cafetero con el prestado por aquél a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, entidades diferentes entre sí, y máxime cuando no existe prueba alguna que acredite que las dos entidades mencionadas constituyan una sola unidad de empresa en los términos y condiciones señalados para tal efecto en el artículo 15 del Decreto 2351 de 1965 el cual subrogó el artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo.

"De las pruebas erróneamente apreciadas y que hube de relacionar anteriormente, puntualizándolas, dentro de la formulación de este cargo, sólo se acredita que el trabajador prestó servicios al Banco Cafetero durante un lapso equivalente a 1 año, 3 meses y 6 días, comprendido entre el 25 de octubre de 1966 y el 30 de enero de 1968, y, a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero durante un período de 14 años, 7 meses y 18 días aproximadamente, pero en modo alguno se puede colegir de éllas que el Banco Cafetero y la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero constituyan una misma empresa en los términos y condiciones exigidos por el artículo 15 del Decreto 2351 de 1965. La errónea apreciación de las pruebas que hube de relacionar con anterioridad

y concretamente de los documentales visibles a los folios 6, 8, 39 y 70 indujo al honorable Tribunal a aplicar indebidamente el artículo 8º de la Ley 171 de 1961 acumulando tiempo de servicios prestados por el actor a distintas entidades, no obstante que de acuerdo con el razonamiento del honorable Tribunal las normas aplicables para regir las relaciones laborales entre el actor y el Banco Cafetero lo son las propias de los trabajadores particulares consagradas en el Código Sustantivo del Trabajo, estatuto este que en parte alguna permite la acumulación del tiempo de servicios prestados por el trabajador a distintas personas jurídicas o naturales ni para el efecto del reconocimiento de la pensión plena de jubilación ni mucho menos para el reconocimiento de la pensión restringida o reducida de que trata el artículo 8º de la Ley 171 de 1961.

"Con la demostración de este cargo aspiro a que se conceda lo pedido en el alcance de la impugnación, pues demostrado el error de hecho, deberá absolverse al Banco Cafetero de la obligación de reconocer y pagar la pensión vitalicia de jubilación restringida, casando previamente la sentencia recurrida, pues el honorable Tribunal violó el artículo 8º de la Ley 171 de 1961 al aplicarlo indebidamente, estando demostrado que el Banco Cafetero no está obligado legalmente al reconocimiento y pago de aquella".

Se estudia el cargo.

La censura sostiene en síntesis que, la aplicación indebida del artículo 8º de la Ley 171 de 1961 por parte del Tribunal, como resultado de la errada apreciación de las pruebas que determina, es evidente, por cuanto el demandante no trabajó para el Banco Cafetero sino un año, tres meses y seis días, y mal podía por consiguiente acumular el tiempo servido por el mismo actor del juicio a la Caja de Crédito Agrario, entidades esas que en su sentir no constituyen una sola unidad de empresa.

El Tribunal en la sentencia acusada al tratar sobre este tema se expresó de la siguiente manera:

"(...) Siendo así lo dicho y lo afirmado en la demanda y demostrado en el expediente, la verdad es que el trabajador y reclamante, laboró al servicio del Banco Cafetero y de la Caja de Crédito Agrario, por espacio de 15 años, 8 meses y 28 días, interrumpidamente. De esto no existe la menor duda y se halla acreditado según certificado de la Caja (folios 8 y 39 del expediente).

"Es más. Una vez enterado el Banco de la reclamación por pensión restringida o sanción, que hacía el demandante, denunció el pleito a fin de que la Caja de Crédito Agrario se percatara de ello y a la vez asumiera la responsabilidad que le pudiera corresponder. Y así la entidad últimamente nombrada, se hizo parte en el juicio, desde luego negando el derecho al trabajador.

"Si examinamos la norma legal que debe aplicarse vemos que el trabajador reúne los requisitos requeridos.

"Fue despedido injustamente. Esto no cabe objetarlo, visto lo ya dicho y la condena producida. Allí se dan las razones.

"Prestó más de quince años de servicio a las dos entidades aunque en forma interrumpida, lo que no es óbice, para acumular el tiempo.

"Además, la edad requerida, la tiene el extrabajador, lo que se halla debidamente acreditado a lo largo del proceso (folios 8,-16 y 39).

"Tampoco, nadie contradice que con la pensión por esta causa se ha querido buscar la estabilidad de los trabajadores. Siempre el legislador en materia laboral, ha pretendido sin duda, buscar un proteccionismo para esta clase desfavorecida. No ha mucho se ha visto el país envuelto en grandes problemas y así lo han dicho desde el Jefe del Estado, hasta el menor ciudadano, que una de las graves enfermedades que aquejan al Estado colombiano es el desempleo de número de ciudadanos, mucho mayor que el que puedan dar las estadísticas callejeras.

"Tampoco puede alegarse lo contrario, que esta pensión es para quien reuniendo los requisitos antes vistos y anotados, haya estado al servicio de una misma entidad patronal por el tiempo prescrito, sea continuo o discontinuo.

"Y acaso —continúa el *ad quem*— el Estado no es una misma entidad patronal?

"Las diferentes entidades empresariales, dependientes del Estado en suma, en el fondo son todas la misma cosa; por origen, por norma legal; por fondos de capital, parte presupuestal, o dineros destinados específicamente por disposición legal. Y aún para quienes las dirigen y comandan, juntas directivas integradas por delegados estatales, por representantes del mismo gobierno, etc.

"Hagamos por vía de ensayo, un ligero análisis de lo que es la unidad de empresa para cualquiera de estos efectos y veremos cómo sería injusto, hacer esa separación, este divorcio entre las diferentes empresas estatales, que como las que más, las bancarias, tiene ánimo de lucro, son manejadas en verdad como simples empresas particulares y perciben a diario pingües utilidades.

"Y qué decimos, de la identidad entre una y otra, en materia de vertientes comerciales, cajas de ahorro, depósitos bancarios, cuentahabientes identificados, manejos de fondos particulares, negocios con intereses bancarios iguales, venta de elementos, ya hoy día a precios iguales a los particulares, etc.".

Trae el sentenciador de segundo grado una cita del tratadista Cabanellas y continúa de la siguiente manera:

"No debe perderse de vista, que en épocas anteriores toda empresa era necesariamente privada, es decir, que toda explotación económica era ejercida por particulares. El Estado no era competidor, ni intervenía en el proceso económico; hoy por el contrario, el Estado se ha convertido en empresario de múltiples actividades económicas que explota con ánimo de lucro y no de servicio exclusivamente.

"Se dice que es injusto que una entidad que tuvo un trabajador por espacio de 12 años o más, sin que lo hubiera despedido, sino que su retiro fue voluntario y en cambio la nueva entidad, a donde ingresó el trabajador finalmente y solo llevando en ella dos años de trabajo, siendo ésta última la responsable del despedido sin justa causa, cómo puede 'sancionarse' a la primera que nada tuvo que ver con ese despido.

"Pero es que no se trata de sancionar a ninguna de las entidades. Lo que pasa es que esta pensión restringida, los tratadistas, los procesalistas, en fin los allegados a la rama laboral, han dado en llamarla 'pensión sanción', pero al fin y al cabo no es otra cosa distinta que la aplicación de una norma dictada, como antes se dijo, con miras a buscar la estabilidad de los trabajadores.

"Y si así lo fuera, de sancionar a quien fuera, no se estaría imponiendo una carga a entidad distinta, sino a la entidad denominada Estado".

Se observa.

En el caso *sub judice,* de las pruebas indicadas por la censura como erradamente apreciadas se deduce indudablemente que el actor de este juicio estuvo ligado por contrato de trabajo, con la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero por espacio de 14 años, 7 meses y 18 días, entidad de la que se retiró voluntariamente y asimismo que sirvió al Banco Cafetero también con contrato de trabajo, desde el 25 de octubre de 1966 al 2 de diciembre de 1967, y que por tanto el vínculo laboral con esas entidades fue discontinuo.

El *ad quem* estimó esas probaciones con ese alcance demostrativo y en consecuencia esa apreciación no es errada, sino al contrario perfectamente acorde con el significado de las mismas frente a las circunstancias que evidentemente ellas acreditan.

Empero el *ad quem* no derivó las conclusiones del fallo a las cuales se refiere la censura en este cargo, en lo atinente a la acumulación del tiempo servido por el trabajador al Banco Cafetero y a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, de esas probaciones, sino de la interpretación de las normas sustanciales indicadas por la censura y especialmente del artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 15 del Decreto 2351 de 1965.

En consecuencia la acusación no está bien dirigida por cuanto ella parte de errores de hecho en la apreciación de esas pruebas, y de la aplicación indebida de las normas como consecuencia de tales hipotéticos errores, según las argumentaciones que exhibe, cuando en conformidad con lo sustentado en el fallo objeto del recurso, el ataque ha debido encaminarse hacia la interpretación errónea de las normas sustanciales o indebida aplicación de las mismas, mas por la vía directa y no por la indirecta, como se ha procedido aquí.

Este defecto de técnica en el planteamiento hace improcedente la acusación contenida en el cargo que por lo tanto no prospera.

Segundo cargo.

"Causal primera de casación.

"La sentencia acusada viola directamente el artículo 8º de la Ley 171 de 1961 en relación con el artículo 21 de su Decreto reglamentario 1611 de 1962 y en relación también con el artículo 15 del Decreto 2351 de 1965 el cual subrogó el artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo y con el artículo 250 del citado Código, infracción en que incurrió el honorable Tribunal a través de la interpretación errónea del artículo 8º de la Ley 171 de 1961, interpretación que condujo a considerar al Banco Cafetero y a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero como si fuesen una misma empresa o sola unidad de explotación económica, no siéndolo, como paso a demostrarlo.

"Demostración.

"Como tuve a bien explicarlo y probarlo, dentro de la demostración del primer cargo, el honorable Tribunal sostuvo, acertadamente, que las normas aplicables para regular las relaciones laborales entre el actor y el Banco Cafetero lo

fueron las establecidas en el Código Sustantivo del Trabajo, o, dicho en otros términos, las que regulan las relaciones de derecho individual del trabajo de carácter particular. Si, por consiguiente, las únicas normas aplicables al caso controvertido lo son, según el criterio del honorable Tribunal, el cual comparto integralmente, las propias de los trabajadores particulares, obvio es concluir que aquél interpretó erróneamente el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, por cuanto que dicha norma exige como presupuesto esencial para la causación de la pensión jubilatoria de carácter reducida o restringida el que el servicio se hubiese prestado a una misma empresa, incluyendo dentro de tal concepto a las sucursales o subsidiarias de la misma, lo que de suyo significa o se traduce, al tenor de la citada norma, la ninguna posibilidad jurídica de acumular tiempo de servicios prestados por el trabajador a distintas empresas. Trasladando el razonamiento anterior al caso *sub lite*, aparece aún más de bulto la errónea interpretación del artículo 8º de la Ley 171 de 1961 aplicada por parte del honorable Tribunal, cuando no obstante afirmar en su sentencia que las únicas normas aplicables para regular las relaciones de trabajo entre el demandante y el Banco Cafetero lo son las propias de los trabajadores particulares incorporadas en el Código Sustantivo del Trabajo, sin embargo y ante la meridiana claridad del precepto mencionado, condena al Banco Cafetero al reconocimiento y pago de una pensión vitalicia de carácter restringido, acumulando el tiempo de servicios prestados por el actor a dos empresas o entidades diferentes entre sí con el agravante, por demás, de que el Banco Cafetero no es en modo alguno ni sucursal ni subsidiaria de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero ni ésta última es sucursal o subsidiaria del primero de los nombrados. Si se entiende como una sola empresa, según la definición dada por el artículo 15 del Decreto 2351 de 1965 que subrogó el artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo: 'toda unidad de explotación económica o las varias unidades dependientes económicamente de una misma persona natural o jurídica que corresponda a actividades similares, conexas o complementarias y que tengan trabajadores a su servicio', no se puede, sin grave quebrantamiento de la ley, interpretar el precepto del artículo 8º de la Ley 171 de 1961 y en relación con el artículo 15 del Decreto 2351 antes transcrito, sumar y acumular el tiempo servido por el actor a dos personas jurídicas diferentes entre sí, otorgándole a la ley un alcance distinto al que aquélla contiene.

"Al prosperar este cargo debe casarse parcialmente la sentencia acusada y tomar la decisión de instancia a que he hecho referencia dentro del alcance de la impugnación".

Se estudia.

En este cargo el casacionista arguye que, una de las observaciones que hizo el *ad quem* fue la de que las relaciones que ligaron al trabajador demandante con el Banco Cafetero, estaban reguladas por el Código Sustantivo del Trabajo, mediante la tutela del derecho individual del trabajo de carácter particular, por lo que al aplicar el artículo 8º de la Ley 171 de 1961 lo interpretó erróneamente.

Puntualiza luego que, comoquiera que el citado artículo 8º de la mencionada ley exige como presupuesto esencial para la causación de la pensión jubilatoria restringida que el servicio se hubiera prestado a una sola empresa, esto significa que no hay posibilidad jurídica de acumular tiempo de servicios prestados por el trabajador a distintas empresas, y que, como el Banco Cafetero y la Caja de Crédito Agrario no son una misma empresa sino diferentes, sin que ninguna sea sucursal o subsidiaria de la otra, por ese aspecto que considera demostrado en el cargo anterior, hubo en su concepto interpretación errónea de ese precepto y violación directa y consecuencial de las demás normas que cita.

En este cargo el censor está de acuerdo con el fallador de segundo grado en el concepto de que los trabajadores ligados al Banco Cafetero por contrato de trabajo se rigen integralmente en sus relaciones jurídico-laborales por las normas que tutelan los derechos de los trabajadores particulares, para concluir que, en consecuencia no podía aplicarse al caso de autos la acumulación de tiempo como si se tratara de una sola empresa.

Y expresa que el *ad quem* para la conclusión a que llegó tomó al Banco Cafetero y a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero como si la una fuese sucursal o subsidiaria de la otra. Empero, en la fundamentación del fallo recurrido no aparece esa argumentación como sustento de lo resuelto, es decir que, el Tribunal no consideró al Banco Cafetero y Caja de Crédito Agrario como sucursal o subsidiaria la una de la otra, no, los argumentos esenciales de la sentencia acusada estriban en que, el *ad quem* considera que tanto el Banco Cafetero como la Caja de Crédito Agrario son entidades que dependen del Estado y que este es una misma entidad patronal, para el caso *sub judice*.

Al respecto dice el sentenciador de segundo grado:

"Y acaso, el Estado, no es una misma entidad patronal?

"Las diferentes entidades empresariales, dependientes del Estado en suma, en el fondo son todas la misma cosa; por origen, norma legal; por fondos o capital, por parte presupuestal, o dineros destinados específicamente por disposición legal. Y aún para quienes las dirigen y comandan, juntas directivas integradas por delegados estatales, por representantes del mismo gobierno, etc.".

Y más adelante agrega:

"Y si así fuere, de sancionar a quien fuere, no se estaría imponiendo una carga a entidad distinta, sino a la entidad denominada Estado.

"Pero si en el derecho civil, los padres son responsables de los actos de los hijos, y aún los propietarios de los daños que hagan sus animales. Y por qué en derecho laboral no puede ser responsable el Estado de los actos de sus empresas, de sus filiales de sus 'creaciones', por así decirlo?".

De forma que, estos conceptos fueron exactamente los soportes fundamentales de la conclusión a que llegó el Tribunal, los que no fueron controvertidos por el censor y ni siquiera tenidos en cuenta en el ataque.

Es conveniente repetir aquí que, el derrotero a seguir por la Corte en el análisis de la acusación es exactamente el que le trace el casacionista, sin que pueda salirse de los temas o fundamentos que comprenden el ataque, para entrar en el examen de soportes de la sentencia revisada no tocados por la acusación, así como tampoco puede, porque no es ese su alcance, entrar a estudiar todas las ocurrencias procesales *ex officio* por cuanto no se trata de una tercera instancia.

No habiendo en el caso *sub judice* quedado comprendidos en la censura aquellos fundamentos del fallo a que se ha hecho referencia, ellos por las razones indicadas quedan sosteniendo las conclusiones que tomó el *ad quem*.

El cargo por este aspecto no prospera.

"Tercer cargo.

"Causal primera de casación.

"La sentencia acusada viola indirectamente, por aplicación indebida los artículos 8º, literal b), numerales 4º y 7º, literal a), numeral 15 del Decreto 2351 y el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, violación en que incurrió el honorable Tribunal por errores de hecho manifiestos derivados de la errónea apreciación de unas pruebas y de la falta de apreciación de otra. Los errores de hecho se produjeron al dar por establecido o probado, sin estarlo, que el Banco Cafetero había terminado, sin justa causa, el contrato de trabajo celebrado con el demandante.

"Las pruebas erróneamente apreciadas son: A) El documento visible a folio 5 del expediente; B) Los documentos contentivos de unas declaraciones, visibles a los folios 62 a 67 del expediente.

"La prueba no apreciada lo fue la confesión judicial por parte del actor contenida en la respuesta a la pregunta novena del pliego de posiciones (folio 65).

"Demostración.

"El honorable Tribunal dio por establecido en su sentencia: a) Que, el actor trabajó al servicio del Banco Cafetero desde el 25 de octubre de 1966 hasta el 30 de enero de 1968, hecho éste por cierto plenamente acreditado dentro del informativo; b) Que, el Banco Cafetero no había demostrado la causal invocada como justificativa de la terminación del contrato, o sea a la que hace referencia el artículo 7º, ordinal 15 del Decreto 2351 de 1965; c) Que, muy por el contrario, al decir del honorable Tribunal —y de acuerdo con las declaraciones visibles de los folios 62 a 67— para la fecha en que le fue comunicada al actor por parte del Banco Cafetero la determinación de este último de dar por terminado el respectivo contrato de trabajo, ya el trabajador se encontraba *recuperado,* se había involucrado a su trabajo y estaba cumpliendo una jornada de trabajo inclusive superior a la ordinaria; y d) Que, de acuerdo con el documento visible a folio 5 del Banco Cafetero había dado por terminado el contrato sin esperar el vencimiento del término o plazo señalado en el artículo 7º, numeral 15 del citado Decreto 2351 de 1965 sin esperar el diagnóstico médico pertinente.

"De los hechos afirmados por el honorable Tribunal y contenidos en los literales b), c) y d) anteriores, aquél dedujo que el Banco Cafetero había dado por terminado injustamente el contrato de trabajo que lo ligaba para con el demandante, imponiéndole como consecuencia la obligación de reconocer y pagar a favor de su extrabajador una determinada cantidad de dinero a título de indemnización por despido injusto y una pensión vitalicia de jubilación restringida o reducida.

"En relación con la causal invocada por el Banco Cafetero para dar por terminado el contrato, el honorable Tribunal se expresa así:

"Sea lo primero, anotar que la causal invocada para ocasionar el despido del demandante, 'enfermedad que usted viene padeciendo desde el 29 de julio del presente año (1967), y que lo ha incapacitado para el normal desarrollo de sus labores en el Banco', por el cual dieron por terminado el contrato que lo ligaba con el Banco, 'a partir del 30 de enero de 1968', fue comunicada por oficio DRI 49021 de fecha 20 de noviembre de 1967, y basa el Banco su determinación en el artículo 7º, ordinal 15 del Decreto 2351 de 1965. Nota que aparece original, al folio 5 del expediente.

" 'Pero esa causal, que habla de la enfermedad que padezca el trabajador, contagiosa o crónica, que no tenga el carácter de profesional, y cuya duración no sea probable antes de seis (6) meses, *no fue demostrada por la empleadora* y muy por el contrario, se halla demostrado que el ex-trabajador, cuando le fue comunicada la determinación del Banco de dar por terminado el contrato, 20 de noviembre de 1967, ya el ex-trabajador se hallaba *recuperado,* se había involucrado en sus labores nuevamente y estaba cumpliendo no sólo la jornada ordinaria, sino aún mayor. Así se establece de las *declaraciones de testigos rendidas bajo juramento,* ante el Juez comisionado, y que aparecen el número de tres (3) a folios 62 a 67 del expediente. (Sic).

" '*Además, no existe ningún certificado médico, idóneo que diga que tal enfermedad la sufrió el ex-trabajador y que pasado el término legal, no había obtenido la recuperación del caso.*

" 'Por el contrario, la nota de terminación del contrato por esa causal, ya estaba enviando el Banco al ex-trabajador, 70 *días antes de que se cumpliera ese supuesto término de los seis meses de que habla la norma legal.* Es decir con fecha 20 de noviembre de 1967, se le estaba notificando al ex-trabajador, que como por la lesión sufrida, no se recuperaría para el 30 de enero de 1968, daba el Banco por terminado el contrato de trabajo. *Mejor dicho, se anticipaba un diagnóstico 70 días, pero no dado por entidad o persona idónea o capacitada para ello.*

" 'Como el contrato escrito vigente entre el trabajador y empleadora, a finales del vínculo jurídico laboral, era a término indefinido, cláusula cuarta del mismo, y la norma que regía tales relaciones según el texto del mismo contrato y lo afirmado por el Banco por boca de su apoderado, y lo pactado convencionalmente, fue el Decreto 2351 de 1965 y el Código Sustantivo del Trabajo, deberá condenarse a la indemnización establecida en esa orden legal, literal B) del numeral 4º del artículo 8º del Decreto citado, y conforme al salario dicho por el demandante, puesto que el demostrado por la entidad demandada (folios 8 y 39), no se pueden tener en cuenta para evitar la condena ultra-petita, lo que arroja la cantidad de $ 5.946.36, suma igual a la que condenó el *a quo,* por lo cual deberá confirmarse el fallo en este aspecto. Así se dirá en la parte resolutiva'. (Lo subrayado es mío).

"Pero ocurre honorables Magistrados que el honorable Tribunal pasó por alto y de qué manera!, con omisión imperdonable, la confesión hecha por el propio demandante y contenida en la respuesta a la pregunta novena del pliego de posiciones, la cual obra a folio 85 del expediente, pregunta y respuesta que para su fácil consulta me permito transcribir a continuación:

" '*Novena pregunta.* Que diga el absolvente, bajo la gravedad del juramento que ha prestado y a sabiendas de incurrir en delito de perjurio en caso de no decir la verdad, como es cierto que el Banco le proporcionó a usted toda la atención médica, farmacéutica y hospitalaria necesaria para la atención de su lesión?

" '*Contestó.* Sí es cierto, y aclaro que me prestó la atención médica' farmacéutica y hospitalaria necesaria *durante el tiempo que permanecí trabajando con el Banco.* Leída la aprobó'. (Lo subrayado es mío).

"Sea lo primero advertir que la mayor parte de la respuesta atrás transcrita fue aclaración del propio absolvente, la cual, la hace esencialmente espontánea y libre, y que de suyo le imprime a aquélla un valor probatorio definitivo.

"Si de acuerdo con los términos como se encuentra concebida la citada confesión, el Banco Cafetero durante todo el tiempo en que el señor estuvo a su servicio —1 año, 3 meses y 6 días comprendidos entre el 25 de octubre de 1966 hasta 30 de enero de 1968— hubo de prestarle o proporcionarle a éste último la asistencia médica, farmacéutica y hospitalaria necesaria para la atención de su lesión cardíaca, obvio es concluir, al contrario de lo afirmado por el honorable Tribunal, lo siguiente: 1º) Que, el Banco Cafetero, por razón de la confesión aludida, demostró plenamente la causal invocada como apoyo para terminar con justa causa el contrato de trabajo, o sea la contemplada en el artículo 7º, ordinal 15 del Decreto 2351 de 1965, confesión que, por otra parte, por constituir plena prueba, relevaba al Banco de la obligación de demostrar, a través de otros medios probatorios, los hechos constitutivos de la citada causal; 2º) Que, de acuerdo con lo afirmado en el numeral anterior muy al contrario de lo afirmado por el honorable Tribunal el término o plazo de los

180 días a que alude el precepto atrás citado, se encontraban en el caso de estudio más que vencidos o superados si tenemos en cuenta que de acuerdo con la confesión del actor la lesión por éste padecida tuvo que ser atendida durante todo el tiempo que estuvo al servicio del Banco Cafetero o sea durante 1 año, 3 meses y 6 días, de lo cual se infiere necesaria y obligadamente la imposibilidad del actor para prestar el servicio convenido o contratado, no siendo menester de consiguiente y por no exigirlo así expresamente la norma del artículo 7º atrás citado, el dictamen de la 'entidad o persona idónea o capacitada para ello'; 3º) Que el Banco preavisó oportuna y legalmente al actor tal como lo ordena el inciso 2º del numeral 15 del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965.

"Ahora bien. De las declaraciones que obran incorporadas en los folios 62 a 67 citadas por el honorable Tribunal en su sentencia, se deduce precisamente todo lo contrario de lo afirmado por aquella corporación, pues unas deposiciones rendidas por quienes aceptan, ser, en su orden, agricultor, empleado de una cooperativa y agente de seguros, agricultor y ganadero no serían —siguiendo el mismo razonamiento del honorable Tribunal— 'las entidades o personas idóneas' para dictaminar acerca de la salud del señor Lara Rodríguez (sic) ni mucho menos, para que con base en sus dichos el honorable Tribunal se apoye para afirmar que el ex-trabajador se hallaba 'recuperado'.

"De otra parte todos los declarantes están acordes en afirmar que el señor Rodríguez Lara durante algún tiempo estuvo ausente de las funciones que debía ejercer en el Banco motivadas por una afección al corazón y si bien afirman que lo vieron en las oficinas del Banco en el desempeño de su cargo, de ello no se puede inferir o deducir necesariamente que el actor estuviera capacitado para prestar normalmente las funciones a él adscritas o encomendadas.

"Al apreciar el honorable Tribunal erróneamente el documento visible a folio 5 y las declaraciones visibles de los folios 62 a 67 y el haber dejado de apreciar la confesión judicial contenida en la respuesta novena, visible a folio 85, determinó que aquélla corporación violara indirectamente, por aplicación indebida los artículos 8º, literal b), numeral 4º y 7º, literal a), numeral 15 del Decreto 2351 de 1965 y el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, pues al haberse demostrado que el Banco Cafetero terminó el contrato de trabajo con justa causa, no era posible dar aplicación a los citados preceptos que exigen como presupuesto necesario el despido injusto.

"A través de la demostración de este cargo aspiro a que se conceda lo que pido en el alcance de la impugnación, comoquiera que demostrado el error de hecho, deberá absolverse al Banco Cafetero de la indemnización por despido injusto y de la pensión vitalicia de jubilación restringida, casando previamente la sentencia recurrida".

Se estudia el cargo.

Como está advertido, el enfoque de este cargo se dirige a la apreciación errónea de las pruebas a que alude y a la falta de apreciación de otra, de donde se dice que el *ad quem* derivó el despido injusto por parte del Banco Cafetero con las consecuencias de violación de la ley según el impugnante.

Al examinar ahora esas pruebas se tiene que, el documento visible al folio 5 del expediente contiene el aviso de despido dado por el Banco Cafetero al señor Luis Alejandro Rodríguez, concebido en los siguientes términos:

"Debido a la enfermedad que usted viene padeciendo desde el 29 de julio del presente año, y que lo ha incapacitado para el normal desarrollo de sus labores en el Banco, se ha resuelto dar por cancelado su contrato de trabajo por justa causa, a partir del 30 de enero de 1968, de acuerdo con el artículo 7º, ordinal 15 del Decreto 2351 de 1965".

"Le pedimos el favor de hacer entrega de la oficina a la persona que inmediatamente se designará para ello, y se le informa además que queda relevado de seguir prestando sus servicios desde dicho momento".

De donde no queda duda de que la causa generadora de este despido lo fue esa enfermedad de que Rodríguez venía padeciendo.

El Tribunal sentenciador se pronuncia sobre este particular de la siguiente manera:

"(...) Pero esa causal, que habla de la enfermedad que padezca el trabajador, contagiosa o crónica, que no tenga el carácter de profesional, y cuya curación no sea probable antes de seis (6) meses, no fue demostrada por la empleadora y muy por el contrario, se halla demostrado que el ex-trabajador, cuando le fue comunicada la determinación del Banco de dar por terminado el contrato, 20 de noviembre de 1967, ya el ex-trabajador se hallaba recuperado, se había involucrado en sus labores nuevamente y estaba cumpliendo no sólo la jornada ordinaria, sino aún mayor. Así se establece de las declara-

ciones de testigos rendidas bajo juramento, ante el Juez comisionado, y que aparecen en número de tres (3) a folios 62 a 67 del expediente.

"Además, no existe ningún certificado médico, idóneo que diga que tal enfermedad la sufrió el ex-trabajador y que pasado el término legal, no había obtenido la recuperación del caso.

"Por el contrario, la nota de terminación del contrato por esa causal, la estaba enviando el Banco al ex-trabajador, 70 días antes de que se cumpliera ese supuesto término de los seis meses de que habla la norma legal. Es decir, con fecha 20 de noviembre de 1967, se le estaba notificando al ex-trabajador, que como por la lesión sufrida no se recuperaría para el 30 de enero de 1968, daba el Banco por terminado el contrato de trabajo. Mejor dicho, se anticipaba un diagnóstico 70 días, pero no dado por entidad o persona idónea o capacitada para ello".

En cuanto atañe a la prueba dejada de apreciar o sea la respuesta dada por el señor Rodríguez a la pregunta novena del pliego de posiciones, evidentemente no la comenta el fallador, empero el absolvente en esa respuesta, refiriéndose a la pregunta que dice: "(...) cómo es cierto que el Banco le proporcionó a usted toda la atención médica, farmacéutica y hospitalaria necesaria para la atención de su lesión? Respondió: 'Sí es cierto, y aclaro que me prestó la atención médica farmacéutica y hospitalaria necesaria durante el tiempo que permanecí trabajando con el Banco".

De esta respuesta no se puede concluir que, la enfermedad padecida por el señor Rodríguez Lara fuera incurable o por lo menos que no pudiera tener solución satisfactoria para el paciente dentro de los ciento ochenta días a que se refiere el ordinal 15 del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, invocado por el Banco como causa de despido, de forma que, el no traerla a cuanto el fallador de segundo grado en el análisis de las pruebas en nada afecta la conclusión tomada en el fallo. Por otra parte, esta no es la prueba conducente para demostrar lo preceptuado por la disposición antecitada.

Los testimonios a que se refiere el censor como erradamente apreciados, que tratan de que el señor Rodríguez se había incorporado a sus tareas en el Banco para la época señalada por los testigos, prueba ésta tenida en cuenta por el Tribunal, no es susceptible de revisión en este recurso extraordinario dada la limitación establecida por la Ley 16 de 1969.

El *ad quem* no encontró demostrada la causa del despido como justa, según lo pretende el Banco Cafetero, sino que por el contrario habiendo por una parte estimado que el señor Rodríguez había demostrado su recuperación mediante su asistencia a las labores ordinarias en el Banco, y no habiendo éste acreditado la incurabilidad del señor Rodríguez con respecto a las dolencias padecidas por él, la causa del despido no fue justa, y sobre ese presupuesto produjo las condenaciones que hizo.

No aparece por tanto el error evidente en la apreciación de esas pruebas a que se refiere la censura y como resultado el cargo no prospera.

Demanda de la Caja de Crédito Agrario.

La Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, separadamente del Banco Cafetero presentó su demanda de casación, cuyo alcance precisa así:

"Como apoderado de la demandada Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, aspiro a que la honorable Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral— *case parcialmente* el fallo proferido en el presente juicio por el honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá —Sala Laboral— el 21 de noviembre de 1970 y constituida en Tribunal de instancia, revoque los numerales segundo y tercero de la parte resolutiva de la sentencia recurrida y en su lugar confirme el numeral tercero de la sentencia de primera instancia dictada por el Juez Tercero Laboral del Circuito de Bogotá y declare además probadas las excepciones perentorias propuestas por la Caja".

Conviene observar aquí, en virtud del rigor formal del recurso de casación, que, lo que el casacionista impetra en el aludido alcance aclarado en la parte final del segundo cargo es que: la Corte case la sentencia recurrida en cuanto en élla fue resuelto contra la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, y que como consecuencia en sede de instancia confirme el numeral tercero de la parte resolutiva del fallo de primer grado y resuelva sobre las excepciones propuestas por esta entidad.

Invoca la causal primera de casación y con fundamento en élla formula dos cargos, de los que por razones de orden lógico se estudiará en primer lugar el segundo.

Dice así:

"*Segundo cargo.* Acuso la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá —Sala Laboral— que puso fin a la segunda instancia en el presente juicio de ser violatoria de la ley sustantiva por interpretación errónea del artículo 8º de la Ley 171 de 1961 y del artículo 21 del Decreto 1611 de 1962.

"Enseña la jurisprudencia de la misma Corte que se entiende por interpretación errónea 'la equivocada estimación que el juzgador hace de su contenido, independientemente de toda cuestión de hecho'. (Cas. 11 Sep. 1950), y en otro de sus fallos reitera lo siguiente: 'Aunque no puede confundirse la infracción directa de la ley con la errónea interpretación de ella, se ha considerado que el motivo de casación llamado interpretación errónea es como la infracción directa, una violación directa de la ley, porque no se produce a través de pruebas sino en la norma misma, en un caso por ignorancia o abierta rebeldía del Juez y en otra por un torcido entendimiento'. (Cas. 19 Jun. 1953, Cadavid contra Gallego).

"Aplicando estas tan conocidas doctrinas de la Corte al caso presente, tenemos que el Tribunal Superior que falló el presente negocio, interpretó erradamente las normas sustantivas atrás citadas porque les hizo decir lo que allí no se contiene, a saber que para la pensión restringida de jubilación cuando un trabajador es despedido injustamente después de haber laborado para una sola empresa de capital no inferior a $ 800.000, o para sus sucursales o subsidiarias después de 15 años, pueden acumularse servicios prestados a dos entidades distintas como son la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero y el Banco Cafetero. No olvidemos el principio famoso del derecho romano: *'Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debamus'*, o sea que donde la ley no distingue, no es dable hacer distinciones al juzgador.

"Pero hay más. No olvidemos que la norma contenida en el artículo 8º de la Ley 171 de 1961 y en el artículo 21 del Decreto 1611 de 1962 es de carácter exceptivo, porque la norma general sobre jubilación es la de que el trabajador que haya completado 20 años de servicios continuos o discontinuos y haya cumplido la edad exigida por la ley tendrá derecho a una pensión de jubilación aunque su despido haya sido por justa causa, o aunque se haya retirado voluntariamente, en una palabra para este caso no juega la causa de la terminación del contrato. Y aquí también existe norma expresa sobre acumulación de servicios prestados sucesiva o alternativamente a entidades distintas, de derecho público. (Ley 6ª de 1945, Ley 24 de 1947, Decreto 1848 de 1969), lo que no ocurre repetimos para la pensión restringida de que se viene hablando.

"Siendo pues una ley que contiene normas de excepción su interpretación debe ser restringida, según un principio también muy conocido del derecho romano.

"Y no se diga que el parágrafo del artículo 8º de la Ley 171 de 1961 dispone que tal pensión especial se aplique a los trabajadores ligados por contrato de trabajo con los establecimientos públicos descentralizados, porque el recto entendimiento de dicho parágrafo es el de que quien haya trabajado en un establecimiento público descentralizado durante las épocas a que se refiere dicho precepto, o sea más de 10 años y menos de 15 o más de 15 años y haya sido despedido sin justa causa tiene derecho a la pensión proporcional. Pero tampoco se dice allí que puedan acumularse servicios prestados sucesiva o alternativamente a varios establecimientos públicos descentralizados. Y si no lo dice, siendo ley de excepción, repetimos, no puede el Juez o el Tribunal convertirse en legislador y decretar esa acumulación de la cual la ley no ha hablado expresamente.

"La incidencia de este cargo consiste, en que si el Tribunal Superior de Bogotá no hubiera interpretado erróneamente las normas sustantivas citadas, su fallo en cuanto a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero se refiere hubiera sido distinto, a saber confirmar el numeral tercero de la sentencia de primera instancia dictada por el Juez Tercero Laboral del Circuito de Bogotá el 30 de marzo de 1970, o sea la absolución a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero de la cuota parte de la pensión especial de jubilación reclamada, por no existir norma legal expresa que la obligue a ello, acumulando los servicios prestados en dicha institución con los prestados al Banco Cafetero, con tanta mayor razón cuanto que el demandante señor Luis Alejandro Rodríguez Lara se retiró voluntariamente del servicio de la Caja.

"Aunque el Tribunal Superior opine lo contrario, sí es evidente y así lo consideran todos los tratadistas de derecho laboral que ésta es una pensión-sanción, porque se trata precisamente de sancionar o castigar a la empresa que con perjuicio para la estabilidad del trabajador lo despide sin justa causa cuando está para cumplir el tiempo requerido para disfrutar de su pensión plena de jubilación. Y por eso la sanción cobija los despidos hechos al trabajador que ya haya superado los 10 años de servicios y haya sido injustamente despedido, se entiende, de la misma empresa, pues la injusticia es muy clara al sancionar a la entidad que cumplió estrictamente el contrato de trabajo con el demandante, como lo hizo la Caja Agraria, con una sanción causada por el incumplimiento de un contrato

de trabajo distinto, cual fue el celebrado entre el Banco Cafetero y el demandante, con el agravante de que como el señor Rodríguez Lara trabajó 14 años en la Caja y un año en el Banco Cafetero, la cuota más alta de esa pensión restringida la deberá cargar según el Tribunal, la entidad que cumplió su contrato, y la más baja, correspondiente a un (1) año, la entidad que cometió el atropello contra el trabajador.

"La interpretación errónea de la ley sustantiva es pues evidente y por ello la honorable Corte deberá declarar probado este cargo y proceder conforme lo solicitado en el acápite denominado *alcance de la impugnación*".

Se observa.

Arguye en síntesis el casacionista que, *para la pensión plena de jubilación* que corresponde a trabajadores vinculados sucesiva o alternativamente en distintas entidades de derecho público, hay normas que autorizan la acumulación del tiempo laborado en ellas, y la responsabilidad de las mismas en relación con el tiempo servido, empero que en el caso *sub judice*, siendo distintas las entidades Caja Agraria y Banco Cafetero esa acumulación de tiempo no es posible, y la responsabilidad de la primera en el pago *de la parte proporcional* relacionada con la pensión restringida ordenada en la sentencia recurrida, no puede derivarse del entendimiento de la Ley 171 de 1961 artículo 8º ni del artículo 21 del Decreto 1611 de 1962, por lo que erró el *ad quem* al pronunciarse en esa forma contra la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero.

Ciertamente como lo anota la censura en este cargo, para efectos de la pensión plena de jubilación *que corresponda a trabajadores vinculados a la administración pública, ligados a esta por relación de derecho público o por contrato de trabajo, hay normas que determinan para esos fines la proporción por la que deben responder esas entidades en relación con el tiempo servido a ellas, a fin de que la última pueda atender al pago de esa pensión plena jubilatoria.*

En cambio, no sucede lo mismo con la pensión restringida derivada de la Ley 171 de 1961, artículo 8º y del artículo 21 del Decreto 1611 de 1962, que se ordena en las condiciones de tiempo de servicio y de despido injusto allí especificados, pero que no trata de proporcionalidad de ninguna naturaleza.

De forma que, en el caso sub lite *cuando el* ad quem *determinó en la sentencia materia del recurso que el Banco Cafetero podía repetir contra la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, obligando a esta entidad a cubrir la mayor parte de la pensión especial decretada en la sentencia, se equivocó en la interpretación de esas normas señaladas por el censor, haciendo derivar de ellas una* responsabilidad proporcional *en el pago de tal pensión que tales estatutos no contemplan, por lo que este cargo prospera y habrá de casarse la sentencia acusada, exonerando a la Caja de Crédito Agrario de tal condena, por cuanto no tenía obligación de responder por éllo.*

En virtud de la prosperidad de este cargo, no es menester estudiar el primero, por el que la censura perseguía la misma finalidad, pero con base en errores de hecho en la apreciación de unas pruebas.

La demanda del actor del juicio.

La parte demandante recurrente fija la finalidad de su demanda así:

"Se busca que la honorable Corte case parcialmente la sentencia recurrida en cuanto por su numeral primero confirmó el mismo numeral de la sentencia de primera instancia; en cuanto al no pronunciarse sobre la petición de indemnización moratoria, absolvió por ese concepto, y en cuanto por su numeral cuarto limitó a un 80% las costas de primera instancia, y que, convertida en Tribunal de instancia, modifique el numeral primero de la sentencia de primer grado en el sentido de aumentar el monto de la condena por indemnización por despido injusto y se condene al Banco Cafetero a pagar a mi mandante indemnización moratoria y la totalidad de las costas de primera instancia; además las costas del recurso extraordinario".

En cuanto a este alcance de la impugnación se observa que, las costas procesales no son causa del recurso extraordinario, y por lo tanto no se puede pedir que se case una sentencia con ese motivo especialmente determinado. Las costas del recurso extraordinario dependen del resultado del mismo así como las de la instancia de las consecuencias de la acción.

Invoca el casacionista la causal primera y con fundamento en ella presenta los siguientes cargos:

"Primer cargo: La sentencia recurrida violó, por vía indirecta, el artículo 8º, numeral 4, literal b), del Decreto 2351 de 1965, y el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, por aplicación indebida, y por falta de aplicación de los artículos 8º y 11 de la Ley 6ª de 1945, 43 y 51 del Decreto 2127 de 1945 y 1º del Decreto 797 de 1949, a causa de error de hecho, eviden-

te en autos, en que incurrió el sentenciador por errada apreciación de unas pruebas.

"Explicación del cargo:

"Sea lo primero advertir que está fuera de toda discusión el hecho de que el recurrente Rodríguez Lara estuvo vinculado con el Banco Cafetero y la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, entidades oficiales de crédito, mediante contratos de trabajo que suscribió con cada una de ellas.

"El Tribunal admite, como también lo admitió el *a quo*, que el Banco Cafetero procedió ilegal e injustamente al despedir a Rodríguez Lara. Sin embargo, estima que la indemnización consecuente a ese proceder debe liquidarse de conformidad con lo que estipula el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965 y no de acuerdo con el Decreto 2127 de 1945, porque las partes, según el Tribunal, decidieron contractualmente y se pactó asimismo en la convención colectiva de trabajo que rige las relaciones laborales del Banco Cafetero con sus trabajadores, someterse al régimen del Decreto 2351 de 1965 y del Código Sustantivo del Trabajo. Conclusión ésta que, sin lugar a dudas, sacó el Tribunal por haber apreciado erradamente unas pruebas que le llevaron a incurrir en un evidente error de hecho.

"El error de hecho consiste en que el Tribunal dio por demostrado, no estándolo, que el Banco Cafetero y Luis Alejandro Rodríguez Lara acordaron que sus relaciones contractuales se rigieran por el Decreto 2351 de 1965 y por el Código Sustantivo del Trabajo. Las pruebas mal apreciadas son el contrato de trabajo que ellos celebraron. (Fs. 111 y 112) y la convención colectiva de 14 de febrero de 1966 (Fs. 125 a 139).

"El contrato de trabajo no dice en ninguna de sus cláusulas lo que afirma el Tribunal, no hay ninguna estipulación a ese respecto. Es verdad que algunas de ellas (cuarta, séptima, octava, novena y décima), se remiten a ciertas y determinadas disposiciones del Decreto 2351 y del Código Sustantivo del Trabajo. Pero ello no da base para considerar, como lo hace el Tribunal, que las partes decidieron someter sus relaciones contractuales al estatuto de los trabajadores particulares. La remisión que ellas hicieron a las disposiciones de dicho estatuto hay que entenderla en el sentido de que tales disposiciones no gobiernan sino las materias específicas de que trata cada una de esas normas, mas nunca darle el alcance general que equivocadamente señala el Tribunal. Esas disposiciones son estipulaciones contractuales que no tienen más efectos que los previstos en las mismas.

"Al convenir las partes en el contrato que éste podrá terminarse conforme a lo establecido en el Decreto 2351 de 1965, no hicieron otra cosa que señalar, mediante estipulación contractual, las causales por las cuales podía cada una de ellas darle fin al vínculo, mas no acordaron —ni el contrato ni la convención dan base para sostener lo contrario— que en caso de un despido injusto e ilegal las consecuencias para el infractor fueran las señaladas en el mismo Decreto 2351 y no las determinadas en las disposiciones aplicables. El Tribunal incurrió en un evidente error de hecho al darle a ese acuerdo respecto de las causales para dar por terminado el contrato de trabajo, un alcance y una extensión que las partes no fijaron en el contrato, ni se encuentra pactado en la convención colectiva. Como no hubo acuerdo, contractual o convencional, en relación con las consecuencias que pudieran derivarse del mal uso de las causales de terminación del contrato convenidas, es obvio que ellas no pueden ser otras que las fijadas en el artículo 51 del Decreto 2127 de 1945, por haber estado el recurrente ligado a un establecimiento oficial por contrato de trabajo, cuestión esta última que admite el Tribunal. De no haber incurrido el sentenciador en el error de hecho anotado, habría impartido una condena, por indemnización por despido injusto, conforme a lo solicitado en la demanda, es decir, $ 14.200, equivalente a los salarios de 4 meses, 22 días, tiempo que faltó para cumplirse un período de seis meses.

El mismo error de hecho puntualizado llevó también al Tribunal a infringir el artículo 1º del Decreto 797 de 1949. Dice el sentenciador que no hay lugar a la condena de indemnización moratoria, por el no pago de la indemnización por despido injusto, porque como las partes se acogieron al régimen del Código Sustantivo del Trabajo, este estatuto no contempla la indemnización por mora en caso de no pago de otra indemnización. Ya se vio cómo ni el contrato de trabajo ni la convención, en los cuales se apoya el Tribunal para formular su aserto, dan cuenta de un acuerdo de tal naturaleza entre las partes, lo cual demuestra palmariamente la evidencia del error de hecho que lo llevó a la aplicación indebida del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo".

Se estudia el cargo.

Ciertamente el Tribunal para efectos de la indemnización por despido injusto consideró conveniente deducirla de lo establecido por el artículo 8º, ordinal 4º, literal b) del Decreto

2351 de 1965, confirmando por ese aspecto lo resuelto por el *a quo*.

El fallador para esta deducción trae las siguientes consideraciones:

"Como el contrato escrito vigente entre el trabajador y empleadora, a finales del vínculo jurídico laboral, era a término indefinido, cláusula cuarta del mismo, y la norma que regía tales relaciones según el texto del mismo contrato y lo afirmado por el Banco por boca de su apoderado, y lo pactado convencionalmente, fue el Decreto 2351 de 1965 y el Código Sustantivo del Trabajo, deberá condenarse a la indemnización establecida en esa orden legal, literal B) del numeral 4º del artículo 8º del Decreto citado, y conforme al salario dicho por el demandante, puesto que el demostrado por la entidad demandada (folios 8 y 39), no se puede tomar en cuenta para evitar la condena ultra petita, lo que arroja la cantidad de $ 5.946.36 suma igual a la que condenó el *a quo*, por lo que deberá confirmarse el fallo en este aspecto. Así se dirá en la parte resolutiva".

Ese concepto general expresado por el *ad quem*, no es exacto en su totalidad, puesto que, aun cuando es evidente que el contrato de trabajo celebrado por Rodríguez con el Banco alude en la cláusula cuarta al Decreto 2351 de 1965, cuando dice:

"El presente contrato es de duración indefinida de conformidad con lo estipulado en el Decreto 2351 de septiembre 4 de 1965, y podrá terminarse conforme a lo establecido en la misma norma". Y además hace referencia a determinadas disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo aplicables a esa relación laboral, indicadas en las cláusulas séptima y octava, ello no quiere decir que tal vínculo contractual en todos sus aspectos y consecuencias deba ser regulado por las disposiciones que tutelan las relaciones laborales entre el trabajador y las entidades particulares.

Ahora bien, como la convención colectiva citada por el censor no determina que esa vinculación contractual de los trabajadores con el Banco Cafetero debe estar sometida integralmente al régimen estatutario establecido para las relaciones entre particulares, las referencias al Decreto 2351 y a determinados artículos del Código Sustantivo del Trabajo contempladas en el contrato y en la convención, deben concretarse a lo específicamente en ellas preceptuado, sin que pueda aplicarse la totalidad del estatuto particular a esta clase de trabajador y de relación laboral.

Con todo, como evidentemente la cláusula cuarta del contrato habla de que este es de *duración indefinida* de acuerdo con el Decreto 2351 de 1965, esta estipulación contractual es más favorable o más provechosa para el trabajador que el plazo presuntivo de seis meses, por variados aspectos.

Si pues el fallador tomó esta orientación para regular el monto de las indemnizaciones por despido injusto, la conclusión no es equivocada aun cuando los fundamentos de la misma sí lo sean en parte.

En consecuencia no aparece el error evidente de hecho en la apreciación de las pruebas señaladas por la censura y el cargo por tanto no prospera.

Segundo cargo.

"La sentencia recurrida violó, por vía indirecta, el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, por aplicación indebida, y por falta de aplicación el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, en relación con los artículos 8 y 11 de la Ley 6ª de 1945, a causa de error de hecho, evidente en los autos, en que incurrió el sentenciador por errada apreciación de unas pruebas.

"Explicación del cargo:

"El Tribunal incurrió en un error de hecho al dar por demostrado, sin estarlo, que existió un acuerdo entre las partes en el sentido de que sus relaciones contractuales se rigieran por el Decreto 2351 de 1965 y por el Código Sustantivo del Trabajo, consecuencia de haber apreciado erradamente estas dos pruebas: el contrato de trabajo y la convención colectiva de 1965.

"En la explicación del cargo anterior se demostró la evidencia del error de hecho.

"Para los solos efectos de este segundo cargo, se acepta que el Tribunal se ciñe a la ley cuando afirma que la indemnización que debe el Banco a Rodríguez Lara, por razón del despido ilegal e injusto de que fue víctima, es la determinada en el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965. El Tribunal condena al Banco a pagarle a Rodríguez Lara *una indemnización* (subrayo), sin embargo de lo cual absuelve al Banco de pagar la indemnización moratoria consagrada en el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, violándolo indirectamente, norma esta que ordena, terminado el contrato de trabajo, la aplicación de la sanción no únicamente por el no pago de salarios o prestaciones, sino también por el no pago de indemnizaciones, como la que el Tribunal condena al Banco a pagar. Precisamente el error de hecho singularizado condujo al Tribunal a absolver por ese concepto, aplicando indebida-

mente el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, pues ni en el contrato de trabajo ni en la convención —es ineludible repetirlo— se convino por sus contratantes que en caso de que el Banco Cafetero incurriera en mora en el pago de las acreencias laborales que surgieran a favor de Rodríguez Lara, la renuencia del Banco debía sancionarse de conformidad con el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

Se estudia.

Para resolver sobre la indemnización moratoria dice el *ad quem:*

"En cuanto a la indemnización moratoria, por el no pago de la indemnización por razón del despido injusto, o lucro cesante, como lo dice el Juez de primera instancia, no es posible hacer tal condena, en virtud de que las partes convinieron que sus relaciones jurídico-laborales se regirían, por las normas que cobijan a los trabajadores particulares, o sea por el Decreto 2351 de 1965 y el Código Sustantivo del Trabajo, norma que no contempla la indemnización por mora, en caso de no pago de otra indemnización. Y si es así no puede dársele aplicación para este caso, ni para ninguno otro en el evento de estudio, a lo establecido por el Decreto 797 de 1949, aplicable a las relaciones entre trabajadores y entidades de derecho público.

"Esto es absolutamente cierto y legal, y por ello deberá confirmarse lo dicho por el funcionario sentenciador de primer grado. Así se dirá igualmente en la parte resolutiva".

Como aparece de lo transcrito, el fallador de segundo grado parte de la base de que las relaciones jurídico-laborales entre el Banco Cafetero y el trabajador Rodríguez se rigen por las normas que amparan a los trabajadores particulares, y ya se dijo en el examen del cargo anterior que, en el caso concreto de autos, el Decreto 2351 y las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo a que se refieren el contrato de trabajo y la convención colectiva tienen una aplicación restringida a lo que aquellas normas en sí mismas disponen y en cuanto ellas por voluntad de las partes deben ser tenidas en cuenta en esas relaciones laborales. Empero ello no quiere decir que en aquellos casos no contemplados específicamente en tales preceptos se aplique necesariamente lo estatuido para la protección de los derechos de los trabajadores particulares y no los que en realidad competen a las relaciones de los trabajadores oficiales ligados a esa entidad por contrato de trabajo. Es decir que, para el caso concreto de autos, se aplican las disposiciones a que se refieren las estipulaciones contractuales y convencionales, en lo atinente a los derechos consagrados en ellas, y en todos los demás las que rigen las relaciones de los trabajadores oficiales ligados por contrato de trabajo.

En lo atinente a la indemnización moratoria a que se refiere el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, esta Sala de la Corte ha dicho que:

"Esta disposición sustancial señaló pues claramente una sanción intitulada indemnización, que se ha singularizado por la doctrina y la jurisprudencia como moratoria, en las relaciones obrero patronales entre particulares, aplicable como es obvio cuando el patrono no paga al empleado u obrero el monto de los salarios y prestaciones debidos a la terminación del contrato de trabajo.

"Empero, el no pago de las sumas de dinero que puedan deducirse por lucro cesante o indemnización por despido, cuando éste es injusto, no causan la sanción moratoria porque la naturaleza jurídica de los salarios y prestaciones difiere sustancialmente de la sanción con que se grava al patrón cuando el despido no es justo.

"Esto como queda advertido es la norma estatuida para los empleados particulares; en cuanto a los trabajadores oficiales, vinculados a la administración por medio de contrato de trabajo, rige el artículo 1º del Decreto 797 de 1949". (...).

"En estas condiciones se desprende de lo expuesto que el no pago de los valores a que asciende la indemnización por despido injusto o lucro cesante, por lo general produce la sanción denominada indemnización moratoria a la luz de las disposiciones sustanciales de que aquí se trata y en tratándose de relaciones laborales entre entidades oficiales y sus trabajadores vinculados a ellas por contrato de trabajo".

En este caso *sub judice* es objetiva la injusticia del despido, según lo analizado en el estudio de otro cargo, por lo que el Banco Cafetero tenía la obligación de cubrir al trabajador la indemnización causada por ese despido, cualquiera que hubiera sido su concepto sobre el monto del valor de ella en relación con el estatuto aplicable al caso.

Pero acontece que no pagó esa indemnización ni efectuó depósito alguno para garantizar ese pago, por lo que incurrió en mora de hacerlo, y como corolario de ese incumplimiento es responsable de indemnización moratoria, por tratarse precisamente de un trabajador oficial ligado al Banco por contrato de trabajo.

La aplicación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo hecha por el *ad quem,* derivada del concepto de que la totalidad de las relaciones jurídico-laborales existentes entre el trabajador Rodríguez y el Banco Cafetero se regían por el estatuto propio de los particulares, es equivocada y el error de hecho en la apreciación de las pruebas indicadas por la censura, es decir el contrato y la convención, es evidente.

El cargo por tanto prospera y habrá de casarse la sentencia por ese aspecto.

"Tercer cargo:

"La sentencia acusada violó, por infracción directa, los artículos 49 de la Ley 6ª de 1945, 18 y 19 del Decreto 2127 de 1945, 43 de la convención colectiva de trabajo del 14 de febrero de 1966, suscrita entre el Banco Cafetero y sus trabajadores, en relación con los artículos 8º y 11 de la Ley 6ª de 1945, 43 y 51 del Decreto 2127 de 1945, y 1º del Decreto 797 de 1949.

"Explicación del cargo: De acuerdo con el artículo 43 de la convención del 14 de febrero de 1966 y con el artículo 49 de la Ley 6ª de 1945, el trabajador tiene derecho a que se le apliquen las normas más favorables.

"Es indiscutible que la aplicación de los artículos 8º y 11 de la Ley 6ª de 1945, 43 y 51 del Decreto 2127 de 1945 y 1º del Decreto 797 de 1949, en lo tocante a indemnizaciones por despido ilegal y por mora, habrían arrojado un mayor beneficio para el trabajador.

"Por manera, pues, que aceptando que la situación de hecho es la deducida en el fallo (no se discute para los efectos de este cargo), el Tribunal estaba obligado a aplicar (estos) aquellos ordenamientos sobre favorabilidad de las normas y, consiguientemente, las disposiciones consagratorias de los derechos discutidos, mas no las que rigen las relaciones entre particulares.

"Al no haberlo hecho así, las quebrantó en forma directa por rebeldía e ignorancia".

Se observa.

En lo atinente a indemnización por mora ya está resuelto en el cargo anterior, empero por otra parte cabe anotar a este cargo un defecto fundamental de técnica que hace inoperante su planteamiento e impide el estudio del mismo.

El recurrente presenta como violada por la vía directa la convención colectiva de trabajo del 14 de febrero de 1966, como si se tratara de disposición sustancial susceptible de esta clase de violación, cuando acusación por este aspecto solo cabe por la vía indirecta a través de errores de facto en la apreciación de una prueba de esta naturaleza.

Por lo expuesto el cargo no prospera.

Consideraciones de instancia.

Indemnización moratoria.

Como está advertido en el cuerpo de esta providencia el Banco Cafetero no probó que el señor Luis Alejandro Rodríguez, padeciera enfermedad incurable alguna, ni que los quebrantos de salud de ese ciudadano no pudieran tener solución satisfactoria dentro del término de los ciento ochenta días indicados por la ley, sino que por estimación personal del mismo Banco así lo determina en la nota de despido, sin respaldo técnico ninguno, y sin que aparezca en el proceso elemento probatorio de cuyo examen pudiera derivarse la buena fe, como circunstancia exonerativa de esta sanción.

Y por el contrario, el Juzgado con los testimonios aducidos a los autos por la parte actora, encontró acreditado el hecho de que el señor Rodríguez había tornado a sus ocupaciones habituales o al desempeño de sus funciones como gerente del Banco Cafetero en el Líbano, y que precisamente recibió la nota de despido cuando se encontraba al frente de esas labores propias de su cargo.

En cuanto al tiempo como punto de partida de la indemnización moratoria, comoquiera que al señor Rodríguez se le liquidaron y pagaron las prestaciones que el Banco le reconoció hasta el 30 de enero de 1968, y como actor del juicio solicitó que tal condena operara a partir de los meses subsiguientes, esta mora correrá exactamente desde el 30 de abril de ese año de 1968.

Por lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *casa parcialmente* la sentencia de fecha veintiuno de noviembre de mil novecientos setenta, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este juicio, en cuanto por élla absolvió al Banco Cafetero del pago de la indemnización moratoria y dispuso que este Banco podía repetir contra la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, por la cuota proporcional de la pensión restringida que reconoció al actor del juicio, y en *sede* de instancia:

Revoca la sentencia de fecha treinta de marzo de mil novecientos setenta proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, en este mismo juicio en su *ordinal segundo,* en cuanto por él absolvió al Banco por indemnización por mora, y en su lugar *resuelve*: Condénase al Banco Cafetero a pagar al demandante señor Luis Alejandro Rodríguez Lara indemni-

zación moratoria a razón de cien pesos diarios ($ 100.00) a partir del 30 de abril de mil novecientos sesenta y ocho (1968), hasta cuando pague o haya pagado al demandante el valor de la indemnización por despido injusto liquidada en el juicio.

Asimismo *reforma* la misma sentencia del *a quo,* en sus ordinales *tercero* y *cuarto,* que quedan así:

Declárase probada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero y *absuélvese* a esta entidad en consecuencia de pagar parte alguna de la pensión jubilatoria restringida a que fue condenado el Banco Cafetero.

No la casa en lo demás.

Con costas del recurso a cargo del Banco Cafetero y a favor del actor del juicio.

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

José Enrique Arboleda Valencia, José Eduardo Gnecco C., Miguel Angel García B.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PRESTACIONES LEGALES Y EXTRALEGALES E INDEMNIZACION MORATORIA

Lo resuelto en laudos arbitrales o en convenciones colectivas substituye de derecho lo estipulado en los contratos individuales de trabajo y las obligaciones y derechos que de ellas surgen son de la misma categoría de las obligaciones y derechos mínimos señalados en las leyes laborales. Es por ello igualmente imperioso el cumplimiento de unas y otras, sin que pueda el patrono oficial o privado retardar la ejecución de las primeras con el argumento de que por ser "extralegales" no urge el satisfacerlas con la misma premura que las legales.—La división entre prestaciones legales y extralegales tiene importancia desde el punto de vista de su origen para los efectos de la irrenunciabilidad del mínimo de derechos y garantías consagrados por la ley en favor de los trabajadores; pero no incide en la necesidad del cumplimiento de unas y otras, de tal forma que el retardo en satisfacerlas conlleva la misma sanción moratoria, templada sólo por el concepto de la buena fe, tal como lo ha explicado con amplitud y reiteración esta Sala de la Corte.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., mayo diez y ocho de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor José Enrique Arboleda Valencia).

Sección segunda. - Acta número 18.

Contra la sentencia pronunciada el 3 de noviembre de 1971 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, dentro del juicio seguido por Reinaldo Castrillón Sánchez versus el Instituto de Aprovechamiento de Aguas y Fomento Eléctrico —comisión de canalización y reembolso del Río Medellín— interpuso el apoderado del actor recurso de casación con el sólo objeto de que esta Sala invalide "el fallo recurrido en cuanto confirma la absolución de primer grado referente a la solicitud de indemnización por mora en el pago de la prima de antigüedad, para que, convertida esa superioridad en Tribunal de instancia, revoque la providencia del *a quo* en ese punto y, en su lugar, haga la condenación correspondiente, imponiendo a la parte demandada las costas en la segunda instancia y en el recurso, si hubiere oposición", según reza el petitum de la demanda respectiva.

Para conseguir este resultado formula los dos cargos siguientes:

"*Primer cargo.* La sentencia impugnada es violatoria, por interpretación errónea, del artículo 1º, parágrafo 2º, del Decreto 797 de 1949, en concordancia con los artículos 52 del Decreto 2127 de 1945 y 8º y 11 de la Ley 6ª de 1945".

"*Segundo cargo.* (Subsidiario del anterior). Acuso la sentencia recurrida de violar directamente, por falta de aplicación, el artículo 1º, parágrafo 2º, del Decreto 797 de 1949, en concordancia con los artículos 52 del Decreto 2127 de 1945 y 8º y 11 de la Ley 6ª de 1945".

Para sustentar el primero, luego de transcribir los apartes pertinentes de la sentencia impugnada, sostiene:

"No se discute que la prima de antigüedad es una prestación extra-legal y se admite, además, que para el trabajador el pago de ella no era tan urgente, como el de las prestaciones consagradas en la ley, y, sin embargo, las consideraciones que hace el fallador como soportes de su decisión absolutoria, respecto de la solicitud de la indemnización por mora, implican una interpretación equivocada de las normas señaladas en la censura.

"En efecto, cuando el artículo 1º del Decreto 797 de 1949 preceptúa que 'no se considerará terminado el contrato de trabajo antes de que el patrono ponga a disposición del trabajador el valor de todos los salarios, prestaciones e indemnizaciones que él adeuda', no distingue, como

lo hace el fallador entre prestaciones legales y extra-legales para dejar que éstas sean satisfechas en el momento en que al patrono le plazca o lo juzgue más conveniente para sus intereses. Tampoco esa norma establece categorías entre los derechos de índole laboral, calificando unos como principales y otros de rango inferior, a fin de responsabilizar al patrono sólo por el pago inoportuno de los de mayor importancia económica o mayor jerarquía dentro del conjunto de sus obligaciones contractuales. Ni encuentra fundamento en el auténtico sentido y propósito de la norma, el criterio de distinción entre prestaciones cuyo pago sea más o menos urgente de acuerdo con las condiciones pecuniarias del acreedor.

"El criterio con que el Tribunal ha tratado ese aspecto en el asunto debatido, conduce al inadmisible resultado de liberar al patrono de toda obligación relativa al pago oportuno de las prestaciones convencionales o de darle la extraña facultad de clasificarlas entre principales y secundarias, con el arbitrio de efectuar el pago de éstas cuando a bien lo tenga, lo que no está dentro de los propósitos de la norma que habla del pago oportuno de 'todos los salarios, prestaciones e indemnizaciones' y establece una sanción para el patrono que no cumpla su mandato.

"Hace, pues, el sentenciador, una exégesis equivocada de aquella norma, porque para su aplicación basta, como lo ha dicho esa honorable Sala, consultando el verdadero entendimiento de ella, que el patrono no ponga a disposición del trabajador dentro del término de gracia de 90 días que la misma establece: 'todos los salarios, prestaciones e indemnizaciones que le adeude'. A menos que justifique su conducta con la prueba de la existencia de un razonable motivo de duda sobre la subsistencia de la obligación. Y no ha sido tema de discusión entre las partes lo relativo a la existencia del derecho a la prima de antigüedad. Ni el Tribunal plantea duda alguna por este aspecto, dentro de las razones fundamentales de su sentencia".

Como fundamento del segundo copia igualmente los pasajes del fallo recurrido en lo atinente a la indemnización por mora en el pago de la prima de antigüedad y asienta:

"Como se ve, la sentencia admite, como hecho demostrado, que por parte de la entidad demandada hubo mora en el pago de la prima de antigüedad. Sin embargo, no aplicó la sanción que para estos casos consagra el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, en concordancia con las demás normas señaladas en el ataque. O sea, que el hecho básico del litigio no se discute, se halla debidamente establecido y no se aplicaron las normas pertinentes. Hay, entonces, violación directa de la ley y el fallo, de consiguiente, debe ser casado por ese aspecto para que, en la decisión de instancia, se revoque en el mismo punto el de primer grado y, en su lugar, se haga el pronunciamiento solicitado".

El opositor arguye, de un lado, falta de técnica en el planteamiento de los cargos por acusar violación de normas de decretos reglamentarios y agrega:

"El solo hecho de que el actor establezca concordancia entre el artículo 1º, parágrafo 2º del Decreto 797 de 1949, por una parte, y los artículos 8º y 11 de la Ley 6ª de 1945, por la otra, no subsana el extravío, ya que el artículo 8º, que si es norma sustantiva, solo preceptúa que la extinción del contrato de trabajo, en ciertos eventos, ha de hacerse previa cancelación de todas las deudas, prestaciones o indemnizaciones a que haya lugar. Y el artículo 11 *ibídem* consagra, en todo contrato laboral, la condición resolutoria en caso de incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable.

"Pero, en la hipótesis sugerida por el demandante, los preceptos eventualmente infringidos por el *ad quem,* al confirmar la exoneración indemnizatoria por mora a la empresa demandada, serían, precisamente, aquellos artículos 8º y 11 de la Ley 6ª de 1945, y no, en manera alguna, el invocado artículo 1º del Decreto 797 de 1949, en su parágrafo 2º que, simplemente, es un reglamento o desarrollo del 8º de la Ley 6ª, como lo era, igualmente el artículo 52 del Decreto 2127 de 1945, al cual subrogó".

De otro, sostiene los argumentos del Tribunal para confirmar la negativa del *a quo* a la condenación por indemnización moratoria en el pago de la prima de antigüedad del demandante.

La Sala, para resolver, considera:

Sobre el argumento del opositor respecto del error de técnica en la elaboración de los cargos, dijo esta Sala en negocio idéntico al presente: "La primera objeción del oponente no es de recibo, pues el cargo está correctamente formulado al indicar como infringido 'el artículo 1º, parágrafo 2º, del Decreto 797 de 1949, en concordancia con los artículos 52 del Decreto 2127 de 1945 y 8º y 11 de la Ley 6ª de 1945', pues este último precepto sustantivo es el reglamentado, en parte, por aquellos. La forma de expresar esta proposición jurídica, relacionando los unos con los otros en vez de acusar el quebrantamiento directo de todos ellos, no cambia la substancia del ataque de modo que permita sostener

válidamente que no se señalaron disposiciones sustantivas violadas". (Sentencia de 26 de abril de 1972. Gregorio Suaza Cataño contra Instituto Colombiano de Energía Eléctrica - Canalización y Reembolso del Río Medellín).

En lo referente al aspecto de fondo son éstas las razones que el Tribunal aduce para confirmar la absolución por indemnización moratoria:

"*Indemnización moratoria.* Según puede observarse en el hecho 4º de la demanda, el actor solicita el pago de la indemnización moratoria contemplada en el artículo 1º, parágrafo 2º del Decreto 797 de 1949, basándose ante todo en que al ser despedido del trabajo desde el 20 de septiembre de 1965, la empresa le retardó el pago de sus prestaciones sociales, puesto que solamente vino a pagarle la prima de antigüedad en julio de 1968 y la de navidad en diciembre de 1967, y que tampoco le ha cubierto la indemnización por el despido injusto de que fue objeto.

"La prima de antigüedad, a la cual realmente tenía derecho el demandante, es una prestación establecida en beneficio de los trabajadores de la obra 'Canalización y Reembolso del Río Medellín' que hayan cumplido servicios de 5, 10, 15 y 20 años, continuos o discontinuos, a dicha empresa, y ello conforme al artículo 7º del laudo arbitral antes mencionado, que se dictó para decidir el conflicto colectivo entre el Instituto de Aprovechamiento de Aguas y Fomento Eléctrico (Electraguas) y su sindicato de trabajadores. Esta prestación, que es de *carácter convencional y extralegal* le fue pagada al señor Castrillón Sánchez en diciembre 19 de 1967, por la suma de $ 891.00, según se deduce de los informes de la demandada que obran a folios 10 y 30; como también de la constancia que trae la copia del acta de inspección judicial a folios 43; sin que aparezca prueba alguna sobre la fecha en que se le hizo el pago de la última prima de navidad, no obstante que él afirma en su demanda que ésto apenas ocurrió también en fecha muy posterior a la de su despido.

"Hasta aquí se tendría demostrado que en realidad la entidad demandada incurrió en mora para el pago de la prima de antigüedad al actor. Pero si se mira o se considera con la debida atención el asunto, deberá concluirse que esta prestación, por ser de *carácter extra-legal,* no exigía la misma urgencia para su pago que otros derechos sociales derivados de imperativas e impostergables *prestaciones legales,* como lo ha sostenido esta misma Sala en casos similares al presente, entre otros en el juicio ordinario laboral de José Manuel Sosa Escudero contra la misma entidad aquí demandada, cuando dijo lo siguiente: " 'El sentido y la interpretación que se le ha dado al Decreto 797 de 1949 por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de los Tribunales, incluido éste, en diversos fallos proferidos con relación a este punto, ha sido el de que la respectiva entidad oficial demandada debe ante todo o primordialmente verificar con la mayor rapidez posible y en todo caso dentro de los 90 días siguientes a la desvinculación del trabajador, tanto la liquidación como el pago de los salarios que hayan quedado pendientes y de las prestaciones e indemnizaciones que tengan carácter principal, como son la cesantía, las vacaciones, las primas de servicios o de navidad, la indemnización por despido injusto, cuando aparezca claramente que hay lugar a ella o por lo menos cuando es aceptada por quien debe cubrirla' ".

Es indudable que en lo referente a la no condenación a cubrir indemnización moratoria con base en que la prima de antigüedad es una prestación "de carácter convencional y extralegal", por lo cual "no exigía la misma urgencia para su pago que otros derechos sociales derivados de imperativas e impostergables prestaciones legales, *como lo ha sostenido esta misma Sala en casos similares al presente"; existe equivocada interpretación del artículo 1º, parágrafo 2º, del Decreto 797 de 1949, pues éste no distingue entre ambos tipos de prestaciones y donde la ley no distingue no es dable hacerlo al juzgador.*

Por otro aspecto, lo resuelto en laudos arbitrales o en convenciones colectivas substituye de derecho lo estipulado en los contratos individuales de trabajo y las obligaciones y derechos que de ellas surgen son de la misma categoría de las obligaciones y derechos mínimos señalados en las leyes laborales. Es por ello igualmente imperioso el cumplimiento de unas y otras, sin que pueda el patrono oficial o privado retardar la ejecución de las primeras con el argumento de que por ser "extralegales" no urge el satisfacerlas con la misma premura que las legales.

La división entre prestaciones legales y extralegales tiene importancia desde el punto de vista de su origen para los efectos de la irrenunciabilidad del mínimo de derechos y garantías consagrados por la ley en favor de los trabajadores; pero no incide en la necesidad del cumplimiento de unas y otras, de tal forma que el retardo en satisfacerlas conlleva la misma sanción moratoria, templada sólo por el concepto de la buena fe, tal como lo ha explicado con amplitud y reiteración esta Sala de la Corte.

Y en el presente negocio, aparece de la propia sentencia, en el segundo párrafo del pasaje

transcrito que a "la prima de antigüedad tenía realmente derecho el demandante"; que esta prestación "le fue pagada al señor Castrillón Sánchez en diciembre 19 de 1967 por la suma de $ 891.00, según se deduce de los informes de la demandada que obran a folios 10 y 30, como también de la constancia que trae la copia del acta de inspección judicial, a folio 43", de lo que concluye el sentenciador: "Hasta aquí se tendría demostrado que en realidad la entidad demandada incurrió en mora para el pago de la prima de antigüedad del actor".

Resulta, por lo tanto, que del evidente retraso en cubrir la prima de antigüedad al demandante no ha dado la empresa razón valedera que lo explique y que el tratarse de una obligación extralegal no hacía menos imperioso su pago que el de las prestaciones mínimas legales. Se impone, pues, la condena a satisfacer la indemnización moratoria correspondiente, para lo cual se casará por este aspecto la sentencia recurrida.

Consideraciones de instancia.

El laudo arbitral, que en copia de lo pertinente obra a folios 28 y 29 del primer cuaderno, estableció en su artículo 7º la prima de antigüedad. Dicho laudo empezó a regir el 1º de mayo de 1965. El actor fue despedido el 20 de septiembre del mismo año y la mencionada prima sólo se le cubrió el 19 de diciembre de 1967, como aparece a los folios 43 y 52 del mismo cuaderno, es decir, con 815 días de retardo respecto de la fecha de egreso del demandante. Restados de éstos los 90 días de gracia otorgados por el Decreto 797 de 1949, quedan 725 días de mora sancionable, que sobre la base de $ 925.44, último sueldo devengado por él, según los datos de folio 30 del expediente, da un salario diario de $ 30.85, los que multiplicados, a su vez, por los 725 días de retardo, arrojan un total de $ 22.366.25, valor de la indemnización moratoria a que habrá de condenarse a la entidad demandada.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *casa parcialmente* la sentencia recurrida en cuanto confirmó la absolución por indemnización moratoria y, obrando como Tribunal de instancia, *revoca* por el mismo aspecto la pronunciada por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Medellín, en cuyo lugar *condena* al Instituto Colombiano de Energía Eléctrica (ICEL) —Municipios Asociados del Valle de Aburrá— a pagar a Reinaldo Castrillón Sánchez la suma de veintidós mil trescientos sesenta y seis pesos con veinticinco centavos ($ 22.366.25) por concepto de indemnización moratoria. *No se casa en lo demás* la sentencia impugnada.

Sin costas.

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

José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García B., José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CASACION (Técnica)

La infracción directa, la aplicación indebida y la interpretación errónea, porque cada uno de estos conceptos tiene una motivación distinta y excluyente de los otros dos: la infracción directa proviene del desconocimiento de la voluntad abstracta de un precepto claro, pero que el sentenciador no aplica por ignorarlo o no reconocerle validez, en tanto que la aplicación indebida y la interpretación errónea hacen suponer la solución del litigio por medio de la norma que se indica como violada por su parte; la aplicación indebida ocurre cuando no obstante haber entendido rectamente el texto, el juzgador lo aplica en forma que no conviene al caso, en tanto que la errónea interpretación implica la inteligencia equivocada de la disposición legal. No pudiendo la regla normativa aplicarse y dejar de aplicarse al mismo hecho, ni haber sido a un tiempo bien y mal interpretada respecto del mismo caso, salta a la vista la improcedencia del planteamiento que acumule en el mismo cargo dos o más de tales conceptos de violación, **por contradictorios.**

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., veintidós de mayo de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Miguel Angel García B.).

Sección segunda. - Acta número 18.

El señor Carlos de Andreis, por medio de apoderado, presentó demanda ordinaria laboral de mayor cuantía contra el Departamento del Magdalena con la finalidad de que la parte demandada fuese condenada a pagarle: auxilio de cesantía por el tiempo trabajado y por el que debía durar el contrato, salarios correspondientes al tiempo faltante para el vencimiento del contrato, salarios correspondientes a los descansos legales, vacaciones, primas, indemnizaciones con motivo de accidente de trabajo, auxilio por enfermedad no profesional, asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria y exámenes complementarios, indemnización por mora, perjuicios morales y materiales, indemnización por despido injusto, etc.

Como hechos expuso los que se sintetizan así:

Que prestó sus servicios de práctico agrícola al Departamento del Magdalena en la Granja de San Pedro Alejandrino desde el 1º de noviembre de 1961, hasta el 31 de diciembre de 1967 en que fue despedido en forma injusta, unilateral e intempestivamente.

Que devengó un salario mensual de $ 1.185.

Que la Granja Agrícola de San Pedro Alejandrino es de propiedad del Departamento del Magdalena dependiente de la Secretaría de Agricultura y Ganadería de ese departamento hasta el 31 de diciembre de 1967 y luego de la Secretaría de Fomento y Desarrollo del Magdalena.

Que no obstante haber sido despedido injustamente no se le han pagado las prestaciones e indemnizaciones que reclama.

Que el 27 de abril de 1963 sufrió un grave accidente y como consecuencia del mismo padece quebrantos de salud a tal extremo que se halla incapacitado para trabajar.

Que en tiempo presentó el reclamo administrativo, que trabajó eficientemente y no dio motivos para terminación del contrato habiendo sido despedido cuando se encontraba enfermo.

La parte demandada se opuso a lo sustancial de la acción, reconoció como ciertos los hechos 1º y 9º y no admitió los demás. Manifestó que el señor Carlos de Andreis ejerció el cargo de práctico agrícola en el lugar indicado desde el 1º de noviembre de 1961 al 1º de octubre de 1962, que luego fue Inspector de Pesca del 23 de abril de 1963 al 13 de agosto del mismo año y volvió al cargo de práctico agrícola de San Pedro Alejandrino el 14 de agosto de 1963 y que

desempeñó esas funciones hasta el 31 de diciembre de 1967 fecha en que salió del empleo por reorganización oficial dispuesta por ordenanza número 20 de 1967. Que no hubo relación laboral sino estatutaria.

Que al demandante le fueron pagadas las primas legales de que da cuenta y se le reconocieron vacaciones. Que en cuanto al auxilio de cesantía, hasta la fecha de la notificación de la demanda, el demandante no había presentado su solicitud y documentación a la Caja de Previsión Social del departamento.

Propuso las excepciones de que da cuenta su escrito.

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Santa Marta, que fue el del conocimiento, en fallo de diez y siete de marzo de mil novecientos setenta y uno resolvió de la siguiente manera:

"Primero. Condénase al Departamento del Magdalena, entidad de derecho público, representada por su gobernador, a pagar al señor Carlos de Andreis, lo que a continuación se expresa:

"a) Por auxilio de cesantía, la suma de cinco mil quinientos cuarenta y seis pesos 80/100 ($ 5.546.80) moneda legal.

"b) Por lucro cesante, la suma de cuatro mil cuatrocientos dieciséis pesos 46/100 ($ 4.416.46) moneda legal.

"c) Por salarios caídos, la suma de treinta y nueve pesos 43/100 ($ 39.43) diarios, a partir del primero (1º) de abril de mil novecientos sesenta y ocho (1968), hasta la fecha en que se satisfaga la cesantía liquidada.

"Segundo. Absuélvese al Departamento del Magdalena de los demás cargos impetrados en el libelo de demanda.

"Tercero: Decláranse no probadas las excepciones de incompetencia de jurisdicción, inexistencia de la obligación y extinción de las obligaciones.

"Cuarto. Decláranse prescritos todos los derechos y obligaciones que hubieran sido exigibles y no cancelados con anterioridad al 25 de marzo de 1965.

"Quinto. Sin costas".

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, por medio de sentencia de fecha once de junio último, revocó en todas sus partes la aludida sentencia y condenó en costas de la instancia, por lo que el actor del juicio interpuso el recurso extraordinario de casación, el que fue admitido aquí por la Sala.

Presentada en tiempo la demanda y oportunamente también la réplica de la parte opositora se procede a decidir:

La demanda.

Señala el casacionista el alcance de su demanda de la siguiente manera:

"El alcance de la impugnación es el de que esa honorable Corporación *case* totalmente la sentencia recurrida y, convirtiéndose en organismo jurisdiccional de instancia, falle revocando el numeral primero (1º) de la citada providencia, disponiendo en su lugar la confirmación de la sentencia de diez y siete de marzo de mil novecientos setenta y uno (1971), proferida por el Juzgado Segundo (2º) Laboral del Circuito de Santa Marta".

Causal de casación.

Dice el demandante:

"Invoco la causal de casación incluida en el numeral primero del artículo 87 del Código Procesal del Trabajo, que fue modificado por el artículo sesenta (60) del Decreto extraordinario número 528 de 1968 y por el artículo veintitrés (23) de la Ley diez y seis (16) de 1968, el cual fue remplazado por el artículo séptimo (7º) de la Ley diez y seis (16) de 1969.

"En consecuencia, el motivo invocado es el de ser la sentencia atacada violatoria de la ley sustancial, por infracción directa y aplicación indebida o interpretación errónea, en la forma, términos y casos que en seguida pasamos a precisar".

El censor con ese alcance y esa causal presenta solamente un cargo bajo el título de *Capítulo Primero* que desarrolla así:

"Violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida:

"La sentencia acusada viola en forma directa el precepto del orden nacional contenido en la siguiente norma, por interpretación errónea: artículo 4º del Decreto 2127 de 1945 y tal violación generó las de las siguientes normas: artículo 9º Ley 100 de 1944; Ley 6ª de 1945, artículos 1º, 8º, 11, 12, ordinal F), 17, 22 y 36; artículo 6º, Ley 64 de 1946; artículos 1º y 2º de la Ley 65 de 1946; Decreto número 2567 de 1946, artículo 1º; Decreto 2127 de 1945, artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 20, 40, 43, 51 y 52; y Decreto 797 de 1949.

"Las consideraciones interpretativas que estimamos equivocadas de la sentencia controvertida son las siguientes:

" 'No es en sí la actividad del trabajador individualmente considerada, sino el de la dependencia administrativa a que presta sus servicios, lo que define una situación u otra' o sea, si es trabajador oficial o empleado público. Más ade-

lante reafirma este criterio la sentencia al expresar: 'En parte alguna de esta probanza se dice cual es la actividad que desarrolla el Departamento del Magdalena en la Granja Agrícola de San Pedro Alejandrino, en donde prestó sus servicios el demandante', para rematar posteriormente con una cita de la sentencia de la honorable Corte Suprema de Justicia proferida en octubre 2 de 1970, sobre la cual sustenta su decisión definitiva: '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'.

"Luego sintetiza el *ad quem* su pensamiento así: 'La parte demandante, estando obligada a ello, no demostró en forma directa, ni indiciaria, que las labores ejecutadas para el Departamento del Magdalena, en la Granja Agrícola, pudieran considerar como actividades que puedan ser desarrolladas por los particulares en las mismas condiciones, o que la administración perseguía fines de lucro, en la forma explicada por la jurisprudencia transcrita. Tampoco se deduce, del hecho del cargo desempeñado por el trabajador, aceptando esta tesis, la relación contractual laboral que se dice rigió las relaciones entre el demandante y demandada'. En fin, la sentencia niega la existencia del vínculo laboral.

"Como primera medida debe considerarse que no es cierto que bajo el régimen exceptivo previsto en el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945 el criterio para determinar la calidad del vínculo jurídico que une a la administración departamental con sus servidores sea exclusivamente el de la naturaleza y funciones de la dependencia administrativa a la cual se prestan servicios. La cita que se hace de la sentencia de 2 de octubre de 1970 no ha podido ser para dar aplicación a normas del Decreto 3135 de 1968 y del Decreto 1848 de 1969, artículos 5º, 1º y 2º, respectivamente, en relación con situaciones o hechos acaecidos bajo su vigencia. En nuestro caso los hechos datan de épocas anteriores a las vigencias de tales decretos, y además, por tratarse de un vínculo con una entidad departamental, está expresamente excluido de las regulaciones de los citados artículos y decretos, que son para los empleados públicos y trabajadores oficiales del orden nacional.

"En efecto, los Decretos 3135 y 1848 comentados, dieron un tratamiento diferente a la cuestión de la naturaleza del vínculo jurídico entre la administración y sus servidores, partiendo ahora del supuesto de que todas las personas que prestan servicios a los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos, son empleados públicos, salvo los de la construcción y sostenimiento de obras públicas, que sí son trabajadores oficiales.

"El artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, aplicable sin lugar a dudas al asunto que nos ocupa, sigue una línea objetiva en la determinación de los casos que sí permiten señalarse como de naturaleza contractual, bajo el régimen de la excepción. Así, precisa que existe contrato de trabajo con empresas industriales, comerciales, agrícolas o ganaderas que se explotan con fines de lucro, o de instituciones idénticas a las de los particulares o susceptibles de ser fundadas y manejadas por éstos en la misma forma.

"En tales casos sí que tiene valor e importancia calificar la naturaleza del oficio que desempeña el trabajador, su actividad personal, pues es élla determinante de su vínculo con el Estado, en la medida en que sirve para ubicarla como comercial o industrial, o meramente administrativa.

"Examinemos con algún detenimiento la norma que estimamos violada. Dice 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 y se rigen por las leyes especiales, 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 y manejadas por éstos en la misma forma'.

"El artículo 6º de la Ley 64 de 1946 dice que: 'Para los efectos de las indemnizaciones y prestaciones sociales, se entiende por empresa o patrono toda unidad de explotación económica, o las varias unidades dependientes de una misma persona natural o jurídica, que correspondan a actividades económicas similares o conexas'.

"En relación con lo que debe entenderse por fines de lucro dice la jurisprudencia de la honorable Corte Suprema de Justicia: 'Ya la reiterada jurisprudencia de la Corte tiene explicado que los 'fines de lucro' a que se refiere, con notoria impropiedad, el segundo aparte del citado reglamento ejecutivo, no pueden atribuirse a la administración en el mismo sentido del incremento patrimonial que buscan los empresarios particulares, sino apenas como medios fiscales para la mejor atención del servicio público o

como sistemas de organización que permitan la costeabilidad de la empresa oficial'. (Casación de cuatro de mayo de 1965 - Pedro Villarreal contra Departamento del Magdalena).

"Sobre la identidad de instituciones o empresas oficiales a las de los particulares o susceptibles de ser fundadas y manejadas en la misma forma, ha dicho la honorable Corte Suprema de Justicia en la misma sentencia que se acaba de citar: 'La identidad de la institución oficial con cualquier establecimiento privado, de que hable otro apartado del precepto, no puede ser esencial o metafísica sino analógica, más que todo en razón de la forma externa de su fundación y manejo o de sus métodos de operación. Y también por éste último aspecto ha debido examinarse el trabajo de un tractorista a jornal en una granja agrícola oficial, y no exclusivamente por la de los fines de lucro que la entidad propietaria de la granja agrícola persiga, y las utilidades o pérdidas en dinero que esa institución de fomento agrario pueda representarle'.

"Según la definición del Diccionario de la Real Academia de la Lengua, *'Granja'* es: 'Hacienda de campo a manera de grande huerta, dentro de la cual suele haber una cacería donde se recogen la gente de labor y el ganado'.

"Tratándose de una granja agrícola, la definición debe referirse a una hacienda o unidad de explotación donde además de casas para que se recoja la gente, también haya lugares donde seleccionar, consumir y comercializar el producto agrícola.

"El anterior es el sentido obvio y natural de la expresión *'granja agrícola'*, que a falta de una definición legal, debe prevalecer en una interpretación correcta de la ley.

"Explotación económica en el sentido empleado por el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945 equivale a producción, a rendimiento. En el proceso agrícola tal producción o rendimiento tiene tres etapas principales: siembra, cosecha y utilización económica. Esta última puede ser de varias maneras: o mediante la enajenación o mediante el aprovechamiento propio.

"Precisamente aquí es donde varía fundamentalmente el criterio nuestro del expresado por el fallador de segunda instancia. Para nosotros cualquier forma de utilización económica del producto de una granja agrícola constituye fin de lucro, en cambio para el criterio del Tribunal del Magdalena, según se deduce de sus afirmaciones, la única utilización económica que configura el ánimo de lucro es la resultante de la enajenación del producto, de su venta, permuta, etc., a personas distintas del propietario del capital y del trabajo. El lucro, pues, a que se refiere la ley no es sólo el derivador de la mutación de la propiedad del producto agrícola, sino de su consumo. Se lucra tanto el que consume su propio producto como el que lo enajena.

"Por consiguiente, partiendo de la base de la existencia de una granja agrícola, de una unidad de explotación económica de la agricultura, su fin siempre será de lucro, de interés económico: ya sea porque sus productos se enajenen a terceros o porque sean consumidos por sus propios dueños.

"¿Cuál es el fin de lucro, entonces que quería el Tribunal que se probara, si cualquiera que fuera la utilización económica del producto de la granja agrícola constituye 'lucro'?

"Nuestro criterio encaja perfectamente en la definición de lo que debe entenderse por 'fines de lucro' según interpretación realizada por la Corte Suprema de Justicia, cuya transcripción se hizo antes.

"En relación con el tema de si la granja agrícola constituye o no una empresa, basta releer el artículo 6º de la Ley 64 de 1946: unidad de explotación económica. Explotar es, según se dijo, extraer, sacar, producir, y a fe que una granja agrícola, extrae, saca, produce artículos o elementos de naturaleza agrícola. Y a fe, igualmente, que es una unidad autónoma de tipo económico, aun cuando dependiente administrativamente del Departamento del Magdalena. Nadie discute que no es función natural de los organismos administrativos departamentales la explotación económica de la agricultura, función esta que en el orden natural de las cosas es cumplida por particulares.

"En relación con la identidad de la empresa 'granja agrícola' con sus similares del orden privado, también se equivocó el Tribunal al desechar la posibilidad de analizar el trabajo que un 'práctico agrícola' puede desempeñar en una granja agrícola, pues, como lo dice la jurisprudencia de la Corte Suprema citada con anterioridad, la similitud de que trata el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945 no puede ser esencial sino analógica, en razón de la forma externa de su fundación o manejo y de sus métodos de operación.

No existiendo, como se dijo antes, definición legal de lo que debe entenderse por granja agrícola, habrá que acudir en la interpretación al sentido obvio y natural que tiene en nuestro idioma. Y ese sentido obvio y natural es tanto para la granja agrícola cuyo propietario es un particular, como para aquella cuyo dueño es el

Estado o una entidad de derecho público cualquiera.

"Analizando el asunto desde este punto de vista tendremos que concluir que las granjas agrícolas manejadas por particulares son analógicamente similares a las manejadas por el Estado. No hay nada que las distinga. Como la analogía es un simple raciocinio, habría bastado tomar los elementos de juicio que obran en el expediente y compararlos mentalmente con lo que el fallador conoce sobre granjas agrícolas privadas, para deducir la similitud. Sus formas externas y su manejo son indiscutiblemente similares.

"Al estimar, pues, el fallador que no existía contrato de trabajo con el actor, mediante caminos interpretativos equivocados del artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, violó en forma directa esta norma.

"Al quitarse el actor el derecho de invocar la existencia del contrato de trabajo, se violaron en forma refleja o indirecta las siguientes normas, en la dirección de medio a fin:

"a) El artículo 9º de la Ley 100 de 1944, que establece que toda prestación de servicios personales entre patronos y personas que desempeñen labores del agro 'será regida por las normas legales que regulan el contrato de trabajo y dará lugar a las indemnizaciones, prestaciones y auxilios correspondientes...'.

"b) Los siguientes artículos de la Ley 6ª de 1945:

"...El 1º que define lo que es el contrato de trabajo, en la medida en que el actor prestó un servicio personal bajo continuada dependencia de otro, mediante remuneración, y a pesar de ello y de las demás razones aquí expresadas, no se calificó de contrato de trabajo el vínculo.

"...El 8º que establece el contrato ficcionado de trabajo de seis meses, precepto que al negarse la existencia del contrato fue violado indirectamente.

"...El 11 que establece la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado que va implícitamente en todo contrato de trabajo, y fija el derecho a la indemnización de perjuicios a cargo de la parte demandada. Este artículo fue violado en la misma forma al negarse la existencia del contrato de trabajo.

"...El artículo 12, ordinal f) que establece el derecho a las cesantías a cargo de la demandada y a favor del actor. En este caso opera igualmente la violación 'por reflejo' a que hemos aludido, pues negado el contrato de trabajo, se negó la cesantía.

"...El artículo 17, ordinal a), que hace también alusión a la cesantía, en los mismos términos y forma señalados anteriormente.

"...El artículo 22 que establece la facultad al gobierno de señalar las prestaciones a que haya lugar en los casos de prestación de servicios a los trabajadores oficiales de los departamentos.

"...El artículo 36 se violó en la medida en que al negarse la existencia del contrato de trabajo entre la demandada y el actor, se optó por aplicar la interpretación y normas más desfavorables al trabajador.

"c) Se violó igualmente el artículo 6º de la Ley 64 de 1945 al darse una interpretación equivocada de lo que en sentido legal deba entenderse por empresa, en la forma y términos que quedó explicado en el contexto de la presente demanda.

"d) Los artículos 1º y 2º de la Ley 65 de 1945 establecen: la ratificación del derecho de cesantías a cargo de los departamentos y a favor de sus asalariados, y la forma de liquidarla. Se violaron en la medida en que se negó la existencia del contrato de trabajo, y en forma refleja.

"e) Se violó también el artículo 1º del Decreto 2567 de 1946, que estableció la forma de liquidar las cesantías a cargo de los departamentos, en la misma forma descrita anteriormente.

"f) El Decreto 2127 de 1945 fue también violado por la interpretación errónea que se dio a su artículo 4º, violación que sirvió de medio para violar las demás normas aquí reseñadas y otras del propio Decreto 2127, así:

"...Los artículos 1º y 2º que precisan en forma reglamentaria la definición de lo que debe entenderse por contrato de trabajo, fijando con claridad los elementos generales y especiales de dicho negocio jurídico. Tales elementos, de la actividad personal, la dependencia y el salario, concurrieron en el caso que nos ocupa. Por lo tanto la equivocada interpretación del artículo 4º del 2127 de 1945, produjo la violación refleja de los artículos 1º y 2º del mismo.

"...El artículo 3º fue violado en forma refleja también, por cuanto allí se dice que el contrato de trabajo no deja de serlo por virtud del nombre que se le dé, ni de las condiciones peculiares del patrono, ni de otras circunstancias cualesquiera. En cambio al interpretarse por el Tribunal el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, atendió a la calidad del patrono y a otras razones distintas de la prestación del servicio, de la subordinación y del salario, en la forma como quedó explicado.

"...El artículo 2º fue violado de la misma manera, o sea, una vez producida la violación 'medio' del artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, se produjo la del 20 del mismo Decreto que establece la presunción de existencia del contrato de trabajo entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe o aprovecha, correspondiendo a éste destruirla. La forma como manejó el *ad quem* el asunto implicó una presunción contraria: según él, probado el servicio personal, correspondía al mismo trabajador demostrar las demás circunstancias demostrativas del contrato.

"...Los artículos 40 y 43 establecen el reglamento del contrato presuntivo de seis meses y la prórroga automática por períodos iguales, normas que fueron violadas al fin de cuentas, por la interpretación errónea que se hizo del artículo 4º del mismo Decreto 2127 de 1945, que fue la violación medio.

"g) El Decreto 797 de 1949 —artículo 1º— fue violado en la misma forma descrita anteriormente, pues dicha norma establece reglamentariamente el valor de la indemnización por mora o salarios caídos, ante el no pago de las indemnizaciones legales".

La parte opositora critica la demanda de falta de la técnica necesaria para la viabilidad del recurso y anota que además la sentencia acusada tiene soportes no atacados por el recurrente, por lo que su demanda de ninguna manera puede prosperar.

La Sala observa:

El casacionista quien como está advertido presenta sólo un cargo, manifiesta primeramente al indicar la causal que, la sentencia acusada es violatoria de la ley sustancial "por infracción directa y aplicación indebida o interpretación errónea" y seguidamente en el cargo intitulado *Capítulo Primero,* dice que hay violación directa de la ley por aplicación indebida y agrega que "la sentencia viola en forma directa el precepto del orden nacional contenido en la siguiente norma, por interpretación errónea...".

Se anota en primer lugar que, esta Sala de la Corte ha expresado que la casación no es una tercera instancia que permita alegaciones tendientes a una valoración completa de la litis, y que dado el rigor formal del recurso los cargos deben ser presentados con claridad y precisión de forma que constituyan el derrotero para desatarlo.

Asimismo repetidamente ha dicho que:

"La causal o motivo de casación y el concepto de violación deben invocarse con exactitud y con la misma precisión, cuidando de no agrupar en el mismo cargo conceptos incompatibles, por razones inveterada y exahustivamente aplicadas por la jurisprudencia.

"Son incompatibles:

a) .....".

"b) La infracción directa, la aplicación indebida y la interpretación errónea, porque cada uno de estos conceptos tiene una motivación distinta y excluyente de los otros dos: la infracción directa proviene del desconocimiento de la voluntad abstracta de un precepto claro, pero que el sentenciador no aplica por ignorarlo o no reconocerle validez, en tanto que la aplicación indebida y la interpretación errónea hacen suponer la solución del litigio por medio de la norma que se indica como violada por su parte, la aplicación indebida ocurre cuando no obstante haber entendido rectamente el texto, el juzgador lo aplica en forma que no conviene al caso, en tanto que la errónea interpretación implica la inteligencia equivocada de la disposición legal. No pudiendo la regla normativa aplicarse y dejar de aplicarse al mismo hecho, ni haber sido a un tiempo bien y mal interpretada respecto del mismo caso, salta a la vista la improcedencia del planteamiento que acumule en el mismo cargo dos o más de tales conceptos de violación, *por contradictorios".* (Sent. de 18 de mayo de 1968).

De manera que, en el caso *sub judice,* como el casacionista incurrió en esos graves defectos de técnica, acumulando dentro del planteamiento de este cargo los conceptos de violación por aplicación indebida y por interpretación errónea, ello impide el examen del mismo que por lo tanto no puede prosperar.

Empero no es este únicamente el defecto que enerva tal estudio, sino que, la censura transcribe y critica la sentencia acusada por cuanto el Tribunal expone como soporte de su decisión que la parte actora del juicio "(...) no demostró en forma directa ni indiciaria que las labores ejecutadas para el Departamento del Magdalena en la granja agrícola, pudieran considerarse como actividades que puedan ser desarrolladas por los particulares en las mismas condiciones, o que la administración perseguía fines de lucro, en la forma explicada por la jurisprudencia transcrita. Tampoco se deduce, del hecho del cargo desempeñado por el trabajador, aceptando esta tesis, la relación contractual laboral que dice rigió las relaciones entre el demandante y demandada".

El recurrente enfoca el ataque diciendo que: "En relación con la identidad de la empresa 'granja agrícola' con sus similares del orden privado, también se equivocó el Tribunal al de-

sechar la posibilidad de analizar el trabajo que un 'práctico agrícola' puede desempeñar... etc.''.

Empero si la demanda señala ese derrotero para puntualizar el error del Tribunal al respecto, la acusación no puede hacerse por la vía directa sino por la indirecta, por cuanto el punto atañe a cuestiones de hecho que no pueden quedar comprendidas dentro del camino escogido en este caso por el casacionista.

Y por último, el censor pretende que el ánimo de lucro no tiene necesidad de demostración, porque según su concepto él se deduce de la sola denominación de la empresa o granja agrícola y que la definición del diccionario es suficiente para establecer la analogía entre esta clase de establecimientos oficiales y particulares, lo cual desde luego resulta inaceptable.

En estas condiciones el cargo por los defectos anotados no puede prosperar.

Por las razones expuestas la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia de fecha once de junio de mil novecientos setenta y uno proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta en este juicio.

Costas del recurso a cargo del recurrente.

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

José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García B., José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

CARGO NUEVO, EN CASACION

Este cargo sí se halla en el ámbito del juzgamiento del Tribunal, ya que presenta como infringidos preceptos del régimen legal en que se fijó la relación de autos y no, como el primero, del correspondiente al trabajador particular conforme al Decreto 2351 de 1965. Pero contiene, como lo observa el Procurador Delegado, una cuestión no propuesta en instancia, cual es la relativa a la indemnización moratoria, que ni se impetró en el libelo inicial ni la resolvió el a quo, en fallo que, por otra parte, no fue apelado por el demandante. Y el ad quem tampoco la estimó, ni la podía estimar, apareciendo, por la primera vez, ante la Corte, en forma que constituye medio nuevo en casación y que como tal debe rechazarse.

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

(Magistrado ponente: doctor Juan Benavides Patrón).

Sección primera. - Acta número 20.

Ante el Juzgado del Trabajo de Palmira, el doctor Guillermo Cabal Barona, con cédula de ciudadanía número 6368353 del mismo lugar, demandó por medio de apoderado, a la Nación, representada por el señor Agente del Ministerio Público y el Ingeniero Jefe del Distrito número 18 de las Obras Públicas Nacionales, para que, por los trámites de un juicio se hicieran "las siguientes declaraciones y condenaciones".

"A) Existe vínculo laboral procedente de contrato de trabajo entre la Nación y el médico doctor Guillermo Cabal Barona, quien prestó sus servicios profesionales a los trabajadores y empleados de las Obras Públicas Nacionales por más de diez años continuos (10).

"B) Declárase ilegal el plazo de 3 meses pactado en el contrato de trabajo de fecha 15 de enero de 1968, cuya copia auténtica se adjunta.

"C) Declárase renovado el contrato por el término de un año por falta de preaviso escrito de 30 días como ordena la ley, por la falta de formalidad para su cancelación de acuerdo con el mismo contrato, y por las prestación (sic) de servicios con posterioridad al vencimiento del término de tres meses, lo mismo que por la concesión de vacaciones remuneradas.

"D) Declárase que el contrato mencionado fue roto unilateralmente por la Nación.

"E) Condénase a la Nación al pago de los salarios correspondientes a la mencionada renovación, de acuerdo con el contrato y con la Resolución número 1641 de agosto 8 de 1968.

"F) Condénasele al pago de las primas proporcionales, auxilio de cesantía, vacaciones, precio del transporte no suministrado al trabajador, previo avalúo pericial y los viáticos, según se pruebe en el juicio.

"G) Ordénase el reintegro del trabajador médico en las mismas condiciones de empleo de que antes gozaba, por haber estado al servicio de la Nación por más de 10 años continuos, conforme lo dispone el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965.

"H) Condénase a la Nación, si se opusiere, al pago de las costas de la presente acción.

"I) Condénase a la Nación a cualquier otra contraprestación en favor del demandante, que apareciere probada y demostrada en los autos, haciendo uso de la facultad de fallar 'ultrapetita y extra-petita', de conformidad con el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo".

El libelo refiere los hechos así:

"*Primero.* El doctor Guillermo Cabal Barona, médico cirujano, graduado en la Universidad Nacional, ha venido prestando sus servicios profesionales al personal de las Obras Públicas

Nacionales desde el mes de mayo de 1942, sin solución de continuidad, presentándose únicamente durante la prestación del servicio variaciones en la modalidad de su vinculación con el Ministerio de Obras Públicas según la reglamentación que ha regido en cada época.

"*Segundo.* En vista de que en el Decreto ejecutivo número 1650 de 1960, reorgánico del Ministerio de Obras Públicas, no fueron creados los cargos de 'médicos jefes' para los distritos de tales obras, el Jefe del Distrito número 18 con sede en Palmira, doctor Oscar Medina Rivera, dictó la Resolución número 008 de 25 de enero de 1965, por medio de la cual designó a dicho doctor Guillermo Cabal Barona, para el desempeño de tales funciones. El doctor Cabal Barona, como los demás profesionales médicos que prestan sus servicios al Ministerio respectivo, fueron vinculados mediante contrato de trabajo.

"*Tercero.* De esta manera, a partir de la mencionada resolución, mi poderdante celebró con la Nación, representada por el mencionado doctor Oscar Medina Rivera, sucesivos contratos de trabajo, uno de los cuales rigió desde el primero (1º) de enero de mil novecientos sesenta y siete (1967) hasta el treinta y uno de diciembre (31) del mismo año, es decir por el término de un año, y otro a partir del primero (1º) de enero de 1968 hasta el 31 de marzo del mismo año, es decir, por el término de tres (3) meses.

"*Cuarto.* De acuerdo con estos contratos, el trabajador médico, a quien impropiamente llaman 'el contratista', se comprometió a prestar sus servicios profesionales al personal de empleados y obreros del Ministerio de Obras Públicas, y a sus familiares que tengan derecho a estos servicios, conforme a disposiciones sobre sanidad que dicte el Ministerio. Igualmente, dice el contrato: 'que se compromete a prestar sus servicios profesionales a las personas del Fondo Nacional de Caminos Vecinales que tengan derecho a estos servicios, conforme a disposiciones que se mencionan en la cláusula anterior'. Son pues esas las labores que el trabajador médico está obligado a desempeñar según el contrato.

"*Quinto.* De acuerdo con el respectivo contrato, la sede del trabajo o sea donde el contrato debe cumplirse es el Municipio de Palmira, sede del Distrito de Obras Públicas Nacionales número 18.

"*Sexto.* De acuerdo con el mismo contrato, mi poderdante tenía obligación de trabajar cinco (5) horas diarias, lo cual está estipulado en la cláusula 'quinta', con una asignación mensual de dos mil quinientos pesos ($ 2.500).

"*Séptimo.* El último contrato de trabajo, o sea aquel celebrado el día 15 de enero de 1968, y que debía regir de acuerdo con su texto, por tres meses, comprendidos entre el primero de enero y el treinta y uno de marzo del mismo año, es violatorio de la ley laboral, pues conforme a lo preceptuado por el artículo 4º del Decreto-ley 2351 de 1965, la duración del contrato laboral escrito no puede ser inferior a un año.

"*Octavo.* La cláusula 'decimosegunda' de dicho contrato dice que el mismo, para su validez y para su cancelación requiere el visto bueno del médico jefe de la División de Servicios Médicos del Ministerio. Sin embargo, el señor Jefe del Distrito número 18 de Obras Públicas, prescindió de los servicios del doctor Guillermo Cabal Barona, sin llenar este requisito, como posteriormente explicaré.

"*Noveno.* No se había vencido aun el ilegal plazo de tres meses cuando el señor Jefe del Distrito número 18 de Obras Públicas concedió al doctor Guillermo Cabal Barona sus vacaciones correspondientes a 2 años continuos de servicio. Tal concesión de vacaciones se hizo por medio de la Resolución OP-141 de marzo 28 de 1968, previa solicitud del trabajador médico, con el lleno de los requisitos legales, la cual dice que las vacaciones durarán treinta días (30) hábiles, y que el trabajador deberá regresar a sus labores el 9 de mayo de 1968.

"*Décimo.* Había empezado el trabajador médico el disfrute de sus vacaciones, y se había vencido ya el ilegal término de 3 meses del contrato, cuando mi poderdante se presentó a la Jefatura de Personal del Distrito número 18 de Obras Públicas Nacionales, con el fin de que le elaborasen su cuenta para el cobro de tales vacaciones. Pero el Jefe de Personal, señora Omaira O. de Molina, valiéndose de engaños obtuvo que en ese momento el doctor Cabal Barona le mostrase la Resolución OP-141, dizque para copiar un dato, y en vez de elaborar la cuenta, retuvo la Resolución y la destruyó. Tal señora explicó su actitud diciendo que tenía orden superior para proceder de esa manera, e inmediatamente procedió a elaborar un C-5, dando por terminado el contrato de trabajo y reconociendo al doctor Guillermo Cabal Barona las vacaciones y las primas proporcionales en dinero. A la resolución respectiva sobre pago de esas remuneraciones se le puso el mismo número y la misma fecha de la resolución destruida, en forma abusiva y delictuosa, sin tener en cuenta de (sic) que la primitiva resolución había producido ya plenos efectos jurídicos en favor de mi poderdante, y se encontraba

radicada en la Auditoría de la Contraloría General de la República, entidad ésta que expidió una copia auténtica a solicitud de mi mandante, la cual acompaño al presente libelo.

"*Decimoprimero.* Al tomar semejante decisión de prescindir de los servicios del doctor Guillermo Cabal Barona, el señor Jefe del Distrito número 18 de las Obras Públicas Nacionales, no dio cumplimiento al mandato del artículo 3º, numeral 3 del Decreto-ley 2351 de 1965, sobre la obligación de preavisar al trabajador, con treinta días de anticipación y por escrito, de que el contrato de trabajo no será renovado, son (sic) pena de considerarse el contrato prorrogado por un año más.

"*Decimosegundo.* De acuerdo con la cláusula 'sexta' del contrato violado, el Distrito número 18 estaba comprometido a suministrarle al doctor Guillermo Cabal Barona, el transporte para las visitas médicas en ejercicio de sus labores, lo cual nunca fue cumplido ya que mi poderdante tenía que usar para transportarse sus propios vehículos. Y cuando en ejercicio de sus labores visitaba frentes de trabajo fuera del Municipio de Palmira pagaba de su bolsillo los gastos, porque nunca que (sic) se le pagaron los viáticos reglamentarios.

"*Decimotercero.* El salario base para la liquidación de sueldo y prestaciones sociales correspondientes a mi poderdante fue variado por medio de la Resolución ministerial 1641 de agosto 8 de 1968, cuyo artículo primero dice que a partir del 1º de agosto de 1968, 'a aquellos profesionales que prestaban sus servicios en diciembre de 1967 al Ministerio de Obras Públicas, en la División de Servicios Médicos, y que han continuado sin interrupción prestándolos en el presente año, se les reconocerá por hora-mes la suma de un mil pesos ($ 1.000) moneda corriente'.

"*Decimocuarto.* Mi poderdante está ubicado en dicho caso, y como trabajaba cinco (5) horas diarias, su sueldo a partir del primero de agosto de 1968 es de cinco mil pesos mensuales ($ 5.000).

"*Decimoquinto.* Ante el injusto e ilegal despido hecho por el Jefe del Distrito número 18 de Obras Públicas Nacionales, mi representado hizo reclamo por la vía gubernativa ante el Ministerio de Obras Públicas, según memorial de fecha 18 de diciembre de 1968, cuya copia auténtica presento, con registro de correspondencia número 019467 de fecha 19 del mismo mes y año. Tal memorial no ha sido resuelto aun por la entidad gubernativa a la cual fue dirigido y a pesar de mensaje telegráfico posterior, reclamando contra la demora en resolver. Habiendo transcurrido el término legal de un mes para tal resolución, se entiende agotada la vía gubernativa.

"*Decimosexto.* Durante el goce de las vacaciones, como lo demostraré oportunamente, mi poderdante continuó atendiendo profesionalmente a varios pacientes de las Obras Públicas Nacionales que requirieron sus servicios, circunstancia ésta que unida a la falta de preaviso sobre no renovación del contrato, y a la falta del visto bueno del médico Jefe de la División de Servicios Médicos como lo prevé la cláusula 'decimosegunda' del contrato, implica una prolongación y renovación del vínculo contractual, más allá del 31 de marzo de 1968, o sea del vencimiento del ilegal término de 3 meses".

Como fundamentos de derecho se invocaron el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, "las disposiciones del Código Sustantivo Laboral, especialmente las citadas en este libelo contenidas en el Decreto 2351 de 1945" y concordantes y las del Código Procesal del Trabajo.

El Procurador del Distrito Judicial de Palmira al contestar la demanda manifestó no constarle sus hechos y que el 7º y el 11 no son tales sino apreciaciones del actor, que no comparte, agregando respecto del último que contiene error de cita, y propuso las excepciones de carencia de acción o derecho para demandar, inexistencia de la obligación, ilegitimidad de personería sustantiva en la parte demandante, pago y la innominada. Agregó que las disposiciones legales invocadas por el actor no tienen ninguna relación con su demanda, pues la Nación es una entidad de derecho público y por tal motivo debe darse aplicación a la Ley 6ª de 1945 y a su Decreto reglamentario 2127 del mismo año.

Rituada la litis, en la que se decidió un incidente de nulidad, el Juzgado del conocimiento que para entonces lo fue el Segundo Laboral del Circuito de Palmira, la desató en fallo del 16 de diciembre de 1970 cuya parte resolutiva reza:

"1º Negar, como en efecto niega la declaratoria de las excepciones perentorias propuestas por la entidad demandada 'la Nación-Distrito de Obras Públicas Nacionales número 18 de esta ciudad', representada por el Ingeniero Jefe, doctor Oscar Medina Rivera, en el presente juicio seguido por el doctor Guillermo Cabal Barona, y consistentes en carencia de acción, o derecho para demandar; inexistencia de la obligación; ilegitimidad de personería sustantiva en la parte demandante; la de pago y la innominada.

"2º Condenar a la entidad demandada 'la Nación - Distrito de Obras Públicas Nacionales número 18 de esta ciudad', a reintegrar al señor

doctor Guillermo Cabal Barona, en las mismas condiciones de empleo de que gozaba en el momento de la terminación unilateral del contrato de trabajo.

"3º Ordénase asimismo el pago por parte de la misma institución demandada de los salarios, primas y vacaciones dejados de percibir por el doctor Guillermo Cabal Barona, desde el día primero (1º) de abril de 1968 hasta la fecha en que sea reintegrado al cargo que venía desempeñando, con base en el sueldo últimamente devengado por dicho profesional.

"4º Sin costas, conforme lo estatuye el artículo 576 del Código Judicial".

En consulta esta providencia ante el Tribunal Superior de Cali, fue revocada el 8 de septiembre de 1971 absolviéndose, en su lugar, "de todos los cargos formulados en la demanda". Se impusieron costas de la primera instancia al demandante. Salvó su voto el Magistrado Jack Sasson S., por estimar que la Sala desde un comienzo ha debido confirmar la incompetencia de jurisdicción declarada por el Juzgado en el incidente de nulidad respectivo, y, ahora, inhibirse por la falta del dicho presupuesto procesal "pues la jurisdicción del trabajo sólo está instituida para dirimir los conflictos que se originen directa o indirectamente en un contrato de trabajo" y el demandante de autos fue un empleado público, sometido "a una calidad normativa legal, estatutaria y reglamentaria, la que de suyo excluye la contractualidad". La consideración de fondo mayoritaria fue la de que hubo contrato de trabajo, pero de regulación distinta de la del Código Laboral, la cual no consagra el derecho de restitución que pretende el actor y, por otra parte, respecto de primas y vacaciones, éstas solo se causan por la prestación real y efectiva del servicio.

Contra la sentencia anterior interpuso el recurso de casación el apoderado del doctor Cabal Barona y habiéndoselo concedido el *ad quem* y recibido esta Sala, que lo ha tramitado en legal forma, se le va a resolver mediante el estudio de la correspondiente demanda y del escrito del Procurador Delegado en lo Civil, opositor en el mismo.

Alcance de la impugnación.

El recurrente persigue la casación del fallo mencionado para que, constituida la Corte en Tribunal de instancia, confirme el del Juzgado y condene a la Nación a reintegrar al doctor Cabal Barona al cargo que desempeñaba y a pagarle los salarios dejados de percibir desde el despido injusto hasta cuando se efectúe el dicho reintegro. Subsidiariamente, que se case la sentencia del Tribunal "y se revoque o modifique el proveído de segunda instancia conforme al alcance que en cada uno de los cargos se indica a la impugnación".

Para esos efectos se formulan dos ataques, así:

Primer cargo.

Acusa "violación indirecta del artículo 8º, numeral 5º del Decreto 2351 de 1965, hoy Ley 48 de 1968, que no se aplicó en relación con el artículo 4º" del mismo Decreto. La violación se afirma ocurrida a consecuencia de errores evidentes de hecho, por falta de apreciación de los documentos de folios 2, 3, 75, 9, 10, 15, 106 y 107 del cuaderno principal y de la inspección ocular de folios 112 a 120 del mismo cuaderno, "junto con el dictamen pericial". Esos errores consistieron en no haber dado por establecido, estándolo, que la Nación dio por terminado unilateral e ilegalmente el contrato de trabajo que existió entre ella y el demandante; en no dar por demostrado, estándolo, que el despido ilegal y el tiempo de servicios superior a diez años daban derecho al demandante a su reintegro; y en no haber dado por demostrado, estándolo, que el demandante fue injustamente despedido después de diez años continuos de trabajo.

Para sustentar el cargo el acusador manifiesta que según el precepto primeramente citado, cuando un trabajador hubiere cumplido más de diez años de servicios, el Juez, puede, previa demanda, ordenar su reintegro en las mismas condiciones de empleo de que antes gozaba y el pago de los salarios dejados de percibir u ordenar las indemnizaciones previstas en el numeral 4, literal d) del mismo artículo, siendo acción principal la de reintegro y subsidiaria la otra, ésta última para cuando existan incompatibilidades creadas por el despido, que no se demostraron en el caso *sub lite* por lo que debió aplicarse la principal. Alega que los documentos de folio 75 y la inspección ocular, "lo mismo que el dictamen respectivo", dan fe de que el demandante prestó más de diez años de servicios a la Nación, desde el 6 de agosto de 1954 hasta el 30 de marzo de 1968, es decir, durante 12 años, y 7 meses y 24 días; y los documentos de folios 2 y 3 y el propio contrato de trabajo establecen la terminación del mismo en condiciones de ilegalidad e injusticia, ya que si el Distrito 18 de Obras Públicas le hizo al doctor Cabal un nuevo contrato con fecha 15 de enero de 1968, por el término de tres meses, y si de acuerdo con el artículo 4º del Decreto 2351 de 1965, hoy Ley 48 de 1968, los contratos a término fijo no pue-

den tener duración inferior a un año, sin que el caso de autos se encuentre en sus excepciones, hay que concluir que el Ministerio al ordenar a sus subalternos que se abstuvieran de renovar el contrato de trabajo del demandante estaba haciéndolo ilegalmente, porque, al no poderse celebrar por tiempo inferior al dicho de un año mal podía terminarse unilateralmente aduciéndose vencimiento del plazo y, porque, esa causal de terminación contractual no opera de manera legal y justa cuando de contrato de trabajo se trata. Agrega el impugnador que el Tribunal no apreció las pruebas que demuestran el tiempo de servicios del doctor Cabal superior a diez años, ni la forma ilegal e injusta como se terminó el contrato de trabajo, y por ello, por no tenerlas en cuenta, no dio por demostrado, estándolo, que el demandante fue injustamente despedido, y que si las hubiese apreciado habría tenido que concluir que el doctor Cabal Barona, por haber sido despedido sin justa causa cuando tenía más de diez años de servicios para la Nación y por no existir ninguna incompatibilidad originada por su despido, debía ser reintegrado al cargo que desempeñaba, en igualdad de condiciones, con pago de la totalidad de los salarios dejados de percibir. Como el *ad quem* no lo hizo así, violó los textos reseñados en esta acusación.

Para el opositor, en consideraciones previas, la sentencia del Tribunal de Cali adolece de un error conceptual, en cuanto considera al demandante como "trabajador oficial" cuando en realidad ostentó la calidad de "empleado público", equivocación que no influye en el resultado del proceso, absolutorio para la Nación, y que tampoco puede ser motivo para infirmar la sentencia en razón de no haber sido alegado por el recurrente. Este planteamiento lo desarrolla con exégesis de los artículos 4º del Decreto 2127 de 1945 y 5º del Decreto 3135 de 1968, invocación de jurisprudencia de la Corte y referencia, además, a las vinculaciones de autos, concluyendo que el doctor Cabal no tuvo la calidad de trabajador oficial sino la de empleado público, como lo apreció en su salvamento de voto el Magistrado doctor Jack Sasson S., pero que el resultado siempre es el mismo para el presente negocio, lo que anota, empero, sin contradicción, por economía procesal, para evitar una nueva acción ante la jurisdicción contencioso administrativa que llevaría igualmente a la absolución de la Nación.

Y respecto del cargo mismo estima innecesario analizar la argumentación sobre el error evidente de hecho que se alega, pues lo básico para desecharlo es que las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo y del Decreto 2351 de 1965 no son aplicables a los trabajadores oficiales, como se calificó al demandante y se resolvió por el *ad quem,* inaplicabilidad que resulta de los artículos 4º y 492 del estatuto mencionado.

Se considera.

Respecto de la vinculación de autos el Tribunal apreció, sin que esta apreciación sea impugnada por el acusador, ni en realidad aparezca que tenga interés en discutirla o negarla, que ella constituyó un contrato de trabajo que imprimió al doctor Cabal Barona la condición de trabajador oficial. Y sobre esta base indiscutida, de la cual debe partir la Corte en el estudio del presente recurso, juzgó que el régimen laboral aplicable no era el del Código Sustantivo y sus normas reformadoras, entre éstas las del Decreto 2351 de 1965, como lo planteó el demandante, sino los estatutos especiales para la dicha clase de servidores y, a falta de ellos, las disposiciones anteriores sobre el particular, tales como la Ley 6ª de 1945, su Decreto reglamentario 2127 del mismo año, y las posteriores hasta las que hoy rigen la materia, que el *ad quem* concretó en los Decretos 3135 y 3193 de 1968 y 1848 de 1969. Tal juzgamiento se afirmó, con citación y exégesis expresas, en los artículos 3º y 492 del Código Sustantivo del Trabajo. En estas condiciones los preceptos últimamente indicados son fundamentos legales de la decisión recurrida y para destruirla, e inclusive para que pueda estudiársela en casación, se requiere que la demanda afirme, con sujeción a todas las exigencias de ley, que se incurrió en violación de ellos, motivo propio del recurso extraordinario en la causal por la que el impugnador ha comparecido ante la Corte, y condición sin cuyo cumplimiento no debe estimársele.

El cargo en que se ocupa la Sala no menciona aquellos textos fundamentales de la sentencia, ni los contiene en forma alguna en la proposición jurídica que formuló ni en la alegación sustentatoria, ni en opinión ninguna que niegue que las normas del Código y de sus reformas, y entre éstas las del Decreto 2351 de 1965 que invoca el acusador y en que se sustentaron las acciones de la litis, no son aplicables al demandante de autos, porque su relación de trabajo se gobierna por disposiciones distintas, de otro ámbito. Simplemente, el acusador pretende que hubo violación de los artículos 4º y 8º, numeral 5º del dicho Decreto, por no haberlos aplicado el fallador, pero no advierte que esa falta de aplicación respondió a consideración fundamental que ne-

cesitaba destruir para abrirle paso al examen de los errores de hecho pretendidos y a los cuales no se puede penetrar sin aquella acusación primera, como se hace en este ataque, que se manifiesta inatendible.

Ha de agregarse que el asunto tiene enfoque diferente para el Magistrado que salvó su voto, pues éste consideró, con base en las probanzas y en apreciaciones suyas de ley, que la vinculación no fue contractual sino legal y reglamentaria, de derecho administrativo, por lo que el doctor Cabal no tuvo condición de trabajador oficial sino de empleado público. En consecuencia, sus pretensiones no podían resolverse por los jueces labores sino por lo contencioso administrativo, conclusión muy diferente de la de la mayoría de la Sala *ad quem* que apreció contrato de trabajo de orden oficial y, por lo tanto, competencia para conocer del caso, pero absolución porque las acciones se fundaron en leyes no aplicables, pues el trabajador estaba sometido a régimen diferente. Cuanto se pretenda, pues, para la revisión de ese juicio tiene que demostrar primero error en su base, según se ha dicho, y no, como lo hace el recurrente, proponer el examen de los extremos mismos de las pretensiones en un ámbito legal que fue descalificado por el fallador y que no se impugna.

Por todo lo anterior este primer cargo es inestimable.

Segundo cargo.

Acusa violación indirecta de los artículos 1º, 8º y 11 de la Ley 6ª de 1945, en relación con los textos 4º y 51 del Decreto 2127 y 1º del Decreto 797 de 1949, que no fueron aplicados, a consecuencia de errores evidentes de hecho provenientes de la falta de apreciación de algunas pruebas que adelante se singularizarán, y que consistieron: 1º) En no dar por demostrado, estándolo, que entre la Nación y el doctor Cabal Barona existió un contrato de trabajo; 2º) Que el promotor de la litis fue despedido sin justa causa y 3º) Que no se le pagó indemnización por la terminación injusta del contrato de trabajo.

Con este ataque persigue el acusador que se case la sentencia del *ad quem* y en sede de instancia se "*revoque el fallo de primer grado* y en su lugar (se) condene a la Nación al pago del lucro cesante o indemnización por terminación injusta del contrato de trabajo, y a la indemnización moratoria consiguiente a la falta de pago del lucro cesante".

Para estos efectos se señalan como pruebas dejadas de apreciar los documentos de folios 2, 3, 75, 9, 10, 15 y 5 y la declaración de folios 76 a 79 alegándose que entre el actor y la administración existió un contrato de trabajo, de los contemplados por las excepciones del artículo 4º del Decreto 2127 de 1945; que el doctor Cabal trabajó ininterrumpidamente desde el 6 de agosto de 1954 hasta el 30 de marzo de 1968; que en 1967 se le hizo firmar un contrato con duración de un año, que vencía el 31 de diciembre del dicho año; que posteriormente, el 15 de enero de 1968, cuando ya había comenzado a regir un plazo presuntivo, se acordó un nuevo contrato por término de tres meses, determinación ésta que aun aceptando que tuviera vigencia, el contrato terminaría ilegalmente pues previamente se le concedieron al demandante vacaciones y luego le arrebataron con engaño la resolución respectiva "pensando que en el tiempo de su disfrute se van a prorrogar los efectos del contrato, que no podrá así terminar", aspecto que es claro y no ofrece duda alguna, pues sobre él, existe, entre otras, la inequívoca declaración de la empleada que actuó en tal forma, señora Omaira Ortiz de Molina; que, por lo tanto, "si se acepta como fecha de iniciación del contrato la que figura en el último celebrado, y además su duración de tres meses, no es posible desconocer que al actor se le habían concedido vacaciones y que se destruyó la resolución que las concedía, con el fin de terminar ilegalmente el contrato", pero que de todos modos lo cierto es que el contrato se inició el 6 de agosto de 1954, venía ejecutándose de seis en seis meses, el 30 de marzo de 1968 acababa de renovarse y le faltaban, para cumplir otros seis meses, tres meses y seis días; que las vacaciones liquidadas por la Nación fueron con base en la fecha de iniciación del mes de agosto, y que al producir el despido sin justa causa, y en forma dolosa además, la Nación debió pagar el tiempo que faltaba para que venciera el contrato de trabajo y como no lo hizo así debe también la indemnización moratoria, derecho éste que no tiene vida *per se* sino que es consecuencia de la no efectividad del principal, es decir, que es implícito en otro, sin el cual no puede existir.

Reitera que el Tribunal al fallar no tuvo en cuenta las pruebas reseñadas y por ello incurrió en los errores y las violaciones que acusa.

Para el opositor, el cargo aunque si se fundamenta en disposiciones aplicables a los trabajadores oficiales no puede prosperar porque el Tribunal dio por establecida la existencia del contrato de trabajo que el acusador afirma que no fue apreciada; porque el doctor Cabal no fue despedido sin justa causa, ya que la admi-

nistración se ciñó simplemente al término pactado y no hay norma, en el campo oficial, o al menos el casacionista no la menciona, que ordene uno mínimo, como sí existe en el del trabajador privado, en decreto que no es aplicable al caso; y que sin terminación unilateral e injusta no hubo lucro cesante. Respecto de la petición indemnizatoria por mora agrega el Procurador que constituye medio nuevo en casación y que no bastaba solicitar en el libelo inicial que se fallara extra o ultra petita para suponer esa indemnización comprendida en tal solicitud, pues, a más de que eso no debe entenderse así, el Juez de primer grado, que era quien tenía esa facultad exclusiva no se refirió a ella.

Se considera.

Este cargo sí se halla en el ámbito del juzgamiento del Tribunal, ya que presenta como infringidos preceptos del régimen legal en que se fijó la relación de autos y no, como el primero, del correspondiente al trabajador particular conforme al Decreto 2351 de 1965. Pero contiene, como lo observa el Procurador Delegado, una cuestión no propuesta en instancia, cual es la relativa a la indemnización moratoria, que ni se impetró en el libelo inicial ni la resolvió el a quo, *en fallo que, por otra parte, no fue apelado por el demandante. Y el* ad quem *tampoco la estimó, ni la podía estimar, apareciendo, por la primera vez, ante la Corte, en forma que constituye medio nuevo en casación y que como tal debe rechazarse.*

En cuanto a su otro objetivo el lucro cesante o indemnización por despido injusto hay que advertir que, si en razón de la legislación en que se apoyó el libelo inicial, no estaba contenido en dicho escrito, no puede procurársele ahora con fundamento en la Ley 6ª de 1945 y su decreto reglamentario, esto es, conforme al régimen del trabajador oficial, pues constituiría acción no sometida al juzgamiento de instancia y medio nuevo en casación. Y si se le entiende contenido en la petición de aquel libelo sobre "pago de salarios correspondientes a la mencionada renovación" (letra e, folio 22) —aunque con soporte legal distinto alegándose además que la equivocación en el fundamento de derecho no lo descalificaba y debió fallársele de acuerdo con la norma propia— así entendido, se repite, aparece que tal asunto no fue despachado por el *a quo;* y como el demandante no apeló, perdió interés jurídico en tal lucro cesante, que ahora el recurso extraordinario muestra en los meses faltantes para la terminación del contrato, aspiración que hoy es inestimable, por falta de tal interés, al conformarse procesalmente el demandante con lo resuelto en el primer grado.

Parece, finalmente, que éste es el entendimiento del acusador, es decir, el de procurar un extremo que no despachó el Juzgado, pues en el alcance que fija para este cargo pide que la Corte, en sede de instancia, "revoque el fallo de primer grado y en su lugar condena a la Nación al pago del lucro cesante o indemnización por terminación injusta del contrato de trabajo...", lo cual no es posible atender, por no haber apelado el demandante de aquella decisión de instancia.

Por último, en cuanto a los errores de hecho que se afirman cometidos por el fallador es manifiesto que el primero no aconteció, pues precisamente el Tribunal dio por establecido que entre la Nación y el demandante existió un contrato de trabajo, por el que el doctor Cabal Barona tuvo la condición de trabajador oficial; que el tercero sería consecuencia de que se diera por demostrado que al demandante le terminaron unilateral e ilegalmente aquella contratación, que es en lo que consiste propiamente el segundo, en acción que si no fue propuesta en la litis constituiría hoy medio nuevo en casación y si se la supone contenida en el libelo inicial no fue resuelta por el *a quo,* en fallo no apelado por el actor, careciendo ahora de interés jurídico para procurarla. Ni se diga, para modificar esta conclusión, que el Juzgado reconoció el hecho del despido, pues de él lo que ordenó fue el reintegro del trabajador con pago de los salarios dejados de percibir, que no es lo que se persigue aquí, ni en su contenido ni en su fundamento legal.

Todo lo cual exhibe que el cargo no es estimable.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia objeto del presente recurso, de la fecha y origen expresados, por medio de la cual se absolvió a la Nación "de todos los cargos formulados en la demanda".

Costas al recurrente.

Notifíquese, cópiese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase al Tribunal.

Juan Benavides Patrón, Alejandro Córdoba Medina, Jorge Gaviria Salazar.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

UNIDAD DE EMPRESA

Para resolver el tema propuesto es preciso mirar, ante todo, que el artículo 15 del Decreto 2351 de 1965, que subrogó el 194 del Código Sustantivo del Trabajo, estableció tres figuras distintas de unidad de empresa, las dos primeras correspondientes al precepto derogado y nueva la tercera.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., junio seis de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor José Enrique Arboleda Valencia).

Sección segunda. - Acta número 19.

Luis Alfredo Rodríguez Morón, mediante apoderado, instauró demanda, repartida al Juzgado Tercero del Trabajo de Cali, en la que suplica se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

"*Primera.* Sírvase declarar que existe unidad de empresa entre Generoso Mancini - Manteca 'La Americana Limitada', por una parte, y, Fábrica de Aceites y Grasas Vegetales 'La Americana Limitada', hoy 'Fábrica de Aceites y Grasas Vegetales Acegrave Limitada', aquélla con existencia legal y domicilio en Cali, ésta con existencia legal y domicilio en Barranquilla, y ambas presididas y representadas legalmente por el señor Manlio Mancini Alzamora, también mayor y vecino de Cali, o quien haga sus veces.

"*Segunda.* Sírvase ordenar el reintegro de mi nombrado mandante, Luis Alfredo Rodríguez Morón, de las notas civiles expuestas, en el cargo de contador de la compañía Generoso Mancini - Manteca 'La Americana Limitada', en Cali, en las mismas condiciones de trabajo y con la misma retribución que tenga asignada dicho cargo.

"*Tercera.* Sírvase condenar a Generoso Mancini - Manteca 'La Americana Limitada', a pagar a favor de Luis Alfredo Rodríguez Morón o de quien sus derechos represente, las sumas de dinero equivalentes a los salarios, beneficios, primas, vacaciones e indemnizaciones, prestaciones y derechos sociales, incluidos los reajustes de salarios y demás prestaciones sociales, contados a partir del día 28 de septiembre de 1965, en que fue despedido sin justa causa éste por aquélla, a que tenga derecho mi mandante y que haya dejado de percibir desde dicha fecha, de conformidad con lo establecido por el Decreto número 2351 de 1965, artículo 8º, numeral 5º, hasta la fecha de su reintegro efectivo en su cargo.

"*Cuarta.* En subsidio de las peticiones anteriores, formulo a usted respetuosamente las que siguen:

"a) Sírvase condenar a Generoso Mancini Manteca 'La Americana Limitada' a pagar a favor de Luis Alfredo Rodríguez Morón, o de quien sus derechos represente, la suma de cincuenta y seis mil ciento cincuenta y cuatro pesos ($ 56.154) moneda legal colombiana, por concepto de indemnización por despido sin justa causa de mi nombrado mandante y por parte de la mentada empresa, correspondiente al lapso comprendido entre el 17 de noviembre de 1952 y el 28 de septiembre de 1965, o sea, durante 12 años, 10 meses y 10 días, de conformidad con lo estatuido en el Decreto número 2351 de septiembre 4 de 1965, artículo 8º, numeral 4, letra d);

"b) Sírvase, señor Juez, decretar el pago de la pensión de jubilación parcial a que tiene derecho mi poderdante nombrado y a cargo de la empresa aquí demandada, teniendo en cuenta el tiempo de servicio prestado por aquél a ésta, de 12 años, 10 meses y 10 días, con base en la Ley 171 de 1961, artículo 8º y demás normas reglamentarias y concordantes; y

"c) Sírvase condenar a Generoso Mancini - Manteca 'La Americana Limitada' a pagar a favor de Luis A. Rodríguez Morón o de quien sus derechos represente el valor de la indemnización a que éste tiene derecho por falta de pago de los derechos y prestaciones sociales que por

ley le corresponden, a razón de un día de salario por cada día de retardo en dicho pago, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, y el Decreto número 2351 de septiembre 4 de 1965.

"*Quinta.* Sírvase, señor Juez, condenar a la empresa aquí demandada a reconocer, liquidar y pagar a mi mandante el valor de los derechos, beneficios, indemnizaciones y prestaciones sociales que por ley puedan corresponderle y que sean diferentes y/o superiores respecto de las aquí impetradas, conforme a lo ordenado en el artículo 50 del Código del Procedimiento del Trabajo.

"*Sexta.* Sírvase, señor Juez, condenar a Generoso Mancini - Manteca 'La Americana Ltda.', en costas, si se opone a ésta demanda, incluidas las agencias en derecho".

Los hechos que sustentan estas peticiones se sintetizan, así:

Que el actor fue trabajador de la Fábrica de Aceites y Grasas Vegetales —La Americana— Ltda. de Barranquilla desde el 17 de noviembre de 1952, y desde el 1º de julio de 1959 de Generoso Mancini - Manteca La Americana Ltda., con sede en Cali, habiendo sido despedido sin causa justa ni legal el 28 de septiembre de 1965; que entre las dos sociedades dichas existe unidad de empresa, por lo cual sirvió a ambas en tiempo acumulado de doce (12) años, diez (10) meses y diez (10) días; que el objeto social de dichas compañías, el ser las mismas personas los socios de una y de otra, las constancias que le hicieron dejar en las liquidaciones de prestaciones sociales, la de su traslado a trabajar de una empresa a otra, la carta de despido, muestran la unidad de empresa indicada; que el último sueldo devengado por el demandante fue el de $ 4.200.

La sociedad "Generoso Mancini - Manteca La Americana Ltda.", por Procurador Judicial, respondió la demanda sosteniendo que no existe unidad de empresa entre las sociedades demandadas "pues se trata de dos personas jurídicas diferentes, con domicilios en ciudades distintas, no siendo ninguna de las dos ni principal ni matriz de una de la otra, ni tampoco la una es filial o subsidiaria de la otra". Como consecuencia se opuso a las condenaciones resultantes de dicha unidad de empresa. Fuera de lo anterior, sostuvo que "la empresa que represento prescindió de los servicios del demandante con sujeción a su contrato de trabajo, reconociéndole no sólo el valor total de sus prestaciones e indemnizaciones, sino también una bonificación de dos mil doscientos doce pesos con trece centavos ($ 2.212.13), tal como aparece en el documento de liquidación al que me he referido anteriormente y que se acompañó a la demanda. Es, pues, (agrega) manifiesta la buena fe de la empresa demandada, sin que tampoco exista fundamento legal alguno para la sanción prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, y en el Decreto 2351 de 1965". Sostuvo, por último: "Me opongo, por tanto, a que la empresa sea condenada al pago de las sumas, de la pensión de jubilación y de las indemnizaciones y prestaciones a que se refieren las letras a), b) y c) de este punto de la demanda". Propuso varias excepciones perentorias y en cuanto a los hechos aducidos por el demandante: negó algunos y no admitió los demás con el alcance que éste les fija.

Después de un largo trámite judicial el Juzgado del conocimiento lo decidió el litigio mediante sentencia de 8 de marzo de 1971, cuya parte resolutiva es de este tenor:

"Primero. *Declarar* no probadas las excepciones perentorias de carencia de acción, inexistencia de la obligación, prescripción y la innominada, propuestas por el apoderado de las sociedades demandadas.

"Segundo. *Declarar,* como en efecto declara que existe unidad de empresa entre Generoso Mancini - Manteca 'La Americana Limitada' y 'Fábrica de Aceites y Grasas Vegetales La Americana Limitada' hoy 'Fábrica de Aceites y Grasas Vegetales Acegrave Limitada'.

"Tercero. *Ordénase* el reintegro del señor Luis Alfredo Rodríguez Morón, en el cargo de contador de la compañía Generoso Mancini - Manteca 'La Americana Limitada' en Cali, en las mismas condiciones de trabajo y con la misma retribución que tenga asignada dicho cargo.

"Cuarto. Condenar como en efecto condena a Generoso Mancini - Manteca 'La Americana Limitada' y/o 'Fábrica de Aceites y Grasas Vegetales Acegrave Limitada' a pagar dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia, en favor del señor Luis Alfredo Rodríguez Morón, las sumas de dinero equivalentes a los salarios, beneficios, primas, vacaciones, prestaciones y derechos sociales, incluidos los reajustes de salarios, contados a partir del día 28 de septiembre de 1965, hasta el día en que el reintegro se haga efectivo.

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

Los apoderados de ambas partes interpusieron recurso de alzada, el que fue resuelto por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali el 30 de agosto de 1971 de la siguiente manera:

"...*Revoca* parcialmente el fallo recurrido y en su lugar *dispone:*

"1º *Confírmase el punto segundo* del fallo revisado.

"2º *Condénase* a las sociedades Generoso Mancini - Manteca 'La Americana Limitada' y 'Fábrica de Aceites y Grasas Vegetales - Acegrave Ltda.' domiciliadas en Cali y Barranquilla, respectivamente, a pagar a favor de Luis Alfredo Rodríguez Morón, mayor de edad y de este vecindario, en esta ciudad, la suma de cincuenta y un mil cuatrocientos noventa y dos pesos ($ 51.492.) moneda corriente, valor de los salarios correspondientes a cuatrocientos días ocho décimas de día (400.08) que le corresponden por concepto de indemnización, por terminación injusta del contrato de trabajo, a razón de $ 140.00 diarios, hecha ya la deducción de que se habla en la parte motiva.

"3º *Condénase* a las mismas sociedades a pagar a favor de Luis Alfredo Rodríguez Morón, en esta ciudad, la suma de dos mil veinticinco pesos con sesenta centavos ($ 2.025.60) mensuales, a partir del 27 de noviembre de 1961, por concepto de la pensión proporcional de jubilación a que se refiere el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, pensión que debe pagarse por toda la vida del beneficiario, extendida a los causahabientes de él, en los términos y condiciones que tenga establecido el legislador, a partir de la muerte de aquél.

"4º *Absuélvese* a las sociedades demandadas de los demás cargos que les fueron formulados.

"5º *Declárase* no probada la excepción de prescripción propuesta con la contestación de la demanda.

"6º *Con costas* en la primera instancia a cargo de los demandados y *sin costas* en esta".

Los mismos apoderados acudieron en casación ante esta Sala de la Corte, fundamentaron las respectivas demandas y presentaron los correspondientes escritos de réplica y con base en ellas y éstos procede la Sala a decidir el recurso, empezando por la de la demandada recurrente, ya que aspira a la absolución de las condenas que se le impusieron, según lo expresa en el alcance de la impugnación, diciendo:

"Con fundamento en los motivos de casación que a continuación expongo, pretendo que se *case parcialmente* la sentencia de segunda instancia, en los puntos 1º, 2º, 3º y 6º, de su parte resolutiva, en cuanto por ellos confirmó el punto 2º del *a quo* que declaró la unidad de empresa pedida en la demanda; condenó a las sociedades Generoso Mancini - Manteca La Americana Ltda. y Fábrica de Aceites y Grasas Vegetales Acegrave Ltda., a pagar al señor Luis Alfredo Rodríguez Morón la suma de $ 51.492 moneda corriente, por concepto de indemnización por terminación injusta del contrato de trabajo, se les condenó también a pagar la suma de $ 2.025.60 moneda corriente, mensuales, a partir del 17 de noviembre de 1961, valor de la pensión proporcional de jubilación a que se refiere el artículo 8º de la Ley 171 de 1961 por toda la vida del beneficiario, extendida a sus causahabientes, en los términos y condiciones de pago que tenga establecido el legislador, a partir de su muerte y se les impuso las costas de la primera instancia.

"Como consecuencia de la casación del fallo la honorable Corte, convertida en Tribunal de instancia, habrá de revocar la totalidad de la sentencia de primer grado y en su lugar, absolver a las sociedades demandadas de todos los cargos que le fueron formulados en el libelo imponiendo la condena en costas en ambas instancias al actor (Art. 392 del C. de P. C.)".

Para conseguir este fin presenta tres cargos, de los cuales se estudiarán conjuntamente los dos primeros por tratar el punto esencial del litigio (la unidad de empresa) desde los dos ángulos desde los cuales lo enfoca la sentencia recurrida: alcance del artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo, y análisis probatorio que fundamenta para las sociedades demandadas esa unidad.

Dice el primero que la sentencia recurrida "violó directamente el artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo, hoy subrogado por el artículo 15 del Decreto 2351 de 1965, adoptado como legislación permanente por el artículo 1º de la Ley 48 de 1968. La violación se produjo por interpretación errónea del citado precepto legal. Como consecuencia de la anterior violación, el sentenciador quebrantó, también por vía directa por indebida aplicación, el numeral 4º del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, adoptado asimismo como norma permanente por el artículo 1º de la Ley 48 de 1968, y el artículo 8º de la Ley 171 de 1961".

Para sustentar el ataque, luego de transcribir apartes del fallo impugnado, sostiene:

"En concepto del Tribunal, en todos los casos puede existir unidad de empresa, aun cuando se trate de diversas unidades de explotación económica independientes y aunque pertenezcan a varias personas naturales, varias personas jurídicas o a unas y otras perfectamente diferentes, por el sólo hecho de que sus actividades sean conexas o complementarias, ya sea por formar los diversos establecimientos un mismo complejo de producción o por existir entre ellos una colaboración económica para rebajar los costos.

"El anterior entendimiento no se ajusta al texto ni al espíritu del artículo 194 del Código del Trabajo, mucho menos si se tiene en cuenta la modificación de que dicha norma fue objeto por el artículo 15 del Decreto 2351 de 1965.

"En efecto, cuando se trata de una misma unidad de explotación económica, es decir, de la unidad de empresa objetivamente considerada, no importa que dependa de varias personas naturales o jurídicas, siempre y cuando se conserven en lo esencial los elementos materiales de explotación, aun cuando en el tiempo llegue a tener varios dueños o propietarios.

"Pero cuando se trata, como en el *sub lite,* de varias unidades de explotación económica, para que se configure la unidad es necesario que se cumplan éstos requisitos: a) Que todas las unidades dependan de una misma persona (natural o jurídica); b) Que las actividades de todas sean similares, conexas o complementarias; c) Que todas tengan trabajadores a su servicio.

"Además, cuando se trata de personas jurídicas y en especial de sociedades, a más de la similitud, conexión o complementariedad de los objetivos sociales es necesario que la principal predomine económicamente sobre las filiales o subsidiarias. No basta entonces con el primer requisito sino que se debe cumplir el segundo, esto es, que la matriz sea dueña de una parte del capital de la subordinada y que, además dicha parte sea suficiente para ejercer sobre la segunda tal influencia económica que la administración o gestión de los negocios de ésta quede sometida a la influencia de aquella.

"No es correcto pues, sostener, como lo afirma el *ad quem,* que siempre hay unidad de empresa cuando estamos frente a dos empresas que se complementan económicamente en un mismo sistema o grupo económico, aun cuando sus dueños sean dos personas jurídicas perfectamente diferentes, sin que el capital de una esté vinculado a la otra".

Aduce en seguida algunas jurisprudencias de esta Sala y hace hincapié en la del Consejo de Estado sobre el "predominio económico a que se refiere el segundo numeral del artículo 15 del Decreto 2351 de 1965", fechada el 25 de noviembre de 1971 (Resolución número 0446 de 6 de mayo de 1969 del Ministerio del Trabajo. Sindicato Unico de Trabajadores de Coltejer) y argumenta así:

"Como lo anota el *ad quem* no hay en el fondo discusión o controversia acerca de la relación laboral que existió entre el actor y la Fábrica de Aceites y Grasas Vegetales. La Americana Ltda. hoy llamada Fábrica de Aceites y Grasas Vegetales - Acegrave Ltda. sociedad con domicilio en la ciudad de Barranquilla entre el 7 de junio de 1952 y el 30 de junio de 1959. Tampoco la hay respecto del segundo contrato que vinculó al señor Rodríguez Morón con la empresa Generoso Mancini - Manteca La Americana Ltda., sociedad con domicilio en la ciudad de Cali, entre el 1º de julio de 1959 y el 28 de septiembre de 1965"... La oposición a las pretensiones del demandante se apoya en que no ha existido la unidad de empresa que se invoca como generadora de los hechos que se pretenden efectivizar. (Cuad. 5º, Fl. 83).

"Reconocido por el sentenciador que se trata de dos personas jurídicas (sociedades) diferentes, con domicilio en diversas ciudades, y a las cuales prestó el demandante servicios en diferentes épocas, mediante contratos de trabajo distintos, incurre sin embargo en una sensible y manifiesta equivocación al interpretar el artículo 15 del Decreto 2351 de 1965 y concluir que no obstante tratarse de dos unidades diferentes de explotación económica, dependientes de diversas personas jurídicas y sin que la 'una predomine económicamente sobre la otra', a pesar de ello existe unidad de empresa de acuerdo al precepto citado. La errónea interpretación anotada lo condujo a la equivocación consecuencial de acumular el tiempo servido por el actor a las dos sociedades, como si se tratara de un mismo vínculo laboral.

"En último término, los errores del *ad quem* lo llevaron a condenar a las sociedades demandadas a pagar la suma de $ 51.492 moneda corriente, por 408 días de indemnización, correspondientes a 12 años, 10 meses y 10 días, ya sobre el presupuesto de la unidad de empresa considera que '...No hay duda respecto de la continuidad del servicio prestado por el actor a la empresa que en aras de la brevedad continuaremos llamando Mancini...'. (Cuad. 5, Fl. 86 vto.), siendo así que si bien es cierto que el señor Rodríguez Morón trabajó en los dos períodos que menciona el sentenciador y en las fechas que se señalan en la sentencia, no lo fue para una misma empresa y en consecuencia, no podía acumularse los dos lapsos para liquidar la indemnización".

En el segundo cargo manifiesta que acusa "la sentencia por ser violatoria de la ley sustancial, a causa de la indebida aplicación del artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo, hoy subrogado por el artículo 15 del Decreto 2351 de 1965, adoptado como norma permanente por el artículo 1º de la Ley 48 de 1968, y aplicación también indebida del numeral 4º del artículo 8º

del Decreto 2351 de 1965 y el artículo 8º de la Ley 171 de 1961".

Luego asienta:

"En la violación anotada incurrió el sentenciador por evidentes errores de hecho, que aparecen de modo manifiesto en los autos, ocasionados por la apreciación errónea de unas pruebas de acuerdo a las siguientes relaciones:

"a) Certificados de constitución y gerencia de la sociedad Generoso Mancini - Manteca La Americana Ltda., expedido por la Cámara de Comercio de Cali (Fls. 2 y 3, 123 y 124);

"b) Certificados de constitución y gerencia de la sociedad Fábrica de Aceites y Grasas Vegetales La Americana Ltda., hoy Fábrica de Aceites y Grasas Vegetales - Acegrave Ltda., expedido por la Cámara de Comercio de Barranquilla (Fls. 4 a 6, 57 a 68 y 127 a 129, Cuad. 1º);

"c) Contrato de trabajo suscrito entre el demandante y la sociedad Generoso Mancini - Manteca La Americana Ltda. (Fls. 8 y 9, 102 y 103, Cuad. 1º);

"d) Carta dirigida al demandante por la empresa Generoso Mancini - Manteca La Americana Ltda. el día 23 de agosto de 1965. (Fls. 10, Cuad. 1º);

"e) Carta dirigida al demandante por la empresa el día 24 de septiembre de 1965 (Fls. 11, Cuad. 1º);

"f) Liquidación de prestaciones sociales practicada al demandante por la Fábrica de Aceites y Grasas Vegetales La Americana Ltda. de Barranquilla, el día 30 de junio de 1959 (Fls. 12, Cuad. 1º);

"g) Liquidación practicada al demandante por la Fábrica de Aceites y Grasas Vegetales Acegrave Ltda. el día 14 de octubre de 1965 (Fl. 13, Cuad. 1º);

"h) Confesión ficta del señor Manlio Mancini Alzamora (Fls. 228 vto. y 229, Cuad. 1º)".

Los errores de hecho que imputa al sentenciador en la estimación de los anteriores elementos de juicio, son los siguientes:

"a) Dar por demostrado, sin estarlo, que las sociedades Generoso Mancini - Manteca La Americana Ltda. y Fábrica de Aceites y Grasas Vegetales La Americana, hoy Fábrica de Aceites y Grasas Vegetales - Acegrave Ltda., constituyen y han constituido una misma unidad de explotación económica;

"b) No dar por demostrado, estándolo, que las dos unidades de explotación del ramo de aceites y grasas vegetales han dependido económica y administrativamente de dos sociedades perfectamente independientes, con administración propia y domicilios sociales diversos, la una en la ciudad de Cali y la otra en la ciudad de Barranquilla;

"c) No dar por demostrado, estándolo que según los estatutos de la sociedad no existe ningún predominio económico de una sociedad sobre la otra y por lo tanto no puede considerarse que entre ellas se presente la relación de matriz a filial o subordinada;

"d) Dar por demostrado, sin estarlo, que el Presidente y el Gerente de las sociedades han sido siempre las mismas personas;

"e) Dar por demostrado, sin estarlo, que los socios de ambas sociedades han sido siempre las mismas personas naturales;

"f) Dar por demostrado, sin estarlo, que existió continuidad en los servicios prestados por el demandante a las dos sociedades, siendo así que las labores fueron desempeñadas en épocas diferentes, en ciudades distintas, mediante contratos de trabajo independientes y previa liquidación final de prestaciones sociales al producirse la terminación del vínculo con la primera el día 30 de junio de 1959;

"g) Dar por demostrado, sin estarlo, que existió continuidad en los servicios prestados por el demandante a las dos sociedades, por el hecho de que la sociedad Generoso Mancini - Manteca La Americana Ltda., renunció legalmente al derecho de exigir al demandante un período previo de prueba.

"h) Dar por demostrado, sin estarlo, que por haber sido trasladado el demandante por la empresa Generoso Mancini - Manteca La Americana Ltda. de la ciudad de Cali a trabajar en la ciudad de Barranquilla, a partir del día 1º de octubre de 1954, ello significa que volvió a trabajar con la Fábrica de Aceites y Grasas Vegetales - Acegrave Ltda.;

"i) Dar por demostrado, sin estarlo, que existe unidad de explotación económica por el hecho de que la Fábrica de Aceites y Grasas Vegetales Ltda., le hubiera pagado al actor las prestaciones sociales que le correspondían por los servicios prestados a Generoso Mancini - Manteca La Americana Ltda., ya que tal circunstancia sólo significa que la primera compañía hizo un pago por cuenta, como mandataria o agente oficioso de la segunda, perfectamente válido y admitido por la ley;

"j) Dar por demostrado, sin estarlo, que existe unidad de explotación económica por el hecho

de que el demandante hubiera declarado quedar a paz y salvo con ambas sociedades, en el momento de recibir la liquidación final de sus prestaciones sociales;

"k) Dar por demostrado sin estarlo, con la confesión ficta del representante legal de las demandadas, que ha existido unidad de explotación económica entre aquellas, por el hecho de que aquellas en un comienzo fueron de propiedad de don Generoso Mancini, se anuncian para efectos de propaganda bajo la denominación 'Grupo Mancini';

"l) Dar por demostrado, sin estarlo, con la misma confesión ficta, que los dos establecimientos forman una sola empresa por '...El intercambio de personal y el alternativo entendimiento de éste con una y otra de las sociedades propietarias, y por último, la similitud de los productos y el nombre original de 'La Americana' con que fueron distinguidos...'. (Fl. 85 vto.) siendo así que en ninguna de las respuestas de dicha confesión hacen referencia a tales puntos.

"ll) Dar por demostrado, sin estarlo, en síntesis, que existió unidad de empresa entre las dos unidades de explotación económica y que por esa razón se deben acumular los tiempos de servicio prestados por el actor a dos sociedades perfectamente diferentes y con fundamento en contratos de trabajo distintos.

"Si el Tribunal hubiera apreciado correctamente las pruebas que se señalan como mal apreciadas, habría llegado a la necesaria conclusión de la independencia de las dos sociedades, Generoso Mancini - Manteca La Americana Ltda. y Fábrica de Aceites y Grasas Vegetales - Acegrave Ltda., propietarias cada una de dos unidades de explotación económica diferentes, la una situada en la ciudad de Cali y la otra en la ciudad de Barranquilla".

El opositor, respecto del primer cargo, arguye:

"Mas resulta que la sentencia acusada, por el aspecto mencionado, se fundamentó en las circunstancias fácticas demostradas al efecto en el juicio, que el recurrente no relaciona con la interpretación errónea de la ley que en este primer cargo le atribuye al juzgador de segundo grado, razón por la cual no puede prosperar el cargo, puesto que es incompleta la proposición jurídica que el recurrente presenta a la consideración de la honorable Sala, en el referido cargo.

"Sobre este particular olvidó el recurrente que la interpretación errónea de una norma legal se opera independientemente de toda cuestión de hecho y que en caso tal no se pone en duda el hecho ni la aplicabilidad del precepto, sino solamente los efectos que a éste le atribuye el juzgador mediante la aplicación de los medios que la ley le ofrece para fijar su significado y extensión".

Con relación al segundo, se limita la oposición a transcribir los artículos 23 de la Ley 16 de 1968 y 7º de la 16 de 1969, que restringieron el error de hecho en casación laboral, para afirmar lo siguiente: "Ante lo dispuesto por las expresadas normas legales, resulta inestimable el segundo cargo de violación legal formulado en la demanda de casación a que me refiero"; pero sin indicar de qué manera esos preceptos hacen inestimable ese segundo cargo.

La Sala, para resolver, considera:

En primer término, no asiste razón al oponente al censurar el planteamiento del primer cargo, pues si bien es cierto que el sentenciador examinó las pruebas allegadas al proceso para fundar la unidad de empresa, también lo es que hizo previamente un estudio jurídico de este tema. De allí que afirme: "Planteada así la teoría legal y jurisprudencial nuestra (sobre dicho fenómeno) se entra a analizar si en el caso *sub judice* se dan los elementos configurativos de la unidad de explotación económica que se invoca como fuente de los derechos que se demanda". En consecuencia, están correctamente formulados los dos primeros cargos, ya que el uno ataca esa "teoría legal y jurisprudencial" y el otro los errores de hecho en que considera incurrió el Tribunal en la estimación de las probanzas respectivas. Pero como es evidente la conexidad entre el elemento conceptual y el fáctico, la Sala, según lo advirtió al principio, los estudiará conjuntamente, a cuyo fin transcribe en su integridad las consideraciones del juzgador sobre el punto debatido:

"La oposición a las pretensiones del demandante se apoya en que no ha habido la unidad de empresa, que se invoca como generadora de los derechos que se pretenden efectivizar. De ahí que con prelación a cualquiera otro generador de las obligaciones que se solicitan, se entra a estudiar este punto fundamental de la demanda.

"Según Cabanellas, la palabra empresa viene del latín in prehensa, significando toma o conquista, y representa una acción esforzada y conjunta, o como dice el diccionario 'intento o designio de hacer una cosa'. Desde el punto de vista económico podría definírsele como el medio adecuado para lograr una eficiente producción. Ese medio adecuado es lo que Rocco denomina elementos constitutivos de toda empresa y que los reduce a capital, trabajo subordinado y or-

ganización de ambos, con fines de producción y de lucro.

"Analizando los factores patrimoniales, dice Cabanellas en su obra 'Compendio de Derecho Laboral', edición argentina de 1968, Tomo I, pág. 287 supra: 'No es la empresa, como unidad de bienes, elementos personales y conjunto económico, un ente separado de las personas que lo integran, ya que los bienes tienen un dueño; aunque haya un patrimonio de afectación, éste es ideal, no independiente de la persona que es su titular'. El mismo tratadista al contemplar las acepciones 'empresa' y 'establecimiento', expresa en la obra citada, pág. 284:

" 'Un problema de difícil solución se plantea cuando una empresa se compone de varios establecimientos, para determinar, si, las relaciones de trabajo se forman en el seno del establecimiento o en el interior de la empresa. La solución se debe buscar, en primer término, en la voluntad de las partes; por ejemplo, si ésta ha consistido en la prestación de los servicios en un solo establecimiento, por cuanto sus tareas figuran en los cuadros de éste; mientras que los empleados superiores están ligados a la empresa. Esa distinción, que no se debe concebir de manera muy absoluta, da un nuevo valor a los conceptos de establecimiento y de empresa.

" 'En definitiva, hay que no confundir el continente: la empresa, con el contenido: la fábrica o establecimiento. La primera nota esencial distintiva está en que la empresa se concibe como unidad económica, en tanto que establecimiento se califica como unidad técnica, y es generalmente 'el lugar donde se ejecuta un determinado trabajo, para una cierta función y bajo una dirección única'. A los principios anotados en los párrafos precedentes se les ha dado vida legal por el artículo 15 del Decreto 2351 de 1965 que subrogó modificándolo el 194 del Código Sustantivo del Trabajo, cuando dice:

" 'Definición de empresa. Se entiende como una sola empresa, toda unidad de explotación económica o las varias unidades dependientes económicamente de una misma persona natural o jurídica que correspondan a actividades similares, conexas o complementarias y que tengan trabajadores a su servicio.

" '2. En el caso de las personas jurídicas existirá unidad de empresa entre la principal y las filiales o subsidiarias en que aquella predomine económicamente, cuando además, todas cumplan actividades similares, conexas o complementarias; pero los salarios y prestaciones extralegales que rijan en la principal al momento de declararse la unidad de empresa, solamente se aplicarán en las filiales o subsidiarias cuando así lo estipule la respectiva convención colectiva de trabajo, o cuando la filial o subsidiaria esté localizada en una zona de condiciones económicas similares a la de la principal, a juicio del Ministerio o del Juez del Trabajo.

" '3. El Ministerio del Trabajo, de oficio o a solicitud de parte y previa la investigación administrativa del caso, podrá declarar la unidad de empresa, de que trata el presente artículo, para lograr el cumplimiento de las leyes sociales. También podrá ser declarada judicialmente'.

"La jurisprudencia ha interpretado esta disposición acogiendo las tesis de los tratadistas, en el sentido de tomar como determinante para calificar la unidad de empresa, el complejo económico orientado hacia la producción, tomándolo como una sola organización en que tratan de aprovecharse al máximo los diferentes elementos que la integran: capital y trabajo humano, incluido en aquél la maquinaria y los diferentes establecimientos o sitios de trabajo que lo integran. Por eso que la unidad de empresa no sea forzosa dependencia o propiedad de una misma persona natural o jurídica; sus propietarios pueden ser varias personas naturales, varias personas jurídicas o unas y otras. La empresa es objeto del derecho no sujeto de él; como lo sostiene la doctrina y la jurisprudencia; por vincular su esfuerzo a élla, nacen los derechos y obligaciones recíprocas para los sujetos del derecho, empresarios o dueños de la empresa y dependientes de la misma.

"Los anteriores factores han sido brillantemente expuestos por nuestro máximo Tribunal de Justicia, cuando en casación de 31 de octubre de 1957, Gaceta Judicial número LXXXVI, pág. 741, se pronunció en los siguientes términos:

" 'Persona es el sujeto de derecho y obligaciones, ya se trate del individuo de la especie humana o del ente de ficción jurídica, y empresa, 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 la define el artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo, con criterio que la hace objeto de derecho. No pueden, en consecuencia, confundirse los sujetos con los objetos.

" 'Ahora bien: una persona o varias personas pueden constituir una empresa, y pueden incrementar y disminuir las actividades de la misma, o cambiar su nombre, o venderla o efectuar sobre ella cualquier acto de los que la ley permite acerca de los objetos de derecho; pero si se

mantiene el giro de los negocios, la empresa es la misma para los efectos laborales cualquiera que sea su dueño. Esta materia no tiene hoy en el Código Sustantivo del Trabajo contemplación específica, vale decir, el indicado estatuto no ofrece definición en ninguno de sus preceptos acerca de lo que debe entender por 'una misma empresa'. Pero la doctrina y la jurisprudencia la estudian en la forma indicada, y la legislación anterior al dicho Código contemplaba de esa manera el fenómeno cuestionado. Tal el Art. 27 del dcr. (sic) 652 de 1935, reglamentario de la Ley 10ª de 1934, que ordena entenderlo así de modo expreso, con criterio que por no oponerse a ninguna regulación actual debe considerarse en vigor, según el artículo 491 del Código Sustantivo del Trabajo. Persona, pues, y empresa no son términos sinónimos y hay error en la apreciación probatoria que, por confundirlos, infiere de la existencia de dos o más de las primeras la imposibilidad de que ellas hayan constituido o deban considerarse laboralmente como 'una misma empresa', y en casación de 12 de diciembre de 1959, Gaceta Judicial número XCI, página 1189, se expresó así:

" 'La sociedad y la empresa son fenómenos jurídicos distintos pues el primero da nacimiento a la persona jurídica, distinta de la de sus socios individualmente considerados, a vista de lo dispuesto en el artículo 2079 del Código Civil, en tanto que el segundo es toda unidad de explotación económica, al tenor de la definición legal (C. S. T., Art. 194). La empresa puede pertenecer tanto a una persona natural como a una persona jurídica, sin que en el segundo caso se confunda con ésta ni constituya un nuevo ser jurídico distinto de su dueño. La sociedad mercantil surge a la vida legal previo el lleno de ciertas formalidades (escritura pública de constitución e inscripción en el registro civil y de su extracto en el de comercio, y publicación del mismo dentro de cierto plazo) conforme a lo prescrito en el Código de la materia, mientras que la empresa es simple hecho, que se revela por su actividad en el mundo exterior, según su índole, bastando ella como manifestación de su existencia y como requisito suficiente para los fines de la ley laboral'.

"No hay lugar a interpretar el artículo 15 del Decreto 2351 de 1965 ya transcrito, como lo trata de sustentar el apoderado de una de las entidades demandadas, como que la empresa o unidad de explotación económica deba forzosamente depender de una misma persona natural o jurídica. Ya hemos visto cómo la jurisprudencia citada enuncia la tesis de que élla puede depender de personas naturales o jurídicas diferentes. Y no podría entenderse en otra forma si se analiza cuidadosamente la disposición legal que nos ocupa, pues el numeral primero de tal ordenamiento está diferenciando con la disyuntiva 'o' dos casos de unidad de empresa: La primera, toda unidad de explotación económica, la cual, aunque no lo diga expresamente el legislador, puede ser dependiente de una o más personas naturales o jurídicas, y la segunda, es la que se integra de varias unidades —establecimientos—, entiende la Sala dependientes económicamente de una misma persona natural o jurídica que correspondan a actividades similares, conexas o complementarias. Tal diferenciación legal se justificaba para precautelar los derechos de los trabajadores. Con sentido didáctico debió el legislador consagrar esa diferenciación, buscando hacer menos inciertos los derechos del trabajador, no dando margen a eludir las obligaciones para con él. En el primer caso, la unidad de explotación económica puede estar orientada a la explotación de artículos diversos, pero su organización es una misma, es lo que hoy en día, en el argot mercantilista denominan 'complejos económicos', orientados a una producción integral especializada pero diversificada en varios establecimientos dependientes económicamente de una misma persona, procedimiento este casi siempre inspirado en salvar las dificultades del transporte, bien por su lejanía de los de consumo, por la limitación del mismo o por la carestía de él. Uno y otro caso de unidad de empresa, se inspiran en el interés de rebajar los costos de producción, pero es indudable la intención que el legislador ha tenido de que tales costos no se rebajen a expensas del trabajador, tratando de eludir las prestaciones sociales que a éste corresponden.

"Planteada así la teoría legal y jurisprudencial nuestra, se entra a analizar si en el caso *sub judice* se dan los elementos configurativos de la unidad de explotación económica que se invoca como fuente de los derechos que se demandan. Ya el *a quo* ha hecho resaltar en el fallo que se revisa, cómo las actividades de las dos sociedades son idénticas, según el objeto principal confesado en sus escrituras constitucionales, actividad ratificada por testigos que han trabajado al servicio de ellas, en sus establecimientos de Barranquilla y Cali; la acumulación de los cargos de Presidente y Gerente de ambas sociedades en unas mismas personas, señores Manlio Mancini y Filiberto Mancini Alzamora, respectivamente; el ser los accionistas de ambas sociedades, unas mismas personas naturales; el

haber sido el actor contratado por la sociedad con sede en Cali, sin sujeción a período de prueba, en vista de haber servido a la sociedad con sede en Barranquilla; el que las prestaciones sociales por el segundo período laborado con base en el contrato celebrado con la sociedad con sede en Cali, le fueran liquidadas y pagadas por la sociedad con sede en Barranquilla y el que fuera la misma sociedad quien le comunicara en carta de 23 de agosto de 1965, la fecha en que entraba a gozar de las vacaciones relativas a los dos últimos años laborados entre el 1º de julio de 1963 y el 30 de junio de 1965, indicándole la fecha en que debía reincorporarse a sus labores; el que en la nota de terminación del contrato, de fecha 24 de septiembre de 1965, se le instruya en el sentido de que la liquidación y pago de sus prestaciones se efectuarán en las oficinas de la sociedad de Barranquilla y el que en el recibo de liquidación y pago de éllas, el actor deje la constancia de que ambas sociedades quedan a paz y salvo con él, por salarios y prestaciones, y el que con base en el contrato celebrado con la sociedad con sede en Barranquilla, a partir del 1º de octubre de 1964 hasta el momento de cancelación del contrato, o mejor dicho, hasta la fecha en que entró a gozar del período vacacional.

"Sí a tales elementos de juicio evidenciados certeramente por el juzgador de primera instancia, se agrega la confesión ficta que fue declarada por el juzgador, respecto de las posiciones que debía rendir el representante legal de las dos sociedades citadas al debate (Fls. 212, 229 y 232 del C. P.), no queda duda alguna de la unidad de explotación económica que integran los dos establecimientos localizados en Cali y Barranquilla, y que respectivamente están adscritos a las sociedades con sede en dichas ciudades, pero que por lo expuesto forman una sola empresa por su unidad en la representación, el intercambio de personal y el alternativo entendimiento de éste con una y otra de las sociedades propietarias, y por último, la similitud de los productos y el nombre original 'La Americana' con que fueron distinguidos, todas éllas, poderosas razones para que haya de confirmarse la unidad de empresa declarada por el Juzgado del conocimiento en relación con el actor".

Para resolver el tema propuesto es preciso mirar, ante todo, que el artículo 15 del Decreto 2351 de 1965, que subrogó el 194 del Código Sustantivo del Trabajo, estableció tres figuras distintas de unidad de empresa, las dos primeras correspondientes al precepto derogado y nueva la tercera. Tales figuras son:

I. "Se entiende como una sola empresa toda unidad de explotación económica". *Para que esta figura exista, ha dicho la Sala en abundante jurisprudencia, no es necesario que haya sido una misma persona la dueña de la empresa, ya que si es verdad que ésta, considerada desde un punto de vista subjetivo representa la actividad continuada de un empresario en un negocio, mirada objetivamente es una entidad real, que no requiere la persistencia de un solo propietario para que permanezca la misma, en cuanto no varíen los objetivos de su actividad económica. La empresa, constituida por un acervo de bienes inmuebles, muebles e intangibles destinados a determinada explotación económica, es una, objetivamente considerada, y no rompe esa unidad para los efectos laborales el que haya pertenecido a diversos dueños, aun cuando con cada uno de ellos haya mudado también su denominación. De aquí, que, por ejemplo, en numerosos fallos esta Sala hubiera confirmado la unidad de empresa declarada por sentencias de segunda instancia respecto de la United Fruit Company, la Magdalena Fruit Company y la Compañía Frutera de Sevilla en vista de la continuada identidad de sus actividades, no obstante haber sido desarrolladas sucesivamente por las tres sociedades dichas y haber figurado en cada ocasión por el nombre de ellas.*

II. "Las varias unidades dependientes económicamente de una misma persona, natural o jurídica, que correspondan a actividades similares, conexas o complementarias y que tengan trabajadores a su servicio". Esta figura está integrada por los siguientes elementos: a) Una misma persona natural o jurídica; b) De la cual dependan económicamente varias unidades; c) Que realicen actividades similares, conexas o complementarias; y d) Que tengan trabajadores a su servicio. Lo esencial aquí es la dependencia económica de esas varias unidades respecto de una misma persona; si tales unidades se presentan independientes o autónomas, no puede cobijárselas bajo el concepto de unidad de empresa.

A este respecto ha dicho la Sala en sentencia de 10 de febrero de 1971 (Blanca Ruby Tascón contra Industrial de Tejidos S. A. Indulana), invocada por el casacionista: "El entendimiento y alcance dados al artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo por el Tribunal al considerar que no puede existir unidad de empresa entre dos personas jurídicas independientes y autónomas, aunque se dediquen a actividades que se complementen, no es equivocado, pues no riñe con la recta inteligencia de la norma, ya que los fines de la unidad de empresa, es decir, la comu-

nidad de intereses, la conexidad de objetos sociales y, especialmente, la concentración de la responsabilidad jurídico-laboral, se logran efectivamente con la dirección unificada de las distintas unidades de explotación económica en una sola entidad empleadora". Adviértase cómo esta doctrina se refiere a la no existencia de unidad de empresa "entre dos personas jurídicas independientes y autónomas", de donde se deduce que si tales personas no se presentan con independencia o autonomía, respecto de una tercera o de personas naturales, porque pertenecen a ella o a éstas, de tal modo que resulte esa "comunidad de intereses, la conexidad de objetos sociales y, especialmente, la concentración de la responsabilidad jurídico-laboral", que la propia doctrina afirma, es acertado admitir la unidad de empresa entre dichas sociedades.

Cuando la norma habla de "varias unidades dependientes económicamente de una misma persona natural o jurídica" no excluye el que esas "varias unidades" puedan ser personas jurídicas, pues si están formadas por los mismos o casi los mismos socios, es claro que dependen económicamente de éstos. Y si a lo anterior se agrega igualdad, similitud, conexidad o complementación de sus actividades, se cumple el supuesto de hecho regulado como unidad de empresa por el artículo en comento, siempre que tengan trabajadores a su servicio.

Y esa dependencia económica de las sociedades con relación a los socios que las forman no contradice el principio de que aquellas son personas jurídicas distintas de éstos, pues lo primero es el resultado obvio de que la sociedad existe en virtud del capital aportado por ellos y de su interés en conservarlo y aumentarlo y lo segundo se refiere a la delimitación de la responsabilidad contractual por los derechos que adquieran y por las obligaciones que contraigan, unos y otras.

III. "En el caso de las personas jurídicas existirá unidad de empresa entre la principal y las filiales o subsidiarias en que aquella predomine económicamente, cuando, además, todas cumplan actividades similares, conexas o complementarias". Forman esta figura los siguientes supuestos: a) Una sociedad principal y filiales o subsidiarias suyas; b) Predominio económico de la primera sobre las otras, y, c) Actividades similares, conexas o complementarias desarrolladas por el conjunto empresarial.

Difiere esta figura de la anterior en que sólo se refiere a las personas jurídicas y no también a las naturales y en que aquí es necesario el predominio económico *de una sociedad principal, mientras que en la otra basta* la mera dependencia económica *respecto de una misma persona natural o jurídica.*

Tales son las tres figuras sobre unidad de empresa señaladas en el artículo en estudio, figuras que no pueden confundirse, ni aplicarse a las unas elementos integrantes de las otras; pero dentro de cada una de las cuales caben no sólo los casos hasta ahora resueltos por la jurisprudencia o los aquí indicados, sino otros eventos que puedan resultar del examen cuidadoso de cada situación concreta, según la cambiante movilidad de los hechos económicos y de las organizaciones empresariales que los reflejan o utilizan.

Por último, comparado el anterior análisis de los artículos 194 del Código Sustantivo del Trabajo y 15 del Decreto 2351 de 1965 con el que efectúa el Tribunal en la parte impugnada de su sentencia, no resulta que por el aspecto doctrinario haya incurrido en interpretación equivocada de esas normas, pues no les dio sentido o alcance diferente del expresado por la Sala. Si incurrió en error pudo haberlo sido en la apreciación de los hechos del proceso para situar el caso *sub judice* dentro de la figura de unidad de empresa en que lo ubicó, aspecto que se procede a estudiar con base en el segundo cargo.

Las dos pruebas fundamentales que el sentenciador analiza y que el impugnante considera que lo hizo con error manifiesto son los certificados sobre constitución y gerencia de las sociedades a las que este negocio se refiere y que obran a los folios 2, 3, 123 y 124, 4 a 6, 57 a 68 y 127 a 129 del cuaderno principal del juicio.

De esos certificados surgen nítidos los siguientes hechos:

1º Que ambas sociedades están constituidas por los mismos socios y con aporte de capital casi idéntico en ellas. Basta para probar este aserto las siguientes transcripciones:

En el certificado número 124111, expedido por la Cámara del Comercio de Cali, en que consta la constitución de la sociedad "Generoso Mancini - Manteca La Americana Ltda." (Fls. 2 a 4), aparece así el capital de la empresa en el literal c) del punto primero:

"c) Que su capital social es de cuatro millones trescientos treinta y ocho mil cien pesos ($ 4.338.100) moneda corriente, dividido en 43.381 cuotas o partes de interés social de valor de $ 100.00, moneda corriente cada una, según extracto de la escritura número 2568 de reforma ya citada. Dicho capital ha sido aportado por sus socios en la siguiente forma:

"Marina Mancini Alzamora	$	685.400
"Generoso Mancini Alzamora		685.400
"Bruno Mancini Alzamora		685.400
"Filiberto Mancini Alzamora		685.400
"Manlio Mancini Alzamora		911.100
"Manuel Julián Mancini A.		685.400
TOTAL DEL CAPITAL	$	4.338.100"

Y en el certificado expedido por la Cámara de Comercio de Barranquilla respecto de la constitución de la sociedad "Fábrica de Aceites y Grasas Vegetales La Americana Limitada", que cambió luego su nombre por "Fábrica de Aceites y Grasas Vegetales - Acegrave Ltda.", al folio 5 (cuaderno número 1º), consta lo que se copia:

"Que según extracto de la escritura número 2569, otorgada ante el Notario del Circuito de Cali, el 31 de mayo de mil novecientos sesenta y cinco (1965), y registrado en esta Cámara, el 26 de junio del mismo año, bajo el número 17362, consta que la señora Rita Alzamora viuda de Mancini, mayor de edad y vecina de Barranquilla, en su condición de socia de la sociedad de comercio 'Fábrica de Aceites y Grasas Vegetales La Americana Limitada', en el cual la sociedad le correspondía un interés social representado en 16.414, partes, cedió a título de venta dicho interés social a los socios así: Marina Mancini de Mancini, representadas por el señor Generoso Mancini Alzamora, 3.633 partes; a Generoso Mancini Alzamora 2.309 partes; a Filiberto Mancini Alzamora, 2.309 partes; a Bruno Mancini Alzamora, 2.309 partes; a Manlio Mancini Alzamora, 4.545 partes; a Manuel Julián Mancini Alzamora, 2.309 partes; éste último menor de edad y de quien la cedente es su representante legal; como consecuencia de la cesión la cedente quedó retirada de la sociedad habiendo recibido a su entera satisfacción no solo el valor de la cesión sino el importe de sus utilidades hasta esas fechas; que los señores Generoso Mancini Alzamora, en su propio nombre y representación de la señora Marina Mancini de Mancini, Bruno Mancini Alzamora, Filiberto Mancini Alzamora y Manlio Mancini Alzamora, éste último vecino de Cali y los demás de Barranquilla, y la señora Rita Alzamora de Mancini como representante legal del menor Manuel Julián Mancini Alzamora obrando el señor Manlio Mancini Alzamora, como socio y gerente de la sociedad, quienes representan la totalidad del interés social declararon que en virtud del retiro de la señora Rita Alzamora de Mancini, el capital social queda siendo el mismo o sea cuatro millones doscientos noventa y seis mil cuatrocientos pesos ($ 4.296.400) moneda legal, igual al fondo social integrado por cuarenta y dos mil novecientos sesenta y cuatro (42.964) partes de $ 100.00 cada una, distribuidas así:

"Marina Mancini de Mancini, 6.788 por valor de $ 678.800; Generoso Mancini Alzamora, 6.788 por valor de $ 678.800; Bruno Mancini Alzamora, 6.788 por valor de $ 678.800; Filiberto Mancini Alzamora, 6.788 por valor de $ 678.800; Manlio Mancini Alzamora, 9.024 por valor de $ 902.400; Manuel Julián Mancini A., 6.788 por valor de $ 678.800".

2º Que es idéntico el objeto social de ambas sociedades, lo que surge manifiesto de los mismos certificados, así:

Respecto de "Generoso Mancini - Manteca La Americana Ltda." dice el punto tercero del primero de ellos:

"Que dicha sociedad figura en el Registro Público de Comercio, hasta el presente año, bajo referencia número 5218 y se ocupa en el siguiente ramo de negocios: 'Producción de aceites y grasas vegetales destinadas a la alimentación, como aceites y mantecas para cocinar, aceites comestibles, lo mismo que la manufactura de sus productos y derivados, la importación de materias primas, materiales de fabricación y empaques accesorios y toda clase de elementos requeridos por la industria, pero con la intervención de los socios puede la sociedad ocuparse en cualesquiera otros actos lícitos, sean o no de comercio y estén o no conexionados con el fin esencial de la sociedad".

Y con relación a "Fábrica de Aceites y Grasas Vegetales - Acegrave Ltda.", asienta el segundo:

"...Que la sociedad tiene por objeto principal como su nombre lo indica de la producción de aceites y grasas vegetales destinados a la alimentación como aceites y mantecas para cocina, aceites comestibles, lo mismo que la manufactura de sus productos o derivados; la importación de materias primas, materiales de fabricación y empaques, maquinarias, accesorios y toda clase de elementos requeridos por la industria; pero con la intervención de los socios puede la compañía ocuparse también en cualesquiera otros actos, sean o no en conexión con los negocios que constituyen el objeto principal; podrá igualmente la sociedad hacer parte de otras compañías como accionista o como socio".

3º Que para ambas compañías fue nombrado el mismo presidente, el que confirió el poder para actuar en este juicio, lo que aparece sin lugar a dudas de los mismos certificados y del

escrito que obra a folio 30 del cuaderno principal, como pasa a mostrarse:

Al folio 2 vuelto del primer certificado, se lee: "Según consta en el mismo extracto de la escritura número 396, fue nombrado el señor Manlio Mancini Alzamora, como presidente de la sociedad" y al folio 5 vuelto del segundo, consta: "...que fueron reelegidos por tiempo definido y hasta cuando sean reemplazados, a los señores Manlio Mancini Alzamora como presidente de la compañía..." y el citado poder se inicia, diciendo: "Manlio Mancini Alzamora, mayor de edad, vecino de este municipio, cedulado con el número 6070093 de Cali, actuando en mi condición de presidente de la Asamblea General de Socios de la sociedad Generoso Mancini - Manteca La Americana Ltda., atentamente manifiesto a usted que confiero poder especial, amplio y suficiente, al doctor Manuel Londoño Iragorri, abogado titulado e inscrito, también mayor y de este vecindario, para que represente a la sociedad en cuyo nombre actúo en todas las diligencias, articulaciones, incidentes y/o instancias correspondientes al juicio que contra la mencionada sociedad ha instaurado el señor Luis Alfredo Rodríguez Morón".

De estas pruebas surge sin lugar a dudas que las dos sociedades mencionadas dependen económicamente de las mismas personas naturales; que las actividades de aquellas no sólo son similares, conexas o complementarias, sino idénticas, y que una misma persona las representa a ambas. Y esta realidad según lo alega el casacionista, no se desvirtúa porque existen gerentes regionales de las mismas, ni porque aparezcan como independientes entre sí, pues económicamente dependen ambas de los mismos socios. Se cumple, por lo tanto, la hipótesis señalada en la segunda figura de la unidad de empresa de que se ha hablado y no incurrió el sentenciador en manifiesto error de hecho al deducir de esas pruebas la situación fáctica anotada.

Tampoco se presenta error evidente en la valuación del contrato de trabajo, folios 8 y 102, que ligó el demandante con "Generoso Mancini Manteca La Americana Limitada", ya que al final del mismo aparece la siguiente nota: "Se deja constancia expresa, que el período de prueba queda excluido en el presente contrato, *por haber sido trasladado de Barranquilla (Atl.) a esta ciudad (Cali)*". Es lógico concluir, como lo hace el Tribunal, que si el actor fue "trasladado" de la empresa de Barranquilla a la de Cali, y, por eso, se prescindió del período de prueba, existe un vínculo de unidad entre ambas sociedades.

Y de las cartas de folios 10 y 11 resulta también en forma lógica otro indicio sobre la unidad de empresa, pues la primera, firmada por el gerente de Fábrica de Aceites y Grasas Vegetales Acegrave Ltda., concede al actor vacaciones por tiempo de servicio comprendido entre el 1º de julio de 1963 y el 30 de junio de 1965, vacaciones que, dice, "usted disfrutará... a partir del día 24 de agosto y deberá regresar a sus labores del día 28 de septiembre de 1965", y, la segunda, suscrita por el gerente de la otra sociedad, Generoso Mancini - Manteca La Americana Ltda., comunica al actor que "por motivos de reorganización de la empresa se ha resuelto dar por terminado su contrato de trabajo a partir del 28 del presente mes, fecha en que se vencen sus vacaciones". Si en realidad ambas sociedades son independientes, sin ningún vínculo que las una, cómo se explica que el gerente de la de Barranquilla conceda al demandante vacaciones y el de la de Cali lo despida, a partir de la fecha en que éstas se vencían?

Y si estas dos comunicaciones se relacionan con el contrato de trabajo inmediatamente antes analizado en que consta que el empleado fue "trasladado" de la empresa de Barranquilla a la de Cali y, por eso, se prescindió del período de prueba, resulta un indicio más de la unidad de dirección entre ambas sociedades.

Ocurre lo propio con la liquidación de prestaciones sociales que tales empresas practicaron al demandante (Fls. 12 y 13), pues en ambas está escrita la siguiente constancia: En la del folio 12: "Al retirarme de la empresa para ir a prestar mis servicios a la sociedad Generoso Mancini - Manteca La Americana Limitada en la ciudad de Cali, hago constar que esta liquidación se me hace a entera satisfacción, y que con ella la Fábrica de Aceites y Grasas Vegetales La Americana Ltda., queda a paz y salvo conmigo por concepto de toda prestación social"; en la del folio 13: "Al retirarme de la empresa hago constar que esta liquidación se me hace a mi entera satisfacción, por lo tanto declaro que la Fábrica de Aceites y Grasas Vegetales Acegrave Ltda., y Manteca La Americana de Cali, queda a paz y salvo conmigo por haberme cancelado cumplidamente mis cesantía, sueldos, y demás prestaciones sociales".

Estas constancias de finiquito de ambas empresas por liquidación de prestaciones por servicios prestados aparentemente a dos sociedades distintas, sólo se entiende en virtud del vínculo de unión existente entre ellas, pues de otra manera cada una hubiese pagado las respectivas prestaciones, sin necesidad de hacerle declarar

al trabajador que quedaba a paz y salvo con las dos sociedades.

A ninguna de las pruebas estudiadas le hizo decir el sentenciador cosa distinta de lo que ellas rezan expresamente y su valuación corresponde a un proceso lógico no equivocado, como aparece de los raciocinios precedentes. No existió, pues, el error de hecho manifiesto que el casacionista imputa a la sentencia.

Y si todas esas probanzas se estudian en su conjunto surge la conclusión nítida de que en el presente caso confluyen "la comunidad de intereses, la conexidad (más aún, la identidad) de objetos sociales y, especialmente, la concentración de la responsabilidad jurídico-laboral", "fines de la unidad de empresa" que "se logran efectivamente con la dirección unificada de las distintas unidades de explotación económica en una sola entidad empleadora", como lo ha sostenido la jurisprudencia de esta Sala.

Por último, descartado el error de hecho con el análisis arriba efectuado de los medios instructorios y no habiéndose equivocado el Tribunal en la inteligencia de las normas reguladoras de la unidad de empresa, el error en que incurrió al situar el caso *sub judice* en la primera figura más bien que en la segunda de ese fenómeno jurídico, no incide sobre la parte resolutiva de la sentencia, ya que de todos modos resulta configurada dicha la unidad. Ese yerro, pues, no conduce a la casación solicitada.

En consecuencia, no prosperan los dos cargos estudiados.

El tercer cargo acusa violación, por aplicación indebida, "del numeral 2º del artículo 5º y 4º del 8º del Decreto 2351 de 1965, adoptado como norma permanente por el artículo 1º de la Ley 48 de 1968, y la falta de aplicación de los artículos 45 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 1º del Decreto 617 de 1954, 49 y 64 del Código Sustantivo del Trabajo y numeral 3º del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965".

Considera el casacionista que en estas violaciones incurrió el sentenciador indirectamente, a causa de errores manifiestos de hecho en la apreciación de pruebas, todas las cuales singulariza, "a causa de haber sido aplicada (la primera norma señalada como infringida) al presente caso, no siendo pertinente hacerlo, y haber dejado de aplicar las restantes, siendo las reguladoras de la relación jurídica debatida".

Para sustentar esta tesis transcribe la cláusula cuarta del contrato de trabajo celebrado entre el actor y Generoso Mancini - Manteca La Americana Ltda., el 1º de julio de 1959 y asienta:

"Esta cláusula era perfectamente válida durante la vigencia de los artículos 46 y 49 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado el primero por el artículo 2º del Decreto 617 de 1954. En efecto en el contrato se pactó por escrito un plazo fijo de cuatro (4) meses, permitido por la norma primeramente mencionada, y se acordaron prórrogas sucesivas por igual período, pactadas de antemano en el mismo documento, tal como lo aceptó la jurisprudencia anterior al Decreto 2351 de 1965 (Vgr. Cas. del 18 de diciembre de 1953, D. del T. Vol. XIX, Nums. 109-11, pág. 88).

"En consecuencia, el vencimiento de la última prórroga del contrato de trabajo se cumplía el 30 de octubre de 1965 y por ello, al ponerle fin el patrono el día 28 de septiembre de 1965, en forma unilateral, sólo estaba obligado a pagar la indemnización prevista en el artículo 64 del Código, o sea el valor de los salarios correspondientes al lapso de tiempo comprendido entre las fechas arriba citadas.

"Es cierto que de acuerdo con el artículo 4º del Decreto 2351 de 1965 la duración mínima del contrato de trabajo a término fijo extendió a un año, pero dicha norma no era aplicable en el caso *sub lite* pues cuando entró en vigencia el Decreto 2351 de 1965 (4 de septiembre ya está corriendo la prórroga y el comienzo de ésta constituia una situación definida conforme a la ley anterior, artículo 16 del C. S. T.). Sólo en caso de que el contrato hubiera continuado en vigor después del 30 de octubre de 1965 podría sostenerse con fundamento que habría quedado prorrogado hasta el 30 de junio de 1966, pero en ningún caso es posible aceptar la tesis del Tribunal de que el vínculo se convirtió en un convenio de duración indefinida.

"No está por demás anotar que el Decreto 2351 de 1965 en su artículo 8º, numeral 3º conservó la misma indemnización prevista en el antiguo artículo 64 del Código para los contratos celebrados a término fijo o sea el valor de los salarios faltantes para cumplir el plazo fijo estipulado.

"Incurrió por tanto el fallador de instancia en manifiesto error de hecho al dar por establecido con el contrato que vinculó al actor con la firma Generoso Mancini - Manteca La Americana Ltda., lo fue a término indefinido, apreciando erróneamente el documento auténtico contentivo del mismo en su cláusula cuarta, lo cual lo condujo a la vez a liquidar la indemnización a cargo de la demandada de conformidad al numeral 4º del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, norma indebidamente aplicada al *sub lite,*

ya que las pertinentes eran las reguladoras de la indemnización en los contratos a término fijo, a las cuales se ajustó la sociedad patronal a pagarle al actor la suma de $ 4.620 moneda corriente, valor de los salarios correspondientes a un mes y dos días faltantes para el vencimiento que expiraba el 30 de octubre de 1965 (Fl. 13, Cuad. 1º)".

Para resolver la Sala considera:

Es indudable que el contrato de trabajo, que suscribieron las partes está firmado el 1º de julio de 1959 y su terminación se produjo el 28 de septiembre de 1965, cuando ya regía el Decreto 2351 del mismo año, por lo cual fue bien aplicado éste a la relación laboral *sub lite* por la sentencia impugnada, pues las leyes de trabajo son de orden público y de efecto general inmediato, salvo lo que ellas mismas dispongan sobre su vigencia.

El artículo 16 del Código Sustántivo del Trabajo, que el casacionista invoca, lo dice de manera expresa, así: "Las normas sobre trabajo, por ser de orden público, producen efecto general inmediato, por lo cual se aplican a los contratos de trabajo que estén vigentes o en curso en el momento en que dichas normas empiecen a regir...". Y en el caso de autos el contrato laboral del actor estaba vigente o en curso al entrar en vigor el citado Decreto. La excepción que el mismo precepto trae cuando agrega: "Pero no tienen efecto retroactivo, ésto es, no afectan situaciones definidas o consumadas conforme a leyes anteriores", era inaplicable al evento presente, pues de un contrato de trabajo en curso no puede afirmarse situación definida o consumada.

Es caso idéntico al anterior dijo la Sala (sentencia de 18 de mayo de 1971. Luis Carlos Torrenegra contra Cafetería Almendra Tropical).

"A los autos se ha traído una copia de los últimos contratos de trabajo suscritos por las partes, especialmente el del primero de octubre de mil novecientos sesenta y nueve (1969) folio 31, que se modifica en cuanto al salario mediante la cláusula suscrita el dos (2) de enero de mil novecientos sesenta y cinco (1965) (Fl. 34). De conformidad con ellos, la relación contractual tenía un término de cuatro (4) meses que se prorrogaba automáticamente por el solo hecho de continuar la relación de trabajo sin observación ninguna. Este fenómeno de la tácita reconducción se vino produciendo realmente hasta la terminación del contrato el seis (6) de octubre de mil novecientos sesenta y cinco (1965). Sin embargo, como el cuatro (4) de septiembre del mismo año se verificó la modificación al artículo 21 del Decreto 617 de 1954, por medio del artículo 4º del Decreto 2351 de 1965, la prórroga automática que se había pactado desapareció por el hecho mismo de haberse modificado por ministerio de la ley los límites determinados en el contrato de trabajo que vinculaba a las partes. En efecto la nueva disposición señalaba para esa duración fija el mínimo de un (1) año, y no el de cuatro (4) meses que reglamentaba la disposición anterior bajo cuya vigencia se firmó el contrato mencionado.

"Por otra parte, la tácita reconducción que opera solamente en los contratos a término fijo, no puede realizarse sino dentro de las condiciones previstas en el contrato mismo, y no en otras caprichosa o unilateralmente. Si la ley, como en el caso *sub judice,* modifica el plazo determinado, esto es el término fijo en cuanto a su mínimo o máximo, y en circunstancias que lo hagan impracticable dentro de las nuevas limitaciones, la relación jurídica que no se termina por este motivo difiere en adelante en cuanto al momento de su terminación, conservando, como es elemental, su naturaleza jurídica y su estructura. En otras palabras deja de ser un contrato a término fijo para pasar a ser un contrato a término indefinido. Y es que la presunción legal consiste en que el contrato de trabajo es por tiempo indeterminado, por su tendencia a ser configurado con vocación de permanencia, como se ha dicho tantes veces. La excepción es, pues, el contrato a término fijo que, por tal particularidad, debe constar siempre por escrito, estableciendo para su ejecución y vigencia la forma de duración y prórroga de acuerdo con la ley.

"Visto lo anterior, en el caso *sub lite,* no podía el contrato continuar vigente dentro del plazo determinado en él, por cuanto que, haciéndolo, contrariaba claramente los nuevos mandatos legales. De aquí, que, subsistiendo como subsistía la relación jurídica entre las partes para todos los efectos en ella contenidos, su terminación debía y debe orientarse a través de un contrato a término indefinido. De este modo, para establecer la indemnización por terminación unilateral del contrato sin justa causa, debería aplicar esta Sala el sistema indicado en el numeral 4º del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, que es el que corresponde a un contrato de esta última naturaleza".

Resulta claro, por lo tanto, que el Tribunal no incurrió en los errores de hecho de que lo acusa el impugnante, ni aplicó a la situación fáctica que encontró probada disposiciones ajenas a ella.

Por lo tanto el cargo no prospera.

La demanda del demandante recurrente.

En el alcance de la impugnación pide que se "case parcialmente la sentencia recurrida, en cuanto a las condenaciones impuestas en sus ordenamientos *segundo* y *tercero* y la absolución decretada en el ordenamiento *cuarto,* para que convertida la honorable Sala en Tribunal de instancia confirme, en su lugar, los ordenamientos *tercero* y *cuarto* del fallo de primera instancia". Es decir, que en vez de las condenas al pago de indemnización y de pensión especial de jubilación por rompimiento sin justa causa del contrato de trabajo del actor, se impongan las de reintegro a su cargo y pago de los salarios, beneficios, primas etc., dejadas de percibir por él desde el 28 de octubre de 1965 hasta su reinstalación en el empleo.

Formula para este efecto un solo cargo del tenor siguiente:

"Se fundamenta en que la sentencia acusada violó por interpretación errónea el numeral 5 del artículo 8º del Decreto-ley 2351 de 1965, adoptado como estatuto permanente por la Ley 48 de 1968, en relación con el artículo 14 del Código Sustantivo del Trabajo.

"A dicha infracción llegó el sentenciador de segunda instancia como consecuencia de que por virtud de la expresada interpretación errónea negó el reintegro del trabajador demandante, suplicado en las peticiones principales de la demanda con que se inició el juicio, para decretar en cambio el pago de la indemnización prevista en la mencionada norma legal, siendo que era pertinente ordenar el reintegro, con sus consecuencias legales, por no existir en el juicio prueba alguna que demuestre incompatibilidad con el referido reintegro".

La demostración del cargo.

"1. En el caso de autos está plenamente demostrado, como lo admitieron los falladores de instancia, que el demandante fue despedido sin justa causa, cuando llevaba más de doce años continuos al servicio de las empresas demandadas. Estas circunstancias dieron lugar a la condena de reintegro que impuso, con acierto, el juzgador de primer grado, con fundamento en que no existe en el juicio prueba alguna que demuestre o siquiera indique incompatibilidad con dicho reintegro, conforme a lo que al efecto dispone el numeral 5 del artículo 8º del Decreto-ley 2351 de 1965.

"En cambio, el fallador de segunda instancia negó el referido reintegro, con base en consideraciones de lege ferenda, totalmente impertinente al caso de autos, que reforzó con la estimación errónea de que la facultad electiva que la citada norma legal le atribuye al juzgador para optar por el reintegro o por la indemnización es discrecional, ilimitada e incondicional.

"Dijo así, en lo pertinente de su sentencia recurrida:

"En el caso *sub lite* la acción de reintegro fue instaurada en escrito presentado el 3 de noviembre de 1967, más de dos años después de haberse producido el despido, y más de cinco años para la fecha de este proveído, lapso transcurrido que hace inaconsejable el reintegro del trabajador a sus antiguas labores, dados los quebrantamientos que es apenas natural se hayan producido entre patrono y trabajador en sus relaciones personales, luego de este largo peregrinar litigioso, en que el patrono se ve ad portas de reconocer una indemnización bastante onerosa, y como adehala, en la obligación de reincorporar al trabajador a sus anteriores labores. Esto en concepto de la Sala son poderosas *'incompatibilidades creadas por el despido',* para emplear los términos usados por el legislador en el numeral 5 del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, en que se le dan al juzgador facultades discrecionales para disponer el reintegro o la indemnización consecuencial del injusto despido. Para evitar estas naturales incompatibilidades que pueden surgir por razón de un largo litigio, es que el legislador se ha propuesto rodear el ejercicio de esta acción de una serie de medidas tendientes a su pronta definición: su prescripción de corto tiempo y la celeridad que debe imprimírsele al procedimiento, disposiciones estas consagradas por el legislador del 65, pero que deben ser fuentes de inspiración para el juzgador que debe pronunciarse en el caso particular de que se ocupa. Por eso que esta Sala no comparta la apreciación del *a quo* cuando no advierte incompatibilidad alguna para ordenar el reintegro, y haya de pronunciarse por el contrario, por la indemnización respectiva (subraya la Sala).

"En concepto de la Sala las incompatibilidades creadas por el despido de que habla el legislador del 65 no pueden limitarse a las que hayan podido operarse durante el decurso del contrato, ni tampoco a las de naturaleza puramente moral. Ellas pueden ser también de carácter económico y concominantes (sic) o posteriores al despido. Así por ejemplo, por razón del despido, bien podía el trabajador, con posterioridad a él, atentar delictivamente contra la integridad física de los directivos de la empresa o contra sus

intereses económicos, creando así un clima de incompatibilidad para su reintegro, o el transcurso del tiempo puede lesionar, como en el caso de autos, profundamente los intereses económicos de la empresa, en lo cual no puede estar interesada ni la sociedad ni el legislador, que buscan siempre la equidad, en la que está inspirada toda nuestra legislación laboral, inspiración que se ha consagrado positivamente en el artículo 1º del estatuto laboral, cuando expresa: 'La finalidad primordial de este Código es la de lograr la justicia en las relaciones que surgen entre patronos y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social'.

"2. Mediante el razonamiento que se deja transcrito, violó el sentenciador de segunda instancia, por interpretación errónea, la norma contenida en el numeral 5 del artículo 8º del Decreto-ley 2351 de 1965, en razón de que esta norma legal le señala al juzgador pautas precisas para escoger entre el reintegro o la indemnización. 'Para decidir entre el reintegro o la indemnización, dice la norma, el Juez deberá estimar y tomar en cuenta las circunstancias que aparezcan en el juicio, y si de esa apreciación resulta que el reintegro no fuere aconsejable en razón de las incompatibilidades creadas por el despido, podrá ordenar, en su lugar, el pago de la indemnización'.

"La honorable Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral— sección primera, dijo al respecto, en sentencia fechada el 28 de noviembre de 1969: 'Para la Sala es cierto que el numeral 5º del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, adoptado como estatuto permanente por la Ley 48 de 1968, no da un poder discrecional al Juez para decidir entre la indemnización y el reintegro, sino que lo obliga para ello a estimar y tomar en cuenta las circunstancias que aparezcan en el juicio'. (G. J., Tomo CXXXII - Nº 2318-2319 y 2320, Págs. 685 a 688)".

El opositor replica a esta censura lo que se copia:

"Lo que se observa en primer término es la improcedencia del cargo por la vía directa, ya que el mismo recurrente está afirmando que se equivocó el Tribunal al dar por establecidas las circunstancias que hacen incompatible el reintegro, a pesar de no existir en el informativo ningún elemento de juicio demostrativo de dichas circunstancias.

"En múltiples ocasiones ha sostenido esta honorable corporación la ineficacia del cargo por la vía directa, cuando el motivo de casación se relaciona con la cuestión fáctica.

"Precisamente se sucede el error de hecho cuando se da por establecido un hecho que no está demostrado en los autos o no se le acepta como probado, a pesar de existir los medios probatorios que le acreditan.

"La errónea interpretación de la ley sustancial proviene del equivocado concepto que se tenga de su contenido, independientemente de toda cuestión de hecho".

La Sala considera.

Está en lo cierto el opositor en su tesis, pues cuando el Tribunal funda la revocación del reintegro en que "la acción correspondiente fue instaurada... más de dos años después de haberse producido el despido y más de cinco años para la fecha de este proveído, lapso transcurrido que hace inaconsejable el reintegro del trabajador a sus antiguas labores, dados los quebrantamientos que es apenas natural se hayan producido entre patrono y trabajador en sus relaciones personales, luego de este largo peregrinar litigioso, en que el patrono se ve *ad portas* de reconocer una indemnización bastante onerosa, y como adehala, en la obligación de reincorporar al trabajador a sus antiguas labores" no presenta razones sobre el sentido o alcance del artículo 8º, numeral 5º, del Decreto 2351 de 1965, sino circunstancias de hecho que, en su concepto, hacen inaconsejable dicho reintegro. Se trata, en consecuencia, de situaciones fácticas tomadas del proceso; demora en promover la acción, duración del litigio, condena a indemnización considerable, quebrantamiento consiguiente de las relaciones personales entre patrono y trabajador, que en forma alguna se refieren a interpretación del citado precepto.

De otro lado, cuando el Tribunal aprecia esos factores de hecho para revocar la condena sobre reintegro del demandante está dando cumplimiento a la jurisprudencia de esta Sala que el casacionista cita, según la cual el precepto señalado como infringido "obliga a estimar y tomar en cuenta las circunstancias que aparezcan en el juicio" y las que el juzgador aduce constan todas en el presente negocio de manera fehaciente.

Es cierto que la sentencia trae la afirmación equivocada y rectificada por la misma jurisprudencia de que la norma en cita "da al juzgador facultades discrecionales para disponer el reintegro o la indemnización consecuencial del despido injusto"; pero esta consideración no incidió en la parte resolutiva de la sentencia, la que se fundó en los elementos fácticos arriba anotados, que el casacionista no atacó por la vía adecuada del error de hecho.

Por lo dicho el cargo no prospera.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia recurrida.

Sin costas.

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

José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García B., José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

REINTEGRO O INDEMNIZACION

Es cierto que el numeral 5º del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, adoptado como estatuto permanente de la Ley 48 de 1968, no da un poder discrecional al Juez para decidir entre la indemnización y el reintegro, sino que lo obliga para ello a estimar y tomar en cuenta las circunstancias que aparezcan en el juicio.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., doce de junio de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Miguel Angel García B.).

Sección segunda. - Acta número 20.

La señora Gilma R. de Ladino presentó demanda ordinaria laboral de mayor cuantía contra los señores: Allen Lowrie y Mary de Lowrie con la finalidad de que éstos fuesen condenados a pagar a la demandante lo siguiente:

Indemnizaciones y demás derechos por fueros de maternidad en cantidad de $ 15.480, gastos de clínica y médico; pensión de jubilación por tener más de diez años de servicio y haber incurrido los demandados en justa causa para la terminación del contrato por parte de la trabajadora; indemnización por rompimiento unilateral del contrato de trabajo que asciende a $ 29.670; reintegro de la actora a la firma demandada por haber prestado más de diez años de servicio o indemnización correspondiente en vez de reintegro; salario devengado y no cubierto en cantidad de $ 860.00; prima semestral $ 860.00; cesantía por el servicio de 15 de marzo de 1955 al 27 de octubre de 1965 en cantidad de $ 15.000; vacaciones por valor de $ 3.879; e indemnización moratoria.

La parte demandada se opuso a las pretensiones de la demandante y formuló contrademanda. El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, que fue el del conocimiento, desató la litis en primera instancia con fallo de veintiocho de octubre de mil novecientos sesenta y nueve de la siguiente manera:

"1º *Condénase* a los señores Allen Lowrie y Mary de Lowrie a pagar a la señora Gilma R. de Ladino las siguientes cantidades de dinero:

"a) Setecientos noventa y nueve pesos con noventa y dos centavos ($ 799.92) por concepto de salarios insolutos.

"b) Tres mil quinientos ochenta y tres pesos con treinta y un centavos ($ 3.583.31) por concepto de vacaciones, y

"c) Siete mil sesenta y cinco pesos con noventa y seis centavos ($ 7.065.96) por concepto de indemnización moratoria.

"2º *Declárase* probada, de oficio, la excepción de pago con relación a la prima de servicios y a la cesantía a que se refieren las peticiones 7ª y 8ª de la demanda principal.

"3º *Absuélvese* a los demandados de las demás peticiones de la demanda.

"4º *Declárase* no probadas las excepciones restantes propuestas por los demandados.

"5º *Costas* a cargo de los demandados en un 20%".

Demanda de reconvención.

"1º *Condénase* a Gilma R. de Ladino a pagar a favor de Allen Lowrie y Mary de Lowrie dos mil pesos ($ 2.000) por concepto de indemnización por terminación del contrato de trabajo en forma intempestiva y sin causa justificativa.

"2º *Autorízase* a los demandantes para retirar del Juzgado 3º Laboral de esta ciudad la consignación efectuada por ellos mediante título Nº A-481460 de febrero 11 de 1966 por valor de $ 2.000.

"3º *Absuélvese* a Gilma R. de Ladino de las demás peticiones que contra élla fueron formuladas en la demanda de reconvención.

"4º *Costas* a cargo de la contrademanda en un 20%".

Apelaron los apoderados de ambas partes y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bo-

gotá en sentencia de veintiocho de octubre de mil novecientos setenta y uno (1971) resolvió la alzada así:

"Primero. *Revócanse* los ordinales a), b) y c) del numeral 1º del fallo apelado y en su lugar se dispone:

"a) Declárase probada la excepción de pago por concepto de salarios insolutos y vacaciones, en las cuantías indicadas en la parte motiva de la presente providencia.

"b) Absuélvese a los demandados Allen Lowrie y Mary de Lowrie de la indemnización moratoria reclamada en el punto 10º de la demanda.

"Segundo. *Modifícase* el numeral 2º en el sentido de no declarar probada la excepción de pago en relación con el auxilio de cesantía y sí probada la excepción de pago por los conceptos de prima de servicios y prestaciones por maternidad.

"Tercero. *Revócase* parcialmente el fallo apelado en su numeral 3º y en su lugar se dispone:

"*Condénase* al señor Allen Lowrie y a la señora Mary de Lowrie a *reintegrar* a la señora Gilma R. de Ladino al cargo de *Subgerente* que desempeñaba en la empresa de propiedad de los demandados en esta ciudad de Bogotá o caso de no existir tal cargo, a uno de igual o superior categoría.

"A pagar a favor de la señora Gilma R. de Ladino, los salarios dejados de percibir a partir del 28 de octubre de mil novecientos sesenta y cinco (1965) y hasta cuando se produzca su reintegro a la empresa, liquidados sobre la base de un sueldo mensual de dos mil pesos ($ 2.000) moneda corriente.

"El reintegro aquí decretado y los salarios ordenados deberán producir efecto dentro de los tres días siguientes a la fecha en que quede ejecutoriado el presente fallo.

"De los valores que los demandados deban pagar a la actora en virtud de lo dispuesto en el presente numeral se descontarán las siguientes cantidades de dinero: ocho mil ciento ocho pesos con ochenta centavos ($ 8.108.80) moneda corriente, por concepto del mayor valor consignado para el pago de prestaciones sociales, según lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia; y doce mil seiscientos pesos ($ 12.600) moneda corriente, por concepto de los anticipos o deuda a cargo de la actora señora Gilma R. de Ladino en la demanda principal, demandada en la reconvención, y a la cual se condenará en la parte resolutiva de esta última demanda.

"*Confírmase* en lo demás el numeral 3º.

"Cuarto. *Confírmase* el numeral 4º del fallo recurrido.

"Quinto. *Modifícase* el numeral 5º del fallo en el sentido de aumentar las costas de un 20% allí fijadas a un 50%".

Demanda de reconvención.

"A) *Revócase* el numeral 1º de la sentencia que resuelve la demanda de reconvención y en su lugar se absuelve a la demandada del cargo correspondiente a la indemnización por terminación intempestiva y sin causa justa del contrato.

"B) *Confírmanse* los numerales 2º y 4º del aludido fallo de la demanda de reconvención.

"C) *Revócase* el numeral 3º de la sentencia proferida en la demanda de reconvención y en su lugar se *condena* a la demandada señora Gilma R. de Ladino a pagar a favor de los demandantes en reconvención señor Allen Lowrie y señora Mary de Lowrie la suma de doce mil seiscientos pesos ($ 12.600) moneda corriente, por el concepto reclamado en el punto primero de la demanda de reconvención. La anterior cantidad podrá ser descontada de los salarios que se han ordenado pagar en la sentencia que resuelve la demanda principal en lo referente al reintegro y pago de salarios.

"Costas de segunda instancia... etc.".

Contra esa sentencia interpuso el recurso extraordinario de casación el apoderado de la parte demandada, concedido éste y admitido aquí por la Sala, presentada en tiempo la demanda con réplica oportuna de la opositora, se procede a decidir:

La demanda.

El casacionista presenta el alcance de la impugnación de la siguiente manera:

"Me propongo el quebrantamiento del fallo recurrido en cuanto revocó en parte la sentencia del *a quo*, y para que en su lugar esa honorable Sala, como Tribunal de instancia, revoque parcialmente el ordinal tercero de la parte resolutiva de la del inferior, en cuanto condenó a mis poderdantes 'a reintegrar' a la demandante 'al cargo de subgerente que desempeñaba en la empresa de propiedad de los demandados... o ...a uno de igual o superior categoría' y a pagar los salarios dejados de percibir a partir del día 28 de octubre de 1965 sobre un sueldo mensual de $ 2.000, y para que en su lugar se absuelva a mis poderdantes de este cargo en la forma resuelta por el *a quo*".

La parte opositora critica la forma del alcance de la impugnación que se acaba de transcribir, y considera que carece de la técnica exigida para

el recurso extraordinario por lo que en su concepto debe rechazarse la demanda de casación.

Ciertamente la redacción del mencionado alcance no es formalmente correcta, por cuanto la Corte como Tribunal de instancia no revoca el fallo de segundo grado, sino que precisamente en virtud del recurso de casación, casa, anula, o quiebra la sentencia recurrida y como Tribunal de instancia resuelve lo conducente acerca del proferimiento del *a quo*.

En el caso de estudio no obstante lo defectuoso de la redacción de ese alcance sí puede deducirse de él que, lo que el recurrente pretende es que: se quiebre la sentencia recurrida en cuanto ordenó reintegrar a la demandante en el cargo que desempeñaba en la empresa de propiedad de los demandados y en cuanto dispuso pagar salarios en cantidad de dos mil pesos ($ 2.000) mensuales desde el 28 de octubre de 1965 y que constituida la Corte en Tribunal de instancia, se absuelva a los demandados de este cargo en la forma resuelta por el *a quo*.

Hecha esta necesaria aclaración, se observa que, el casacionista invoca la causal primera de casación y con fundamento en élla presenta tres cargos de los cuales se estudiará en primer lugar el tercero por cuanto en él se acreditan errores de hecho que el censor plantea así:

"Acuso la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, de ser violatoria de la ley sustancial a través de errores de hecho cometidos por apreciación errónea y falta de apreciación de documentos auténticos, de confesión judicial y de una inspección ocular.

"La norma violada indirectamente a través de estos errores de hecho, lo es el numeral 5 del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965 en concordancia con el artículo 3º de la Ley 48 de 1968 y en relación con los artículos 127, 132, 142, 172, 173, 174, 177, 186, 249 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo.

El error en que incurrió el Tribunal consistió en considerar que existían condiciones que hacían aconsejable y compatible el reintegro al empleo de la demandante, no existiendo tales factores y circunstancias. Las pruebas erróneamente apreciadas son: 1) El Acta de la Oficina Regional del Trabajo de Cundinamarca (Fls. 83 y 84); 2) La carta suscrita por la demandante mediante la cual rompe el contrato de trabajo de fecha octubre 28 de 1965 (F. 90); 3) La diligencia de absolución de posiciones del señor Allen Lowrie (Fls. 90 a 93).

"Las pruebas dejadas de apreciar son: 1) Diligencia de absolución de posiciones de Gilma de Ladino (Fls. 94 a 97); 2) Memorial o documento de fecha febrero 10 de 1966, dirigido por Allen Lowrie al Juez 3º Laboral Municipal de Bogotá (Fls. 109 a 110); 3) Diligencia de inspección ocular (Fls. 113 a 116).

"Es obvio que si el fallador de segunda instancia hubiese apreciado correctamente las pruebas señaladas, no hubiere llegado a la conclusión absurda de que el reintegro era aconsejable.

"En el acta levantada en la Regional del Trabajo de Cundinamarca (F. 83), el demandado no habla propiamente de reintegro sino que manifiesta que la señora de Ladino bien pudo regresar a su empleo pero que 'ha tomado la vía judicial'. Es apenas lógico que si la demandante hubiera tenido en mente regresar a su trabajo, habría aceptado sin dilación, pero el hecho de haberse negado demuestra palmariamente que existía una incompatibilidad, lo que por demás se colige sin dificultad del hecho de haber sido ella quien rompió el contrato.

"En la apreciación de la confesión judicial del señor Allén Lowrie, el fallador se limitó a analizar aisladamente unas respuestas para concluir que el reintegro era aconsejable. Basta leer la respuesta a la pregunta 11 (F. 92), para deducir la notoria inconveniencia del reintegro. Dice allí el demandado que, 'doña Gila (sic) abusó de esta confianza autorizándose firmar (sic) en nuestro nombre varios cheques en pago de sus propios gastos médicos personales y a favor de otras personas a quien ella aparentemente debía plata'.

"Es suficiente cotejar esta respuesta con la que a su vez dio la demandante a la pregunta 12 del interrogatorio en posiciones (F. 96), para que la incompatibilidad aparezca de bulto.

"¿Cómo puede el patrono restablecer a un empleo de confianza y manejo a una persona que abusando de esa calidad, destino (sic) dineros de la empresa para pagar deudas personales?

"El error en la apreciación de la prueba resulta más ostensible si se examina la contradicción en que incurre el fallador al reconocer que la demandante se apropió indebidamente de dineros de su ex-patrono y condenarla a restituirlos (Fls. 209 y 210) y a su vez disponer su reintegro al cargo de confianza y manejo en donde cometió el acto abusivo por el cual la condena.

"El mismo error proviene de la desestimación, para establecer la incompatibilidad del reintegro, de la diligencia de inspección ocular (Fls. 113 a 116), en donde se estableció el giro de cheques sobre la cuenta de los demandados, para cubrir gastos personales de la demandante.

"Igual observación cabe en relación con la desestimación del documento de fecha 10 de febrero de 1966 (F. 109), en donde el demandado afirma que se reserva el derecho de reclamar sumas retiradas por la señora de Ladino 'prevaliéndose que tenía un puesto de confianza y de manejo'.

"Por otra parte, de la carta de ruptura del contrato (F. 90) y de los expresado (sic) en el acta de la Regional del Trabajo de Cundinamarca (Fls. 83 y 84), no se desprende sino ánimo hostil por parte de la demandante, que por ningún motivo puede hacer aconsejable y conveniente su reintegro, máxime que fue ella quien rompió motivadamente el contrato de trabajo, negándose a seguir laborando para su ex-patrono.

"Es paradójica la conducta del Tribunal, al ordenar el reintegro de una persona que categóricamente manifiesta que no desea seguir al servicio de su patrono".

Se estudia.

Para efectos de ordenar el reintegro de la demandante a la firma demandada en donde ésta desempeñaba el cargo de Subgerente de la oficina de Bogotá, el Tribunal se pronunció de la siguiente manera:

"El reintegro solicitado se funda en lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 8º del Decreto-ley 2351 de 1965, disposición ésta que prevé la facultad alternativa para el Juez de condenar al pago de la indemnización o decretar el reintegro, si éste lo encuentra aconsejable, del trabajador que llevando diez (10) o más años de servicios continuos sea despedido sin justa causa. Así como puede observarse que el reintegro y la indemnización son excluyentes entre sí, se observan que también el reintegro no es compatible con la pensión de jubilación (pensión-sanción), concepto éste, el de la pensión-sanción, que en el fondo es una indemnización.

"De los tres conceptos que acaban de estudiarse (pensión-sanción, indemnización y reintegro), procede la Sala a examinar cuál o cuáles de éllos es o son más favorables al ex-trabajador. Indudablemente y desde el punto de vista de la estabilidad en el cargo, que necesariamente debe conducir con el transcurso del tiempo a causar a favor del trabajador el mayor de los beneficios sociales como lo es la pensión de jubilación, lo indicado es procurar el *reintegro,* situación jurídica ésta más favorable al trabajador, cuya concesión deja, la disposición citada, en forma facultativa u opcional en cabeza del Juez, quien solo debe tener en cuenta para decretarla o no decretarla, las condiciones que él estima aconsejables.

"Respecto a las situaciones fácticas (manifestaciones de las partes) que puedan llevar a la conclusión de ser aconsejable el reintegro en el caso *sub judice,* se encuentra en primer lugar la hecha por la trabajadora en el propio libelo, en la petición 5ª de la demanda (Fl. 2), y en segundo lugar y en forma reiterada la hecha por el señor Allen Lowrie, inicialmente ante el funcionario del trabajo (ante el Inspector del Trabajo), allí dijo: 'Por mi parte se le ha ofrecido a mi mandante restablecer o reintegrarla a su puesto sin perjuicio alguno' (Fl. 83), y luego al contestar el señor Lowrie la pregunta 2ª del pliego de posiciones, dijo: '...es cierto y me permito aclarar que no solamente eso sino en la última reunión que tuvimos con la señora Gilma y con su abogado en la Oficina del Trabajo cuando élla nos preguntó que habiéndonos citado a la Oficina de Trabajo cuál era la posición de élla ante la firma, yo le manifesté ante el Juez de la Oficina del Trabajo que élla tenía tres alternativas, podía regresar a su puesto sin perjuicio alguno; segundo podía renunciar en forma sencilla o podía apelar a la ley para defender los derechos que élla alegaba y élla aceptó la última. Leída la aprobó' (Fl. 91), y luego al contestar la pregunta 7ª agregó: '...aclaro que me remito a la respuesta de la pregunta segunda sobre las manifestaciones que le hice a la señora de Ladino ante el Inspector del Trabajo habiéndole ofrecido que regresara a su puesto de Subgerente sin que élla aceptara tal oferta'. (Fl. 92).

"Estima la Sala, según las referencias que acaban de hacerse, que en el caso en estudio se dan las condiciones necesarias o *aconsejables* de que trata la ley para decretar el reintegro de la trabajadora señora Gilma R. de Ladino 'en las mismas condiciones de empleo de que antes gozaba y el pago de los salarios dejados de percibir' (numeral 5, artículo 8º, Decreto 2351 de 1965), o sea para reintegrarla al cargo de Subgerente de las dependencias de los demandados en la ciudad de Bogotá o caso de no poder subsistir tal cargo, a uno de igual o superior categoría, pagándole el salario o sueldo mensual últimamente devengado y demostrado en juicio de dos mil pesos ($ 2.000) desde el día veintiocho (28) de octubre de 1965 y hasta cuando se opere el reintegro como se determinará en la parte resolutiva del presente fallo, debiéndose de revocar en lo pertinente la absolución decretada a favor de los demandados en el numeral 3º de la sentencia en estudio de la demanda principal".

Como puede observarse, el *ad quem* estimó como circunstancias del juicio determinantes de su resolución de reintegro, las pruebas que en los apartes transcritos analiza, empero de lo expresado por el señor Lowrie en la Inspección del Trabajo y de lo contestado en posiciones no puede concluirse que este señor tuviera ánimo determinado de aceptar el reintegro de la señora de Ladino, simplemente o de cualquier manera, sino que en esas manifestaciones señaló específicamente los caminos que en su concepto podía tener la señora mencionada, es decir: volver a su cargo sin perjuicio alguno, renunciar simplemente o acudir a la ley para definir sus derechos reclamados. Y como para romper la posibilidad de reintegro en caso de que ella no aceptara el primer planteamiento añadió en forma concluyente que ella aceptó la última, es decir, que élla no aceptó el reintegro y prefirió el litigio.

Por otra parte, sí es cierto que la actora del juicio en la petición quinta de la demanda originaria del juicio impetra el reintegro como parte principal de la acción y deja a manera de subsidiaria al juzgador la facultad de ordenar en cambio la indemnización si lo considera conveniente, la parte demandada, a su turno, como contra proposición a éste pedimento de la demandante, en la contestación de la demanda se opone a lo sustancial de la acción y además contrademanda a la señora de Ladino por cuanto según los contrademandantes esta señora en su condición de Subgerente de la Oficina de Bogotá, se liquidó y pagó como anticipo de cesantía la cantidad de $ 12.600, sin autorización del Ministerio del Trabajo, petición de la demanda de reconvención que prospera en la sentencia de segundo grado, por lo que el *ad quem* condena a la señora de Ladino a pagar a Allen Lowrie y a la señora Mary de Lowrie esa precisa cantidad de doce mil seiscientos pesos, moneda corriente.

Esta circunstancia o aspecto del juicio, es decir, el pedimento de reintegro, frente a la contestación de la demanda y a los cargos de la contrademanda y además el rechazo de la señora de Ladino a la primera propuesta del señor Lowrie de retornar al cargo sin perjuicio, escogiendo en cambio más bien el camino de la litis, descartan la posibilidad de aquél reintegro por cuanto es ostensible la incompatibilidad que emerge de esas anotadas situaciones que operan en el juicio.

El error del *ad quem* en la apreciación de esos elementos es pues evidente ya que no se trata en estos casos de que el juzgador pueda resolver ese delicado punto laboral subjetivamente, con un convencimiento *in pectore,* verdad sabida y buena fe guardada, sino que su determinación debe ser tomada como conclusión conveniente derivada de todas las circunstancias del proceso, tal como lo expresa el ordinal 5 del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, y de tales elementos como queda advertido no puede tomarse la decisión a que llegó el *ad quem* sino la contraria.

La Sala Laboral de la Corte en sentencia de 28 de noviembre de 1969 dijo: "*...es cierto que el numeral 5º del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, adoptado como estatuto permanente por la Ley 48 de 1968, no da un poder discrecional al Juez para decidir entre la indemnización y el reintegro, sino que lo obliga para ello a estimar y tomar en cuenta las circunstancias que aparezcan en el juicio...*".

El casacionista indica como pruebas dejadas de apreciar: las posiciones rendidas por la señora de Ladino, el memorial del folio 109 a 110 suscrito por el señor Lowrie, y la diligencia de inspección ocular, elementos estos del juicio que en verdad contribuyen a la demostración de la incompatibilidad que aparece entre las partes de que aquí se trata.

Como consecuencia de lo analizado, el cargo prospera y habrá de casarse la sentencia por el aspecto demandado.

No es preciso resolver sobre los dos cargos restantes, porque con ellos se persigue idéntica finalidad a la obtenida en el que prospera.

Consideraciones de instancia.

Comoquiera que no es dable el reintegro de la demandante al cargo que venía desempeñando como Subgerente de la firma demandada, por los hechos anotados al estudiar el cargo, cabe anotar ahora que, el retiro por parte de la señora de Ladino en virtud de la renuncia que presentó, no obedeció a un acto de su libre y espontánea voluntad, sino que, esa actitud fue consecuencia de la situación a que se vio abocada la expresada señora en esa empresa, por la degradación del cargo de Subgerente a la sección de ventas, con supresión de unas bonificaciones y aun materialmente retirada de su escritorio de Subgerente a otro lugar de la oficina, lo cual está acreditado plenamente con las pruebas aducidas a los autos tales como: la carta dirigida por el señor Allen Lowrie a dicha señora (F. 88) en donde se le dice:

"Obra en nuestro poder su muy atenta carta de octubre 19, 1965 y en contestación deseo aclarar que en la misma forma en que a usted como Subgerente de la oficina se le asignó las atribuciones (sic) necesarias para que isted (sic) distribuyera a su juicio el trabajo entre el per-

sonal para su cumplimiento en la forma más eficaz, esas mismas atribuciones fueron otorgadas al señor Guillermo Huertas G. al designarle Gerente del Departamento de Ventas. En vista de esto le tocará al señor Huertas asignar las funciones que le tocará cuando usted vuelva a trabajar''.

Y más adelante agrega:

''Y como las tareas asumidas por su reemplazo están directamente vinculadas a la buena marcha del Departamento de Ventas nos parece lógico que las bonificaciones a que usted hace referencia en el segundo párrafo de su antes mencionada carta de octubre 19, pase también a su reemplazo.

''En vista de esto lamentamos informarle que no nos será posible seguir reconociendo a usted dichas bonificaciones''.

(Fdo.), ''Allen Lowrie''.

Por su parte los testigos: Guillermo Chávez Enciso (Fls. 97 a 99) y Jorge Ríos Thorrens (Fls. 116 a 119) atestiguan que la señora Gilma de Ladino fue degradada de su cargo de Subgerente y aun retirada de su escritorio de tal a otro de la oficina, y que fue reemplazada por el señor Guillermo Huertas quien asumió las funciones que desempeñaba la señora de Ladino.

De tales probaciones se deduce que fue justo el motivo de la trabajadora para retirarse de la firma, dadas esas circunstancias de desmejoramiento provocadas por la parte patronal, la que por ello incurrió a su vez en el resarcimiento correspondiente, como es obvio.

No es posible por tanto la absolución de la parte demandada por ese aspecto, sino todo lo contrario, no pudiendo tener cabida el reintegro, es procedente la condena por indemnización ya que la demandante trabajó más de diez años bajo la dependencia de los demandados. En tal sentido se hará pues el pronunciamiento.

Ahora bien, como la señora de Ladino trabajó en la firma demandada desde el (15) quince de marzo de (1962) mil novecientos sesenta y dos al (27) veintisiete de octubre de mil novecientos sesenta y cinco (1965), es decir por un lapso de diez (10) años, siete (7) meses y trece (13) días, le corresponde la siguiente indemnización sobre la base de un sueldo mensual de dos mil pesos ($ 2.000):

Por cuarenta y cinco días básicos	$ 3.000.00
Por nueve años subsiguientes ..	18.000.00
Por la fracción	1.238.77
TOTAL	$ 22.238.77

Por otra parte, como se casa parcialmente la sentencia acusada en virtud de la prosperidad del recurso de la parte demandada en juicio, competería a la Corte en sede de instancia pronunciarse sobre el pedimento de pensión jubilatoria restringida a que se refiere la actora en su libelo de demanda, toda vez que no se encontró viable el reintegro, pero la parte demandante no acreditó en el decurso probatorio la *edad*, y en consecuencia la falta de esa prueba impide a la Corte resolver sobre el particular, ya que en caso de resultado favorable para la actora no se sabría si el pronunciamiento positivo debiera ser de presente o de futuro con relación a esa edad, que en todos estos casos debe estar plenamente demostrada.

Por lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *casa parcialmente* la sentencia de fecha veintiocho de octubre de mil novecientos setenta y uno, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este juicio, en cuanto dispuso reintegrar a la señora Gilma R. de Ladino al cargo de Subgerente de la firma Allen Lowrie y Mary de Lowrie, o a uno de igual o superior categoría y a pagarle dos mil pesos mensuales desde el 29 de octubre de 1965, y en *sede* de instancia *revoca* en lo pertinente el ordinal 3º de la parte resolutiva del fallo pronunciado por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, en este mismo juicio, es decir, en cuanto absuelve por pago de indemnización y en cuanto el pronunciamiento absolutorio comprende lo atinente a la pensión restringida impetrada en la demanda, y en su lugar *resuelve*: Condénase a los señores Allen Lowrie y Mary de Lowrie a pagar a la demandante señora Gilma R. de Ladino, la cantidad de veintidós mil doscientos treinta y ocho pesos con setenta y siete centavos ($ 22.238.77), como indemnización por haber dado lugar al retiro de la demandante, y se abstiene de resolver sobre la pensión especial.

No la casa en lo demás.

Sin costas en el recurso.

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

José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García B., José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PENSION RESTRINGIDA DE JUBILACION

Se observa, que, es indudable que el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, que regula la pensión restringida, señala como tiempo de servicio más de diez años y menos de quince, continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de la ley, si para entonces el trabajador tiene cumplidos sesenta años, o desde la fecha en que se cumpla esa edad con posterioridad al despido, en el caso contemplado en el inciso primero, o después de cumplidos los quince años de servicios, cuando el trabajador cumpla los cincuenta años o desde la fecha del despido si ya los hubiere cumplido, al tenor del inciso segundo, pero en ambos casos se exige como causa fundamental que el despido se efectúe sin justa causa, **además de que el capital de la empresa no debe ser inferior a ochocientos mil pesos.**

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

(Magistrado ponente: doctor Miguel Angel García B.).

Sección segunda. - Acta número 21.

El señor Elías Levy, presentó demanda laboral de mayor cuantía contra la empresa Kalusin Importing Company (Kico), sociedad colectiva con domicilio en Barranquilla, con la finalidad de que la parte demandada fuese condenada a lo siguiente: reconocimiento y pago de la pensión mensual de jubilación a que tiene derecho; a que se le pague esa pensión desde el 1º de enero de 1968, fecha en que dejó de trabajar al servicio de la demandada; a que se le reconozcan y paguen las demás prestaciones sociales como: primas, vacaciones, cesantías, indemnizaciones, etc., dejadas de pagar en todo el lapso en que estuvo al servicio de la empresa.

El demandante dice en su demanda que estuvo trabajando para Talectro Ltda. filial de Kalusin Importing Company, desde el 1º de agosto de 1947, y vinculado a Kalusin Importing Company desde el 1º de agosto de 1947 (sic) hasta el día 31 de diciembre de 1967 *cuando fue despedido sin que mediara causa justa alguna.*

Que prestó sus servicios como agente vendedor y que estuvo fuera de la empresa por causa de enfermedad desde el 2 de septiembre de 1951 a julio de 1952, y que la empresa se negó a reconocerle gastos de enfermedad no profesional, los salarios correspondientes, etc.

Que en enero de 1965 la empresa en un acto de mala fe hizo despedir al demandante, para enrolarlo 45 días más tarde, obligándolo a suscribir un contrato de sociedad para que fuera esta entidad y no el actor del juicio la que ejecutara la labor personal que venía desempeñando, y que en estas condiciones estuvo trabajando hasta el 31 de diciembre de 1967 cuando unilateralmente dieron por cancelados o terminados los servicios del señor Elías Levy.

La parte demandada se opuso a lo sustancial de la acción y manifestó que, Talectro Ltda. nunca ha sido filial ni lo es de Kalusin Importing Company, que de conformidad con la manifestación del demandante, hecha en la Inspección Nacional del Trabajo en acta de conciliación, éste trabajó con Kalusin Importing Company, durante 14 años, 10 meses y 15 días según las fechas en esa acta consignadas; que el demandante se retiró de la firma por renuncia voluntaria, según carta de 15 de enero de 1965 (F. 19), ratificada en la mencionada conciliación, y que de la misma manera el señor Elías Levy, como gerente de la firma Elías Levy y Cía. Ltda., dio por terminado el contrato de "agenciamiento y representación" según carta de 27 de diciembre de 1967. Propuso las excepciones de cosa juzgada, compensación y prescripción.

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Barranquilla que fue el del conocimiento, por

medio de fallo de veinticuatro de marzo de mil novecientos setenta y uno resolvió la instancia así:

"1º *Declarar,* como en efecto se declaran no probadas las excepciones de *cosa juzgada, de compensación* y de *prescripción,* propuestas por el apoderado de la demandada en la contestación de la demanda, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

"2º *Condenar,* como en efecto se condena a la empresa Kalusin Importing Company (Kico) representada por el señor Carlos Kalusin y judicialmente por el doctor Jeremías Flórez, a pagar al señor Elías Levy, representado por el doctor Remberto Vilaró Velilla, una pensión de jubilación vitalicia semi plena por valor de: un mil cuarenta y ocho pesos con dieciocho centavos ($ 1.048.18) moneda corriente, a partir del día 11 de febrero de 1969 en adelante, todo de conformidad con la parte motiva de la presente providencia.

"3º *Con costas* a cargo de la parte vencida en esta instancia".

Apelaron los apoderados de ambas partes, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en sentencia de veintinueve de julio de mil novecientos setenta y uno resolvió de la siguiente manera:

"*Refórmase* la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito en el juicio de Elías Levy contra la empresa Kalusin Importing Company (Kico) la cual quedará así:

"1º *Declárase* no probadas las excepciones de cosa juzgada y prescripción.

"2º *Condénase* a la parte demandada a pagar al actor una pensión especial de jubilación en la suma mensual de $ 1.048.18 a partir del 11 de febrero de 1971.

"3º *Autorízase* a la demandada para retener las pensiones causadas hasta completar la cantidad de $ 22.000 que ya tiene recibido el demandante por concepto de jubilación.

"*Absuélvese* a la demandada de los demás cargos.

"Sin costas".

Contra esa sentencia interpusieron el recurso extraordinario de casación los apoderados de ambas partes; concedido éste y admitido aquí por la Sala, fue declarado desierto en cuanto al demandante recurrente. La parte demandada en tiempo presentó la demanda y el actor del juicio extemporáneamente la replica, y en consecuencia se procede a decidir:

La demanda.

Alcance de la impugnación:

Señala el casacionista el alcance de su demanda así:

"Aspiro con este recurso a que tal sentencia sea casada y a que la honorable Corte, en sede de instancia, revoque el fallo de primer grado y en su lugar absuelva a mi mandante, condenando al actor en las costas de la litis".

Invoca la causal primera de casación y con fundamento en ella formula tres cargos así:

"*Primer cargo.* Por vía directa y aplicación indebida del artículo 6º de la Ley 171 de 1961.

"El sentenciador da por demostrado que el actor *no completó* quince años de servicios y que su retiro fue voluntario. Dice textualmente (F. 18, Cuad. II); 'Hay que llegar a la conclusión exacta y que es respaldada por confesión de la demandada, que el actor sirvió a ésta durante 14 años, 10 meses y 15 días, y que el contrato de trabajo terminó por renuncia escrita del trabajador el día 15 de enero de 1965'.

"No obstante aceptar esos dos presupuestos de hecho (servicios inferiores a 15 años y renuncia del trabajador), el honorable Tribunal de Barranquilla condena a la pensión proporcional prevista en el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, a los *sesenta años de edad,* para los dos únicos casos: O el *despido sin justa causa,* con más de diez años y menos de quince de servicios, o el *retiro voluntario* después de quince años de servicios.

"Independiente de toda cuestión de hecho, aplica la citada norma a un caso no regulado por ella".

Se estudia el cargo.

El Tribunal en la sentencia acusada para fundamentar su resolución acerca de la pensión jubilatoria restringida impetrada por el actor, se pronuncia de la siguiente manera:

"Estudiando el acervo probatorio se demuestra que el actor sirvió a la demandada en varios períodos así: de enero de 1948 a 1º de septiembre de 1951, o sea 3 años 8 meses; de julio de 1952 a mayo de 1955, 2 años y 10 meses; de agosto de 1956 a 15 de enero de 1965, o sea 8 años, 4 meses y 15 días. Es decir 14 años, 10 meses y 15 días. Es de observar que la carta que obra al folio 19 aclara y confirma el último período servido a que hace referencia el documento obrante a folios 17 y 18.

"De todas maneras, la prueba del servicio de 14 años, 10 meses y 15 días no solo está demostrada sino ratificada con la contestación de la

demanda verificada en la primera audiencia de trámite.

"Es de advertir que esa contestación está demostrando por confesión de la demandada hecha por intermedio de su apoderado en esa ocasión el doctor Hernando Juliao, que el contrato de trabajo terminó el 16 de julio de 1965.

"En cuanto al último período servido por el actor o sea del 24 de marzo de 1965 a 1967 (diciembre 27), la Sala no encuentra en realidad asidero probatorio como para considerarlo como período regido por contrato de trabajo, ya que para esa época el actor al constituir sociedad comercial, en tal sentido se hizo cargo de la distribución de mercaderías producidas por la demandada. Además por otra parte se pudo verificar en la inspección ocular correspondiente que las sumas de dinero recibidas por el actor no la hizo (sic) en carácter de trabajador sino en la calidad de representante de Elías Levy y Compañía Ltda., sociedad que fue constituida en forma legal como se desprende del documento obrante a folios 59 y 60 del informativo.

"En esa situación no teniendo en cuenta este último período, hay lugar a llegar a la conclusión exacta y que es respaldada por confesión de la demandada, que el actor sirvió a ésta durante 14 años, 10 meses y 15 días, y que el contrato de trabajo terminó por renuncia escrita del trabajador el día 15 de enero de 1965.

"Siendo así que dado el tiempo de servicio, la época en que terminó el contrato de trabajo y la causa de terminación del mismo, las pretensiones del actor encajan lisa y llanamente en las expresiones del artículo 8º de la Ley 171 de 1961, además de que está demostrado según prueba supletoria que obra al folio 76 que el actor el 11 de febrero de 1971, tenía cumplidos los sesenta años de edad que requiere la ley para el nacimiento del derecho solicitado.

"Como por otra parte en el año de 1964 el actor devengó como salarios la suma de $ 22.546.38, quiere ello decir que la pensión proporcional por tiempo servido será de $ 1.048.18 como lo ordena el inferior, pero no a partir del 11 de febrero de 1969, sino del 11 de febrero de 1971, fecha de cumplimiento de los 60 años, según se desprende del documento obrante a folio 76".

Hasta aquí el Tribunal.

Se observa que, es indudable que el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, que regula la pensión restringida, señala como tiempo de servicio más de diez años y menos de quince, continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de la ley, si para entonces el trabajador tiene cumplidos sesenta años, o desde la fecha en que se cumpla esa edad con posterioridad al despido, en el caso contemplado en el inciso primero, o después de cumplidos los quince años de servicios, cuando el trabajador cumpla los cincuenta años o desde la fecha del despido si ya los hubiere cumplido, al tenor del inciso segundo, pero en ambos casos se exige como causa fundamental que el despido se efectúe sin justa causa, *además de que el capital de la empresa no debe ser inferior a ochocientos mil pesos.*

Es decir que, en aquellas circunstancias de tiempo y edad establecidas por esa norma, es precisamente la injusticia *del despido lo que genera el derecho a reclamar aquella pensión que el estatuto establece para esos casos específicamente determinados, la que algunos han llamado pensión-sanción, que protege ciertamente al trabajador que con vocación de permanencia pudiera llegar en circunstancias determinadas a completar los requisitos requeridos para adquirir el derecho de gozar de la pensión plena.*

El inciso segundo in fine *de la citada disposición reconoce el derecho a la pensión a que se refiere allí, al trabajador que se retira voluntariamente* después de los quince años de servicio, *cuando cumpla los sesenta de edad; pero en los casos anteriores ese derecho no surge a la vida jurídica sin el acaecimiento indispensable del* despido injusto.

En el caso *sub judice* el Tribunal parte de la base de que el trabajador se retiró de la firma demandada, el 15 de enero de 1965 (Fl. 19) mediante renuncia escrita, y asimismo de que trabajó durante los períodos a que alude la sentencia, por un tiempo total de catorce (14) años, diez (10) meses y quince (15) días; sin embargo, en consideración a ese retiro voluntario y a 14 años, 10 meses y 15 días de servicio, el *ad quem* resolvió decretar la pensión especial aplicando la norma a un caso no contemplado en la última parte del inciso segundo del artículo 8 precitado, que exige indispensablemente *para el retiro voluntario* con derecho a pensión, una permanencia en el servicio de quince años por lo menos y sesenta de edad.

Es pues evidente la aplicación indebida de ese artículo 8 de la aludida ley, señalado por el censor como violado por el Tribunal.

El cargo por tanto prospera y habrá de ser casada la sentencia conforme al pedimento de la demanda, circunstancia ésta que enerva asimismo como consecuencia lógica el ordenamiento de retención autorizada al demandado hasta completar la cantidad de veintidós mil pesos en lo cual será casada también la sentencia como corolario de la prosperidad de la acusación.

No es necesario resolver los dos cargos restantes porque con ellos el casacionista persigue el mismo fin.

Consideraciones de instancia.

Además de las razones expuestas al estudiar el cargo no sobra explicar aquí que, lo expuesto en el acta de conciliación (Fls. 17 y 18) efectuada ante el Inspector Nacional del Trabajo de Barranquilla, con intervención del señor Elías Levy y el señor Carlos Kalusin, no puede tomarse como la transacción de un derecho irrenunciable, por cuanto como se puntualiza nuevamente, sin el despido injusto y con un tiempo de servicio inferior a quince años, el derecho a reclamar la pensión especial o restringida demandada por el actor del juicio, no emergió a la vida jurídica, por lo que la remuneración de $ 22.000, concedida por el gerente de Kalusin Importing Company al trabajador, puede considerarse como un acto de liberalidad, como una dádiva o una bonificación, llamada por el propio demandante "como una compensación al tiempo de servicio distinta de las cesantías", mas no como un anticipo o reconocimiento de una jubilación inexistente.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley *casa parcialmente* la sentencia de fecha veintinueve de julio de mil novecientos setenta y uno, proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, en cuanto en sus ordinales segundo y tercero, condenó a la parte demandada a pagar al demandante una pensión especial de jubilación de mil cuarenta y ocho pesos con dieciocho centavos ($ 1.048.18) y autorizó a la misma demandada para retener hasta la cantidad de veintidós mil pesos moneda legal, y en *sede* de instancia *revoca* los numerales segundo y tercero de la parte resolutiva del fallo de veinticuatro de marzo de mil novecientos setenta y uno, pronunciado por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Barranquilla, en este mismo juicio, y en su lugar *resuelve*: Absuélvese a la parte demandada del cargo de pagar pensión especial de jubilación al demandante.

Con costas de primera y de segunda instancia a cargo de la parte actora del juicio.

No la casa en lo demás.

Sin costas en el recurso.

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

José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García B., José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
ALTA CORTE DE JUSTICIA

PRUEBA DE LA PERSONERIA

Conviene aclarar, aun cuando ello no fue motivo de acusación, que el fallador de segunda instancia interpretó erróneamente el artículo 36 del Código Procesal del Trabajo al exigir el demandado la prueba a que se alude en dicha norma cuando propuso la excepción respectiva. Por regla general es el demandante quien debe aportar la prueba de la existencia de la persona jurídica a quien demanda y de la calidad de su representante. Sólo que en los juicios laborales está relevado de hacerlo, salvo cuando se discuta el hecho como cuestión principal, o sea, como lo ha dicho la jurisprudencia, cuando en la contestación de la demanda o en la primera audiencia de trámite se niegue la existencia de la persona jurídica o la calidad de quien se cita como su representante.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., quince de junio de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor José Eduardo Gnecco C.).

Sección segunda. - Acta número 21.

El doctor Héctor Parrado Castro, mediante apoderado, demandó al Hospital General de Villavicencio, San Luis de Monfort, para que previos los trámites de un juicio ordinario se le condenara a pagar lo siguiente: Auxilio de cesantía, vacaciones causadas y no disfrutadas, prima semestral de servicios, salarios correspondientes a los meses de julio y agosto de 1969, horas extras diurnas y nocturnas, dominicales y días festivos, indemnización por la ruptura unilateral o injustificada del contrato de trabajo, indemnización por el no pago oportuno de los salarios y prestaciones, y las costas del juicio.

Según los hechos de la demanda el doctor Héctor Parrado Castro entró a prestar sus servicios profesionales como médico en la entidad demandada desde el 1º de diciembre de 1966 hasta el 31 de agosto de 1969, fecha en que fue despedido en forma injusta, ilegal y arbitraria; su último sueldo fue de $ 3.600 mensuales, y recibía además alimentación y alojamiento como retribución de sus servicios; su jornada de trabajo empezaba a las 7 a. m. y terminaba a las 9 p. m., con un intervalo de una (1) hora para almorzar, a pesar de que solo estaba obligado a trabajar cuatro (4) diarias; también laboró todos y cada uno de los días domingos y festivos, sin que la entidad demandada se los hubiese pagado, como tampoco le canceló los salarios correspondientes a los meses de julio y agosto de 1969, ni la prima de servicios del primer semestre de 1969, ni el auxilio de cesantía, ni las vacaciones no disfrutadas desde el 1º de diciembre de 1966; la parte demandada es una institución de utilidad común que destina más del treinta por ciento de sus entradas para el pago de sueldos, emolumentos y honorarios de sus funcionarios, como se aprecia en los respectivos presupuestos anuales.

Como fundamentos de derecho cita algunas normas del Código Sustantivo del Trabajo y el artículo 5º del Decreto 0053 de 1952, en su parte final.

No contestó la demanda el Hospital General de Villavicencio "San Luis Monfort"; su apoderado, en la primera audiencia de trámite, propuso la excepción de inepta demanda con fundamento en los ordinales 1º y 2º del artículo 333 del anterior Código Judicial, por cuanto siendo la entidad demandada un establecimiento público, ha debido agotarse la vía gubernativa, lo que no se hizo, y porque la demanda se dirigió contra el Hospital General de Villavicencio —San Luis de Monfort— como institución de utilidad común, y la institución de utilidad común cuya personería se encuentra vigente es la del Hospital Monfort únicamente.

El Juez del conocimiento, que lo fue el Laboral del Circuito de Villavicencio, declaró

no probadas las excepciones propuestas, por cuanto "el demandado ha debido presentar las pruebas de tales hechos, porque era a él como excepcionante al que le incumbía la carga de la prueba".

La litis se decidió mediante fallo dictado el seis de octubre de mil novecientos setenta y uno, en el cual se resolvió lo siguiente:

"Primero. *Declárase* no probada la excepción de inepta demanda (legitimación pasiva) propuesta en oportunidad por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. Segundo. *Declárase* que entre el doctor Héctor Parrado Castro y la entidad denominada 'Hospital General de Villavicencio —San Luis de Monfort—' sí existió un contrato de trabajo que se desarrolló entre las fechas del 1º de diciembre de 1965, hasta el 31 de agosto de 1969, prestando sus servicios como médico, con un salario mensual en dinero de tres mil seiscientos ($ 3.600) más el salario en especies avaluado en la suma de un mil seiscientos pesos ($ 1.600). Tercero. *Condénase* al 'Hospital General de Villavicencio —San Luis de Monfort—' a pagar a favor del doctor Héctor Parrado Castro la suma de diecinueve mil quinientos pesos ($ 19.500) por concepto de auxilio de cesantía. Cuarto. *Condénase* a pagar a la misma entidad y en favor del mismo la suma de dos mil seiscientos pesos ($ 2.600) por concepto de la prima de servicios correspondiente al primer semestre de 1969. Quinto. *Condénase* a pagar a la misma entidad y a favor del mismo, la suma de siete mil ciento cincuenta pesos ($ 7.150) por concepto de vacaciones causadas y no disfrutadas. Sexto. *Absuélvese* a la entidad demandada del pago pretendido por concepto de horas extras diurnas y nocturnas. Séptimo. *Absuélvese* a la entidad demandada del pago pretendido por concepto de dominicales y festivos. Octavo. *Condénase* a la entidad demandada 'Hospital General de Villavicencio —San Luis de Monfort—' a pagar en favor de Héctor Parrado Castro, la suma de ciento veinte pesos ($ 120.00) diarios a partir del día 31 de agosto de 1969 y hasta el día que sean pagadas las prestaciones debidas, como indemnización moratoria, según motivación que se hizo en esta providencia. Noveno. *Condénase* a la misma entidad y a favor del mismo a pagar la suma de siete mil doscientos pesos ($ 7.200) por concepto de salarios insolutos correspondientes a los meses de julio y de agosto de mil novecientos sesenta y nueve. Costas a cargo de la parte demandada".

Apeló el apoderado de la entidad demandada. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, al decidir la alzada el veintitrés de noviembre de mil novecientos setenta y uno confirmó el fallo de primer grado y condenó al apelante a pagar las costas de la segunda instancia.

Interpuso el recurso de casación el apoderado del Hospital General de Villavicencio —San Luis de Monfort—, el cual fue concedido por el Tribunal Superior y admitido por esta Sala y tramitado legalmente, se decidirá previo el estudio de la demanda extraordinaria y la réplica del opositor.

Alcance de la impugnación.

"Como *petición principal* (a la cual corresponde el cargo primero) pido se case la sentencia en cuanto condena al demandado a pagar cesantía, prima de servicios, vacaciones y sanción por mala fe (indemnización moratoria) y la mantenga en cuanto absuelve por horas extras, dominicales y festivos, y posteriormente como Tribunal de instancia, absuelva de las condenas proferidas en la sentencia acusada. Como *petición subsidiaria* (correspondiente al cargo segundo) pido se case la sentencia en las condenas por cesantía, prima y vacaciones; en lo que respecta a las absoluciones las mantenga, y luego como Tribunal de instancia, condene sólo al 50% del auxilio de cesantía, prima y vacaciones".

Formula dos cargos, los cuales se estudiarán en su orden.

Primer cargo.

"Acuso la sentencia recurrida, con fundamento en el artículo 60 del Decreto 525 de 1964 y disposiciones complementarias y reformatorias, *por violación indirecta, a través de la violación del artículo 36 del Código Procesal del Trabajo* (Decreto-ley 2158 de 1948) *cómo* VIOLACION-MEDIO, *falta de aplicación* del citado artículo 36 C. P. L. (al fallar sin prueba de existencia de la persona jurídica demandada) que condujo a su vez a violar, *por aplicación indebida* al caso de autos los artículos 249 y ss., 306 y ss., 186 y ss., sobre auxilio de cesantía, prima de servicios y vacaciones, así como el artículo 65 C. S. T. sobre sanción a la mala fe (indemnización moratoria)".

Al sustentar el cargo se refiere el impugnador al artículo 36 del Código Procesal del Trabajo, que a su juicio no debiera existir; luego argumenta que de acuerdo con dicha disposición es posible condenar a quien no es el obligado, y agrega "tal es el caso de autos". "Se está condenando a un establecimiento particular que lleva un nombre determinado por sus estatutos,

como fundación, cómo si fuera el mismo hospital que la costumbre designó, cómo si fuera el mismo, siendo cómo es, un establecimiento oficial, dependiente nada menos que de la *Nación*... La controversia era y es realmente con el Estado, no con la *fundación*. El Estado ha debido ser el demandado y por eso se propuso en el juicio, en forma de excepción de fondo, el que la demanda se había dirigido contra una persona distinta de la obligada, se planteó, se controvirtió como problema fundamental el de la personería sustantiva. Se dio pues, el supuesto de la norma procesal comentada, *se debatió cómo cuestión principal* el punto de la existencia de la persona jurídica mirada como responsable. *Se presentó controversia sobre el particular*. En este caso, es indispensable, era indispensable presentar por el actor, por el demandante dichas pruebas. AL NO PRESENTARLAS, *y al fallar el Juez sin consideración a estas pruebas,* violó la mencionada norma procesal, o sea, el artículo 36 de manera directa, *al dejarlo de aplicar al caso aplicable, es decir, por falta de aplicación*. Si, hubiese tomado en cuenta tal norma, necesariamente habría tenido que absolver a la fundación demandada de los cargos presentados en la demanda. Pero, por esa violación-medio, de norma procesal, y precisamente por ella violó, por aplicación indebida las normas que consagran la obligación de los patronos de pagar determinadas prestaciones sociales, cómo son el auxilio de cesantía (artículos 249 y siguientes del C. S. T.) prima de servicios (artículos 306 y siguientes del C. S. T.); *vacaciones* (artículos 186 y siguientes del C. S. T.) y la sanción por mala fe como aparece realmente el carácter de la mal llamada indemnización moratoria por el no pago oportuno de salarios y prestaciones sociales del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. Violó estas normas, al aplicarlas al caso de autos no siendo aplicables".

El opositor considera que el *ad quem* aplicó expresamente el artículo 36 del Código Procesal del Trabajo, como se desprende de un paso de la sentencia, que transcribe, aplicación que hizo luego de haber fijado su sentido y alcance, o sea que no se trata de aplicación, menos de inaplicación, sino de interpretación; además, a su juicio lo que realmente debatió la parte demandada no fue su propia existencia, ni la calidad de su representante, sino que el ente jurídico obligado a responder era uno distinto. Por último, dice el *ad quem* no encontró demostrada esa falta de legitimación en causa pasiva para obrar, por lo cual, de este otro ángulo, el problema es de facto, y por tanto habría requerido un planteamiento adecuado, que no es el del cargo que se estudia.

Se considera.

Aun cuando el casacionista al enunciar el cargo se refiere a la violación indirecta del artículo 36 del Código Procesal del Trabajo, asimilándola a la violación de medio, en su desarrollo corrige el error, pues expresa que se trata de la violación directa de la misma disposición, que dejó de aplicarse.

Ahora bien: el Tribunal, al estudiar el aspecto de la sentencia de la persona jurídica señalada como demandada, dijo lo siguiente:

"La demanda fue dirigida contra el Hospital General de Villavicencio San Luis de Monfort", representado por su Director doctor Eduardo Valero Borrás, la demandada no objetó la personería sustantiva en la contestación de la demanda, puesto que se abstuvo de contestarla y sabido es que la controversia relativa a la existencia o personería sustantiva del demandado, o a la nulidad de su representación, para que pueda producir efectos en juicio debe plantearse como cuestión principal del debate, y las cuestiones principales se proponen como acción o como excepción al comienzo del juicio con la presentación de la demanda y su contestación y hasta la primera audiencia de trámite. En el caso de autos como se dijo arriba fue propuesta como excepción; pero no pasó de su enunciado pues no se allegó ninguna prueba para respaldarla, por lo cual el Juez debía como lo hizo, fallar el negocio sin consideración a tal planteamiento ya que así lo tiene establecido nuestra ley laboral y la jurisprudencia de la honorable Corte la que dice que "de acuerdo con el espíritu que informa el artículo 36 del Código Procesal Laboral, los problemas sobre personería sustantiva o adjetiva, no interfieren la actividad juzgadora, a menos que en el juicio se debata como cuestión principal ese punto por lo cual el silencio de las partes sanea los vicios de que en esta materia pudiera adolecer el proceso. Por ello en la parte final del artículo 36 se dispone que si el juicio se ha adelantado sin que se presente la prueba mencionada y no habido controversia sobre el particular, el Juez decidirá su consideración a la falta de esa prueba". "Por otra parte como lo tiene establecido la jurisprudencia de esta Sala, la controversia relativa a la existencia o personería sustantiva del demandado, o a la nulidad de su representación, para que pueda producir efectos en juicio debe plantearse como cuestión principal del debate".

Es decir, que, como lo anota el opositor, el *ad quem* sí dio aplicación al artículo 36 del Código Procesal del Trabajo al estimar que era procedente decidir el juicio en ausencia de la prueba respectiva, porque habiéndose presentado como excepción, el demandado no allegó ninguna prueba para respaldarla. No existió, por tanto, falta de aplicación de la norma mencionada.

Además, como también lo anota el opositor, el artículo 36 del Código Procesal del Trabajo se refiere a la existencia de la persona jurídica demandada, que algunos, como el *ad quem*, denominan personería sustantiva. Y el impugnador plantea el fenómeno de la legitimación en causa pasiva, que es un aspecto procesal diferente, pues considera que es otra persona distinta a la demandada la llamada a responder de las pretensiones que se impetran en la demanda. Dentro de este planteamiento tampoco se produjo la violación del referido artículo 36.

Por los motivos anotados, el cargo no prospera.

Conviene aclarar, aun cuando ello no fue motivo de acusación, que el fallador de segunda instancia interpretó erróneamente el artículo 36 del Código Procesal del Trabajo al exigir al demandado la prueba a que se alude en dicha norma cuando propuso la excepción respectiva. Por regla general es el demandante quien debe aportar la prueba de la existencia de la persona jurídica a quien demanda y de la calidad de su representante. Sólo que en los juicios laborales está relevado de hacerlo, salvo cuando se discuta el hecho como cuestión principal, o sea, como lo ha dicho la jurisprudencia, cuando en la contestación de la demanda o en la primera audiencia de trámite se niegue la existencia de la persona jurídica o la calidad de quien se cita como su representante.

Segundo cargo.

"Para el caso de que no prospere el cargo anterior, formulo el siguiente: Con fundamento en el artículo 60 del Decreto 528 de 1964 y disposiciones complementarias, acuso la sentencia por violación del artículo 338 del Código Sustantivo del Trabajo, por falta de aplicación, y en igual forma el Decreto reglamentario de dicho artículo, o sea el Decreto 53 de 1952, artículos 1º y 3º, también por falta de aplicación, por vía indirecta, por error de hecho, notorio y ostensible en los autos".

Transcribe el casacionista los artículos 338 del Código Sustantivo del Trabajo y 1º y 2º del Decreto 53 de 1952 y argumenta: "El demandante, desde un principio, estimó que demandaba a una *fundación*, cómo se desprende del texto del documento auténtico contentivo del poder (Fl. 1 del C. Nº 1), y según la ley en desarrollo de la Constitución, las fundaciones no persiguen ni pueden perseguir ánimo de lucro. Al no tomar en cuenta, este carácter de fundación, y por lo tanto la entidad sin ánimo de lucro, cometió el Tribunal un error de hecho notorio, no dando por acreditado tal carácter en la persona de la demandada, y al no darlo, dejó de aplicar las arriba mencionadas normas. Casada así la sentencia, la Corte, como Tribunal de Instancia, debe condenar sólo el 50% de las sumas de que habla la sentencia acusada, en cesantía, primas y vacaciones".

Para el opositor el cargo contiene un hecho nuevo, por cuanto la reducción del monto de las prestaciones habría constituido la materia de una excepción perentoria o de fondo, que no fue propuesta en las instancias, ni oficiosamente considerada por los juzgadores de primero y segundo grados. Estima, además, que la proposición jurídica es incompleta, pues no cita ninguno de los preceptos que consagran los derechos a cuyo pago fue condenada la parte demandada y cuya cuantía aspira a disminuir.

Se considera.

La acusación no presenta un medio nuevo en casación, pues la calificación de la entidad demandada como patrono que ejecuta actividad sin ánimo de lucro fue planteada por el demandante en el hecho 10º del libelo inicial, en el cual afirma que "la parte demandada, es una institución de utilidad común que destina más del treinta por ciento de sus entradas para el pago de sueldos, emolumentos y honorarios de sus funcionarios, como puede apreciarse en los respectivos presupuestos anuales". La proposición jurídica tampoco es incompleta, porque el recurrente no pretende que se desconozca el derecho del trabajador a las prestaciones que le fueron reconocidas por el fallo acusado, sino que pide la disminución de su cuantía, derecho consagrado en el artículo 328 del Código Sustantivo del Trabajo y las normas que lo reglamentan.

Cuanto al cargo, se observa que el acusador no indica si el poder conferido por el trabajador demandante a su apoderado judicial, al cual le atribuye mérito de prueba, fue erróneamente apreciado o no apreciado. Por otra parte, el escrito en que se confiere un mandato judicial es la manifestación procesal del contrato que se celebra entre el mandante y su apoderado judicial, pero no un medio probatorio que como tal

obra en el proceso; solo excepcionalmente, y tal situación no se presenta en el caso en estudio, podría estimarse como prueba. De manera que lo manifestado por el trabajador en el poder de que confiere mandato para que se demande a la "fundación 'Hospital General de Villavicencio' —San Luis de Monfort—" no puede tomarse como prueba de que dicho Hospital es una fundación.

No habiéndose comprobado el error de hecho que se le atribuye al sentenciador de no haber dado por demostrado que la entidad demandada es un patrono sin ánimo de lucro, 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 Villavicencio, Sala Civil Laboral, el veintitrés de noviembre de mil novecientos setenta y uno.

Costas del recurso a cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese, insértese en la *"Gaceta Judicial"* y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García B., José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

TERMINACION DEL CONTRATO POR CLAUSURA DE LA EMPRESA

El artículo 6º del Decreto 2351 de 1965 separa claramente los modos de terminación del contrato de trabajo, y mientras en el literal e) habla de liquidación o clausura definitiva de la empresa, en el literal h) trata de la decisión unilateral en los casos de los artículos 7 y 8 del mismo Decreto. No pueden confundirse dos eventos de conclusión claramente distinguidos por la misma ley, ni es posible aplicar una indemnización correspondiente a uno de los modos de terminación, a un caso contemplado en otro de ellos.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., junio diez y seis de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Alejandro Córdoba Medina).

Sección primera. - Acta número 24. - Radicación número 4077.

Se va a decidir el recurso de casación interpuesto por el apoderado de la sociedad Central Automotor Limitada, contra la sentencia de fecha 16 de junio de 1971, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en el juicio seguido por Gilberto Potes Redondo contra la recurrente.

Antecedentes.

Gilberto Potes Redondo, mayor de edad, vecino de Cali, identificado con la cédula de ciudadanía número 2672512 expedida en Tuluá, demandó por medio de apoderado a la sociedad Central Automotor Limitada, persona jurídica domiciliada en Cali, para que fuera condenada a pagarle como indemnización por la terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa, la cantidad de $ 7.579 más los intereses legales desde la exigibilidad hasta el pago; como pensión proporcional de jubilación, la cantidad de $ 448.00 mensuales desde el 16 de septiembre de 1961; como indemnización moratoria, la cantidad de $ 26.50 diarios desde la fecha en que se hizo exigible el pago de salarios y prestaciones; y las costas del juicio.

Como hechos que apoyan sus pretensiones, el actor afirmó que entre Gilberto Potes Redondo y la demandada se habían celebrado contratos de trabajo el 27 de agosto de 1953, el 18 de junio de 1956 y el 15 de febrero de 1962; que el actor desempeñó el cargo de mecánico en la empresa de la demandada, "con capacidad, honradez, voluntad, buena conducta, exclusiva, personal, durante quince (15) años, o sea desde el 27 de agosto de 1953 hasta el 23 de agosto de 1968, fecha del despido injusto"; que el servicio se prestó en la ciudad de Cali; que en la fecha del despido el actor devengaba un promedio mensual de $ 797.80; que el 23 de agosto de 1968 la demandada informó al trabajador que dicho día terminaba el contrato de trabajo por cierre o clausura de la empresa; que ésta informó el 6 de mayo del mismo año que había solicitado permiso para el cierre pero en dicha fecha no estaba autorizada para ello; que el patrono dejó de cumplir lo establecido en el artículo 466 del Código Sustantivo del Trabajo; que el día del despido Central Automotor Limitada estaba en plena actividad económica, en normal situación laboral y con funcionamiento legal; que la sociedad no invocó en el momento de la terminación del contrato de trabajo, ninguna de las 15 causales señaladas por el aparte A) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, ni pagó la indemnización consagrada en el artículo 8º del mismo Decreto y en el artículo 13 del Decreto 1373 de 1966; que el patrono no ha reconocido la pensión proporcional de jubilación consagrada en la ley laboral; que por haber omitido la empresa los trámites y formalidades prescritos por el artículo 456 del Código Sustantivo del Trabajo y en el numeral 5º del artículo 13 del Decreto 1373 de 1966, el despido es nulo e injusto y la sociedad está obligada a pagar al demandante la indemnización consagrada en los numerales 4º y 5º del

artículo 8º del Decreto 2351 de 1965; que en la fecha del despido la sociedad no estaba en disolución ni en liquidación sino en plena actividad comercial y con trabajadores a su servicio; que la demandada al despedir al trabajador manifestó que lo hacía por cierre o clausura definitiva de la empresa, sin que ello hubiera ocurrido; que por Resolución número 026-DJ de 31 de julio de 1968, se autorizó la terminación definitiva de labores de Central Automotor Limitada, pero bajo la responsabilidad y culpa del patrono y no de los trabajadores, según éstos dejaron constancia en su oportunidad; que la Resolución anterior fue modificada por la número 028 de 14 de agosto del mismo año en el sentido de ordenar el pago previo de todos los salarios, prestaciones e indemnizaciones debidos; que la empresa no ha cumplido la obligación de ese pago y que tampoco ha reconocido a Gilberto Potes Redondo la pensión de jubilación proporcional a que tiene derecho.

La parte demandada solamente admitió que el actor le había prestado servicios en la ciudad de Cali, presentó las razones en que apoya su defensa, especialmente las que justificaron la liquidación de la empresa, y propuso excepciones de inexistencia de la obligación y la innominada.

El Juez Primero Laboral del Circuito de Cali, en sentencia dictada el doce de agosto de mil novecientos setenta, condenó a Central Automotor Limitada a pagar $ 926.49 como indemnización por terminación ilegal del contrato de trabajo, y a cubrir parcialmente las costas de la instancia, y la absolvió de las demás reclamaciones. De esta providencia apeló únicamente el apoderado del trabajador.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en sentencia que resolvió la apelación, revocó el fallo de primer grado, condenó a la demandada al pago de $ 11.771.21 como indemnización por despido injusto, a $ 424.20 mensuales como pensión de jubilación a partir del 16 de septiembre de 1961, y a las costas de la primera instancia, absolvió de la indemnización moratoria y no impuso las costas de segunda instancia. Ambas partes interpusieron recurso de casación, el Tribunal lo concedió y la Corte lo admitió, pero el propuesto por el trabajador fue declarado desierto, por lo cual solamente se decidirá el sustentado por el apoderado de la entidad demandada.

El recurso.

El impugnante ataca la sentencia recurrida, con base en la causal primera del artículo 60 del Decreto 528 de 1964.

Alcance de la impugnación.

Dice el recurrente:

"Se persigue la casación parcial de la sentencia acusada, en cuanto por sus literales a) y b) del ordinal 2º condenó a la empresa a pagar las sumas de $ 11.771.21 y $ 424.20 mensuales, como indemnización por despido y pensión de jubilación, respectivamente, y por el 4º a las costas del primer grado, y que la honorable Corte, en sede de instancia, revoque la del *a quo* en sus condenaciones por despido ilegal y costas parciales, y, en su lugar, absuelva a 'Central Automotor Limitada' de todas las peticiones consignadas en el libelo inicial y condene en costas al demandante".

Cargo único.

Se hace consistir en que la sentencia acusada viola por interpretación errónea el artículo 6º, inciso 2, del Decreto 2351 de 1965, y por aplicación indebida el artículo 8º, literal d), del mismo Decreto y el 8º de la Ley 171 de 1961.

El recurrente explica que no incluyó en la acusación el artículo 466 del Código Sustantivo del Trabajo porque dicha norma no estaba vigente en la fecha en que se profirió el fallo, y por lo tanto no podía ser objeto de violación ni materia del recurso. Agrega que tal precepto fue derogado por el artículo 6º, inciso segundo del Decreto 2351 de 1965, ya que éste subrogó el artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo, que exigía para los casos de suspensión de actividades por más de 120 días o por liquidación o clausura de la empresa, la aplicación del ordinal 3º del artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo que consagraba la obligación patronal en caso de suspensión de actividades, de preavisar al trabajador con antelación no inferior a un mes o pagar los salarios correspondientes a dicho período. Cita el impugnador en apoyo de su tesis varias sentencias dictadas en casos semejantes.

Sostiene el impugnador que al entrar a regir el artículo 6º citado, la obligación del patrono en los casos de los literales e) y f) de la norma, quedó limitada a la notificación al trabajador de la fecha precisa de la suspensión de actividades o de la clausura de la empresa. Continúa el acusador su explicación indicando que la disposición del artículo 466 del Código Sustantivo contiene la misma disposición que contenía el inciso 2 del artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo en cuanto al aviso previo de un mes, por lo cual es forzoso concluir que fue también subrogado, en la parte que se examina, por el

inciso 2 del artículo 6º del Decreto 2351 de 1965.

El recurrente justifica la total abolición del plazo de un mes para el preaviso, con base en el conocimiento que por el trámite administrativo se tiene de la clausura y por el derecho a intervenir en ese trámite y a recurrir de las providencias dictadas, que tienen los trabajadores.

Advierte el impugnador que si el artículo 466 del Código Sustantivo del Trabajo se considera vigente por la Corte, él lo incluye entre los violados por aplicación indebida.

En la sustentación del cargo el impugnador señala los hechos en que se apoyó el sentenciador, los cuales admite, transcribe el razonamiento del *ad quem*, estima que hubo interpretación errónea del artículo 6º del Decreto 2351 de 1965 y concluye la demostración así:

"Mas como el referido precepto 466 ya no regía el caso, el alcance atribuido al artículo 6º, inciso 2, del Decreto 2351 de 1965 deviene ostensiblemente equivocado. En ninguna parte de esta norma se exige 'un preaviso de un mes', ni su texto permite que se la entienda de esa manera. Su claro, recto y único sentido es el que sus palabras expresan: en los casos de liquidación o clausura de la empresa, o de suspensión de actividades por más de 120 días, 'el patrono debe notificar (hacer saber) al trabajador la fecha precisa de la suspensión de actividades o de liquidación definitiva de la empresa'. No habla el precepto de ninguna clase de anticipación y mucho menos del mes que en ella vio el fallador. La obligación impuesta al patrono consiste, única y exclusivamente, en precisar, determinar o señalar la fecha cierta de terminación o suspensión de labores.

"La equivocada inteligencia de esa norma originó la violación de la misma y, como consecuencia, la de los artículos 8º, literal d), del Decreto 2351 de 1965 y 8º de la Ley 171 de 1961, por indebida aplicación. Si el *ad quem* no incurre en la dicha errónea interpretación, no habría calificado la terminación del contrato como 'despido injusto', ni condenado a la empresa a pagar la indemnización que se funda en esa circunstancia ni la pensión de jubilación especial o restringida que también tiene en élla uno de sus presupuestos esenciales, conforme a los ordenamientos citados en último término".

No hubo escrito de oposición.

Se considera.

El sentenciador afirma que el preaviso de un mes se hacía de rigor con base en los artículos 6º del Decreto 2351 de 1965 y 466 del Código Sustantivo del Trabajo. Este razonamiento del fallador envuelve interpretación errónea del primero de tales preceptos, ya que él solamente ordena dar noticia de la fecha exacta de la clausura, pero no dispone que tal noticia sea dada con un mes de anterioridad, y sustituye una norma que sí indicaba por referencia dicho preaviso de mes, luego es equivocado encontrar en el artículo lo que expresamente sustituyó.

El artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo señalaba los casos de terminación del contrato de trabajo y en su inciso 2 ordenaba que en los de suspensión de actividades por parte del patrono, por más de ciento veinte días, y de liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento, debía procederse conforme a lo ordenado por el artículo 51 de la misma obra, o sea, notificando a los trabajadores con anticipación no inferior a un mes, o pagándoles los salarios correspondientes a ese período.

Pero el artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo fue íntegramente sustituido por el sexto del Decreto 2351 de 1965, norma en la cual no se consagró el preaviso del mes ni se conservó la relación a tal exigencia, sino que simplemente se ordenó que se avisara la fecha precisa de la clausura, sin determinar anticipación alguna.

Más adelante dice el sentenciador:

"Además la falta de una notificación en forma legal, no susceptible ya de compensación en dinero, hizo que un seguimiento hasta cierto momento normal, se convirtiera en anormal y consecuencialmente ilegal, con los rigores indemnizatorios que esa determinación conlleva. Se hace entonces el trabajador derechoso (sic) a ella no simplemente por el período de un mes de preaviso, sino al correspondiente a todo el tiempo servido de acuerdo con la remuneración pactada, según las voces del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965".

De tal manera que a una terminación del contrato de trabajo por clausura de la empresa, que el fallador consideró legal en el trámite inicial del permiso pedido al Ministerio, pero ilegal en cuanto a la falta de preaviso, aplicó una norma indemnizatoria para el caso de "terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa comprobada".

El artículo 6º del Decreto 2351 de 1965 separa claramente los modos de terminación del contrato de trabajo, y mientras en el literal e) habla de liquidación o clausura definitiva de la empresa, en el literal h) trata de la decisión unilateral en los casos de los artículos 7 y 8 del mismo Decreto. No pueden confundirse dos eventos de conclusión claramente distinguidos por la misma ley, ni es posible aplicar una indemnización co-

rrespondiente a uno de los modos de terminación, a un caso contemplado en otro de ellos.

Pero ni aun asimilando la terminación por cierre de la empresa a un despido, se podría aplicar al caso de autos el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, porque en tal asimilación habría que admitir que la terminación obedecía a una causa consistente en razones técnicas o económicas, que no puede ser injusta desde que el Ministerio dio autorización para la clausura. Luego se tendría que considerando la clausura como despido, tampoco podría decirse que no existe causa justa comprobada, ya que reglaría esa terminación la calificación administrativa correspondiente.

El que se haya omitido una formalidad legal o se haya producido un seguimiento anormal como lo dice la sentencia acusada, puede implicar la calificación de ilegal del procedimiento de terminación, pero no puede cambiar un modo de terminación por otro totalmente distinto y diferenciado por el mismo legislador. El que se haya omitido un requisito legal o se haya seguido un procedimiento ilegal, no puede destruir una clausura de empresa autorizada administrativamente, por lo cual para no caer en el absurdo de declarar que no se ha clausurado una empresa clausurada, se ha de admitir que el patrono debe pagar los perjuicios que se deriven de su procedimiento contrario a la ley, pero no convertir un modo de clausura en un despido.

Por tales razones, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, aplicó indebidamente el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965 en la sentencia acusada, pues le hizo producir efecto en un caso no regulado por él.

También fue indebida la aplicación que del artículo 8º de la Ley 171 de 1961 hizo el fallador de segundo grado, puesto que a la clausura de la empresa, así haya tenido procedimiento equivocado o ilegal, le aplicó una norma que solamente compete a despido sin justa causa, o sea a la terminación unilateral por parte del patrono sin que haya ocurrido uno de los eventos en que la ley autoriza esa terminación patronal.

Las violaciones de la ley anotadas, hacen que deba casarse la sentencia impugnada en cuanto a las condenaciones por "concepto de indemnización por despido injusto" y por "concepto de pensión-sanción" que se produjeron precisamente en razón de las violaciones legales.

Consideraciones de instancia.

La primera de las peticiones de la demanda ha de rechazarse puesto que el artículo 3º del Decreto 2351 de 1965 consagra la indemnización reclamada pero solamente para terminación unilateral sin justa causa, y en autos lo que se encuentra es la clausura de la empresa debidamente autorizada por el Ministerio.

Tampoco puede accederse a la segunda petición, ya que al no haberse configurado el despido sin justa causa sino la terminación por clausura de la empresa, como se prueba por la copia de la carta respectiva, que aparece al folio 191 del primer cuaderno no puede darse aplicación al artículo 8º de la Ley 171 de 1961 que se refiere concretamente al despido sin justa causa.

La sentencia de primera instancia contiene la condenación a indemnización por falta de preaviso de un mes, equivalente al salario de dicho lapso y condenación parcial en costas, que no pueden modificarse por no haber apelado la parte demandada del fallo de primer grado. En tales condiciones, se ha de confirmar la sentencia que solo fue materia de apelación por el trabajador.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *casa parcialmente* la sentencia de diez y seis de junio de mil novecientos setenta y uno, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en el juicio de Gilberto Potes Redondo contra Central Automotor Limitada, en cuanto a los numerales primero, segundo y cuarto de su parte resolutiva, y en su lugar *confirma* la sentencia de doce de agosto de mil novecientos setenta, dictada en el mismo juicio por el Juez Primero del Circuito Laboral de Cali. *No la casa en lo demás.*

Sin costas.

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.

TRANSACCION

La transacción implica el que ambos contratantes cedan recíprocamente parte de sus pretensiones.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., junio veintidós de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor José Enrique Arboleda Valencia).

Sección segunda. - Acta número 23.

Rafael García Alfaro, por Procurador Judicial, demandó a la Compañía Frutera de Sevilla "para que mediante el procedimiento ordinario de primera instancia y por sentencia definitiva sea condenada a pagarle a mi mandante el valor correspondiente a pensión plena de jubilación por veinte años de servicio, más los reajustes legales, a partir de la fecha desde la cual se le está pagando la que actualmente disfruta, computada sobre tiempo menor de trabajo; o, en subsidio, el valor de la indemnización por retiro injusto conforme a los términos del literal d) del numeral 4º del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965 y las costas del juicio en caso de oposición".

Apoyó las peticiones anteriores sobre la base de que el actor trabajó al servicio de la United Fruit Company, la Magdalena Fruit Company y la Compañía Frutera de Sevilla, entidades respecto de las cuales existe unidad de empresa, "el tiempo que se requiere para disfrutar de pensión plena de jubilación"; de que la "terminación del contrato de trabajo de mi mandante tuvo por causa la liquidación de la empresa, lo cual es hecho que constituye despido injusto"; de que "está disfrutando de una pensión mensual vitalicia de jubilación que le paga la empresa demandada desde enero de 1966 por un valor de $ 514.88, con fundamento en las exigencias legales y por un tiempo de servicio, como bracero del muelle de Santa Marta, comprendido desde el 12 de junio de 1948 hasta el año de 1965, inclusive".

La empresa descorrió el traslado de la demanda con la aceptación de que el demandante disfruta de pensión jubilatoria, "en virtud de una conciliación o convención colectiva, especialmente en su cuantía, por el tiempo trabajado a la Compañía Frutera de Sevilla, que fue de 12 de junio de 1948 al 26 de enero de 1966"; pero negó los demás hechos, principalmente en cuanto dicen relación a la unidad de empresa entre las tres compañías dichas.

El Juzgado del conocimiento, que fue el Primero del Circuito Laboral de Santa Marta, dirimió el litigio con sentencia de 20 de agosto de 1971, cuya parte dispositiva es de este tenor:

"1º Condénase a la Compañía Frutera de Sevilla sociedad anónima, domiciliada en Wilmington, Estado de Delaware, Estados Unidos de Norteamérica, con sede en esta ciudad, y representada por el doctor Carlos Gámez Dávila, a pagar al señor Rafael García Alfaro, por pensión plena de jubilación la suma de seiscientos cinco pesos con setenta y cuatro centavos ($ 605.74) mensualmente desde el 26 de enero de 1966 hasta el 30 de marzo de 1971; y de ochocientos veintitrés pesos con cuarenta y seis centavos ($ 823.46) mensuales a partir del día primero (1º) de abril de mil novecientos setenta y uno (1971).

"2º Condénase a la Compañía Frutera de Sevilla a las costas del juicio.

"3º Autorízase a la Compañía Frutera de Sevilla a descontar al señor Rafael García Alfaro, de cada una de sus mesadas pensionables, por las cuales se elevó condena en el numeral primero de este fallo, la suma de $ 514.88 mensualmente, suma que viene recibiendo, a partir del día 26 de enero de 1966, por concepto de pensión especial de jubilación.

"4º Declárase probadas parcialmente las excepciones de cosa juzgada y de pago; asimismo se declaran no probadas las excepciones de carencia de acción, compensación y prescripción.

"5º Absuélvese a la Compañía Frutera de Sevilla de otro cargo impetrado en el libelo de demanda".

Por apelación del apoderado de la empresa conoció del negocio el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, el cual decidió el recurso en fallo de 27 de octubre de 1971 confirmatorio de la sentencia apelada.

Contra él acudió en casación la empresa y plantó la respectiva demanda, replicada en su oportunidad por la parte actora, mediante la cual pretende que invalidada la del Tribunal, "la Corte, en sede de instancia, revoque el fallo de primer grado y en su lugar declare probada la excepción perentoria de cosa juzgada, o, en subsidio, la de transacción; absuelva a mi mandante de toda condena y ordene a su contraparte satisfacer las costas de la litis".

Formula para este efecto un solo cargo, que dice:

"Con apoyo en la causal primera de casación laboral (D. L. 528 de 1964 Art. 60, y L. 16 de 1969 Art. 7º), acuso la sentencia ya individualizada, de violar la ley sustancial, así: Por vía indirecta, los artículos 20 y 78 del Código Procesal Laboral, por error de hecho manifiesto, y como consecuencia de ello, aplicación indebida de los artículos 260 del Código Sustantivo del Trabajo y 5º del Decreto Laboral 435 de 1971 a un caso no regulado por ellos. Tales violaciones implicaron además el desconocimiento del artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo y la aplicación indebida de los artículos 13, 14 y 15 del Código Sustantivo del Trabajo, y ordinales 4º y 5º del artículo 373 de la misma obra, en relación con los artículos 1602, 1625, 2469 y 2483 del Código Civil.

"El error de hecho provino de la equivocada apreciación de los documentos de folios 67 a 69, 22 a 23, 70 a 71, 26 a 27 y los transcritos en las actas de inspección ocular de folios 50 a 53, 54, 103 a 106, 109 a 112, 119 a 123 y 125 a 128 y consistió en no dar por demostrado, estándolo, que la conciliación propuesta por la Compañía, discutida y aceptada por el sindicato de braceros y por éstos individualmente, aprobada por los funcionarios del trabajo y ratificada, como transacción, por cada trabajador (Rafael García Alfaro) en este caso, estipuló el reconocimiento de una *pensión especial,* distinta de la legal y de cuantía superior a ella, cuya liquidación debía someterse a dos condiciones: que en vez de tomar como base el salario promedio del último año de servicios, se tomaría el del año que terminó el 7 de noviembre de 1965 por haber sido mucho mayor, y que en vez de computar los 21 años servidos a la Magdalena Fruit y a la Frutera de Sevilla, se computarían únicamente los 17 y medio servidos a la última. Como también en no dar por probado, estándolo, que la pensión reclamada en el juicio laboral fue la misma discutida, conciliada, liquidada y pagada por la Compañía.

"Dice en efecto la sentencia que impugno (Fl. 13, II): '...no encuentra la Sala en parte alguna el hecho de que los trabajadores que pactaron la conciliación hayan aceptado que se les reconozca *pensión especial* de jubilación por los servicios prestados a la Compañía Frutera de Sevilla... La causa petendi de esta demanda no comprende totalmente el arreglo conciliatorio, puesto que el trabajador no se sometió a recibir pensión de jubilación *especial* por el simple hecho de que la Compañía Frutera de Sevilla congeló el salario base para liquidarla, en un período determinado, más favorable para éste'.

"El 'arreglo conciliatorio' no consiste apenas en el acta de folios 67 a 69, que se firmó en desarrollo de lo acordado y discutido con el sindicato, como consta en las Actas de 24 de diciembre de 1965 (Fls. 109 a 112) y 19 de enero de 1967 (Fls. 119 a 123). También en desarrollo de aquel acuerdo se firmó por García Alfaro la constancia transaccional de folio 23, en la que acepta limitar el tiempo computable a los 17 años 7 meses 15 días servidos 'a la Compañía Frutera de Sevilla en las fechas arriba anotadas', a cambio de no tomar como base 'el promedio del salario mensual en el último año de servicios sino ese mismo promedio en el año que fenece el 7 de noviembre de 1965, que representa una suma mayor y por tanto más favorable para el exponente'.

"Conviene destacar que las condiciones de la empresa fueron minuciosamente examinadas y discutidas en la asamblea sindical del 24 de diciembre de 1965, en presencia del delegado especial del Ministerio, doctor Gerardo Zúñiga (Fls. 109 a 112), y que el literal b) de tales condiciones rezaba: 'Las pensiones de jubilación por el tiempo trabajado a la Compañía Frutera de Sevilla se liquidarán como el salario resultante para el 7 de noviembre, previa la terminación del respectivo contrato por justa causa'. Y agrega el acta de la asamblea: 'Los puntos anteriores fueron aprobados, después de varias intervenciones del Delegado del Ministerio, de directivos del sindicato y de asistentes a la asamblea, con lo cual fueron suficientemente aclarados'. Otra de las condiciones (literal 'h') consistió en que, previa autorización del Ministerio para la clausura de actividades, se termi-

narían los contratos 'por mutuo acuerdo'. Autorización ministerial que aparece concedida (Fls. 103 a 106) y 'mutuo acuerdo' que consta en el acta de conciliación (Fls. 67 a 69) y en la transacción individual con García Alfaro (Fls. 22 a 23).

"Los errores de hecho anotados son, pues, evidentes. Así los halló esa honorable Corte en otro caso idéntico (el del señor Milciades Vásquez Soto contra la misma Compañía Frutera de Sevilla, fundado en las mismas pruebas, las mismas actas de conciliación y transacción e iguales bases de tiempo y salario convencionales), fallado el 21 de marzo de 1972".

Contra el ataque transcrito manifiesta el opositor, entre otras, las siguientes razones:

"I. La inexistencia del segundo error salta a la vista. Basta observar que la pensión convenida fue la que el trabajador tuviera *derecho de acuerdo con la ley;* que la reconocida por la Compañía no tiene apoyo *en ningún texto legal* y es, además, restringida; y que la que se reclama en el juicio es la pensión plena u ordinaria. No podía el fallador, sin incurrir en protuberante yerro, dar por establecida la pretensa e imposible identidad. De otro lado, para que el acusador se hubiese colocado siquiera en posibilidad de demostrar este error habría tenido que señalar el escrito de demanda como *prueba* mal apreciada, y no lo hizo ni le era permitido hacerlo (Ley 16/69, Art. 7º)".

En cuanto al segundo error, luego de transcribir los pasajes respectivos de la sentencia acusada, asienta:

"A) No es cierto que los trabajadores hubieran aceptado o convenido que se les reconociera *pensión especial* de jubilación por los servicios prestados a la Compañía Frutera de Sevilla.

"B) Lo acordado fue que la *pensión de jubilación, para los trabajadores que tuvieran derecho a ella, conforme a la ley,* se liquidaría con el salario promedio devengado en el año que terminó el 7 de noviembre de 1965.

"C) La conciliación, en lo que respecta a este literal del convenio, versó, exclusivamente, sobre el salario básico para liquidar las pensiones".

Más adelante sostiene:

"En ninguna parte del convenio se habla de pensión especial, ni de pensiones distintas de las consagradas en la ley laboral. Todo lo contrario, se alude expresamente a éstas, para otorgarlas o reconocerlas a quienes hubieren ganado el correspondiente derecho. *Por esta razón se advirtió al principio de este escrito que el derecho a la pensión no fue materia del arreglo conciliatorio.* Ni la empresa se obligó a conceder pensión a quienes no tuvieran derecho a ella conforme a la ley, ni los trabajadores aceptaron que ese derecho se les diera limitado, disminuido o recortado. *Si se habló de pensión de jubilación fue simplemente para convenir y precisar que ésta sería liquidada con base en un determinado salario, distinto del previsto en la ley para casos semejantes.* Fue éste el único punto conciliado por medio del referido literal b)".

Analiza, por último, el fallo de 21 de marzo de 1972, traído en su apoyo por el casacionista, el que acepta en parte y rechaza en lo siguiente:

"Cuando el sentenciador afirma —dice luego el fallo— que no se aceptó pensión especial, comete evidente error de hecho, ya que lo acordado y admitido por el trabajador, fue recibir una pensión que por calcularse sobre bases distintas a las consagradas en la legal, resulta especial.

"Incurre la honorable Sala en deplorable error y contradicción, pues si debía otorgarse 'la pensión de jubilación a que tuviere derecho el trabajador de acuerdo con las disposiciones legales' y si 'no se habló en ningún momento de pensión especial sino de la que correspondiera según la ley', tal como se acepta en párrafos anteriores, descartada ya la pensión especial del artículo 8º de la Ley 171 de 1961, la única *pensión legal* a que podía aludirse era la consagrada en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo. En otras palabras, si debía reconocerse la pensión a que tuviera derecho conforme a la ley, no podía tratarse de pensión no contemplada en los textos legales que regulan la materia. Si no se habló de pensión especial no puede concluirse que las partes se refirieron a una que tuviera esta característica. Si las únicas pensiones consagradas en la ley eran la plena del 260 del Código Sustantivo del Trabajo y la especial del artículo 8º, al no ser esta última la pactada, por fuerza tenía que ser la primera. Cuando las partes aluden expresamente a una pensión consagrada en la ley, la Corte ha entendido —contrariando aquella voluntad claramente manifestada— que se trata de una pensión no prevista en los textos legales".

Para resolver, la Sala considera:

El texto íntegro del acta de conciliación base de este litigio es el siguiente:

"En Santa Marta a los 19 días del mes de enero de 1966, hallándose en audiencia pública los suscritos, doctor Gerardo Zúñiga Herrera, Delegado Especial comisionado por el Ministerio del Trabajo para intervenir en las negociaciones entre el Sindicato de Trabajadores Braceros del Terminal Marítimo de Santa Marta y la Com-

pañía Frutera de Sevilla, y la doctora Cecilia Flórez de Ospino en su carácter de Inspectora Nacional del Trabajo de esta ciudad, comparecieron José de los Santos Chacín Guerra, Genaro Granados Noriega, Miguel F. Pardo, Julián González J., Elías Henríquez Pardo, José R. Castro Ebratt, Guillermo López Russo, Adalberto Bermúdez Arvilla, Pedro J. González J. y Sebastián González Redondo, quienes en su carácter de miembros de la Junta Directiva del mencionado sindicato integran la comisión designada para arreglar las cuestiones pendientes con la Compañía Frutera de Sevilla, por una parte, y serán designados el sindicato en el texto de esta acta, y, por otra, Harold A. Von Wald, en su calidad de gerente de la Compañía Frutera de Sevilla y Carlos Gámez Dávila, como Superintendente del Departamento Legal de dicha Compañía y apoderado para los asuntos sociales, quienes se denominarán La Compañía, expusieron ampliamente ante los expresados funcionarios oficiales los asuntos pendientes entre el sindicato y la Compañía y las causas que han suscitado un diferendo entre las partes. Habiéndose examinado y discutido las susodichas cuestiones, y formuladas por los expresados funcionarios las observaciones y sugerencias que consideraron legales y convenientes, las partes en su presencia llegaron a un acuerdo conciliatorio, que se expone en seguida: 1º El sindicato actúa en esta diligencia en virtud de la autorización que le fue conferida por la Asamblea General de fecha 24 de diciembre de 1965, y así lo aceptan tanto los funcionarios del Ministerio del Trabajo como la Compañía. 2º La Convención Colectiva del 18 de noviembre de 1963 continuará prorrogada hasta la terminación de los contratos individuales de los trabajadores de la Compañía, o sea, hasta el 26 de enero de 1966. 3º Habiendo el Ministerio del Trabajo, por medio de la Resolución 000006 del 14 de enero en curso, autorizado a la Compañía para terminar sus contratos individuales con sus empleados y obreros en esta sección y en la zona bananera del Departamento del Magdalena, se procederá en consecuencia, y por tanto cada trabajador y la Compañía declararán la respectiva cancelación por mutuo acuerdo entre ellos; regirán hasta el 26 de enero del presente año y quedarán definitivamente terminados a partir del día siguiente. 4º Como la Compañía continuará con algunas otras actividades en esta región, quedarán prestándole servicios a los trabajadores de los muelles que estén dedicados a las respectivas labores, y al ser liquidados gozarán de las concesiones a que este convenio conciliatorio se refiere. 5º No obstante la terminación de los contratos en la forma expresada, la Compañía se obliga a lo siguiente: a) A conceder a cada trabajador, una indemnización pecuniaria de conformidad con el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, teniendo en cuenta los datos que estén registrados en las planillas y archivos de la Compañía, y tomando como salario básico el promedio mensual de lo devengado por cada trabajador en el año calendario terminado el 7 de noviembre de 1965, lo cual es más favorable para los trabajadores que efectuar tal liquidación de conformidad con el promedio de lo devengado en el último año de servicio, o sea, en la fecha de la terminación de los contratos pues para entonces son los salarios mucho más bajos. b) A otorgar pensión de jubilación, de acuerdo con las disposiciones legales a los trabajadores de la Compañía que tengan derecho a élla, siendo entendido que como salario básico se tomará también el indicado anteriormente por la misma circunstancia expresada aunque es entendido que no se produce en favor de ellos la indemnización especial a causa de que sus contratos terminan para ser pensionados. Los trabajadores con derecho a pensión acreditarán su edad en forma legal. c) A liquidarles y pagarles el auxilio de cesantía y demás prestaciones sociales a que tengan derecho en armonía con las disposiciones legales. 6º La liquidación de cada trabajador se efectuará individualmente; será firmada por las partes y por testigos, y para preparar los documentos correspondientes y efectuar los pagos la Compañía tendrá un plazo por lo menos de un mes después del 26 de enero ya dicho, aun cuando se procurará terminarlos antes. 7º A los trabajadores, que, habiendo prestado sus servicios a la Compañía por tiempo suficiente para ser pensionados sin haber llegado a la edad legal, se les concederá dicha prestación social una vez que la soliciten por haber llenado los debidos requisitos que se comprobarán de acuerdo con las disposiciones legales. 8º Queda expresamente convenido que la Compañía descontará de cualquier suma que se pague por virtud de este arreglo, a cada trabajador, el saldo que a cargo de ellos exista por razón de préstamos, anticipo de salarios o por cualquier otra causa. 9º Queda expresamente entendido que, por el hecho de la terminación de los contratos y por la liquidación y pago de las prestaciones e indemnizaciones que se reconocen en este documento, la Compañía queda a paz y salvo por razón de las relaciones tanto colectivas como individuales que han existido entre las partes así como en relación con los trabajadores afiliados al sindicato. 10. Las partes

dejan expresa constancia de la buena fe con que siempre han procedido en sus prolongadas relaciones y de la cordialidad y el mutuo interés que han presidido sus actuaciones. 11. Este convenio deberá ser aprobado por la Asamblea General del Sindicato de Trabajadores Braceros del Terminal Marítimo de Santa Marta.

"Habiéndose puesto las partes de acuerdo, en forma conciliatoria, sobre los puntos anteriores en presencia y con la intervención de los suscritos funcionarios del Ministerio del Trabajo, le dan su aprobación y declaran que esta conciliación, de acuerdo con el artículo 78 del Código Procesal del Trabajo, tiene el valor de cosa juzgada. Para constancia se extiende y firma el presente documento en seis ejemplares por los que en ella han intervenido: Los funcionarios del Ministerio del Trabajo (fdos.), Gerardo Zúñiga Herrera. — Cecilia Flórez de Ospino. — Los miembros del Sindicato de Trabajadores Braceros del Terminal Marítimo de Santa Marta (fdos.), José de los Santos Chacín G. — Miguel F. Pardo J. — Elías Enríquez Pardo. — Guillermo López Russo. — Pedro J. Gónzález J. — Genaro Granados N. —Julián González. — José R. Castro R. — Adalberto Bermúdez A. — Sebastián González R. — Los representantes de la Compañía (fdos.), Harold A. Von Wald. — Carlos Gámez Dávila".

El Tribunal entendió el acta transcrita de la siguiente manera:

"Leyendo detenidamente la parte pertinente del acto conciliatorio o convenio colectivo del 19 de enero de 1966, y las otras piezas atinentes a este asunto, no encuentra la Sala, en parte alguna, el hecho de que los trabajadores que pactaron la conciliación hayan aceptado que se les reconozca pensión especial de jubilación por los servicios prestados a la Compañía Frutera de Sevilla. Es muy claro el literal b) del pacto colectivo, cuando obliga 'a otorgar pensión de jubilación de acuerdo con las disposiciones legales a los trabajadores de la Compañía que tengan derecho a ella, siendo entendido que como salario básico se tomará también el indicado anteriormente...'. El salario básico se refiere al devengado por el respectivo trabajador en el año calendario terminado el 7 de noviembre de 1965, circunstancia ésta que sí debe afirmarse fue arreglada conciliatoriamente, y que la hace inmodificable según los preceptos 20 y 78 del Código Procesal Laboral.

"Según el derogado artículo 474 del Código Judicial, 'para que la cosa juzgada surta efecto en otro juicio, se requiere que la nueva demanda tenga el mismo objeto y se funda en las mismas causas que la primera, y que haya identidad jurídica entre las personas litigantes'.

"La causa petendi de esta demanda no comprende totalmente el arreglo conciliatorio, puesto que el trabajador no se sometió a recibir pensión de jubilación especial por el simple hecho de que la Compañía Frutera de Sevilla congeló el salario base para liquidarla, en un período determinado, más favorable para éste".

De acuerdo con las transcripciones anteriores lo que en el presente negocio se debate son dos tesis opuestas interpretativas del acuerdo conciliatorio llevado a efecto entre las partes, tesis que son:

Primera tesis.

El tenor del acuerdo conciliatorio se remite en todos los casos a las disposiciones legales que rigen los derechos en él expresados, así, en el punto b): "A otorgar pensión de jubilación *de acuerdo con las disposiciones legales* a los trabajadores de la Compañía *que tengan derecho a ella*... Los trabajadores *con derecho a pensión* acreditarán su edad *en la forma legal*"; en el punto c): "A liquidarles y pagarles el auxilio de cesantía y demás prestaciones sociales *a que tengan derecho en armonía con las disposiciones legales*, y, en el literal 7º: "A los trabajadores que, habiendo prestado sus servicios a la Compañía por tiempo suficiente para ser pensionados sin haber llegado *a la edad legal*, se les concederá dicha prestación social una vez la soliciten por haber llenado los debidos requisitos, *que se comprobarán de acuerdo con las disposiciones legales*". (Los subrayados son de la Sala).

Es decir, la conciliación no estableció prestaciones distintas de las consagradas de antemano por el Código, desde el momento en que la Compañía se comprometió a otorgarlas a los trabajadores "que tengan derecho a ellas", "de acuerdo o en armonía con las disposiciones legales". Así aparece del texto, cuando asienta: "A otorgar pensión de jubilación, de acuerdo *con las disposiciones legales, a los trabajadores que tengan derecho a ella*". ¿Y qué trabajadores "tenían derecho de acuerdo con las disposiciones legales" a pensión jubilatoria en la fecha del convenio? Los que se encontraban en la situación señalada en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, o sea, que hubieran cumplido 20 años de servicio y 55 de edad, pues la pensión especial del artículo 8º de la Ley 171 de 1961 (excepto el 2º inciso, in fine) quedaba excluida del arreglo en cuanto que se causa por despido injusto y en él se convino expresamente (punto 3º) que la terminación de los contratos se haría "por

mutuo acuerdo'' entre la Compañía y sus trabajadores.

Corrobora este aserto la frase final del literal b) del punto 5º, al decir: ''Los trabajadores *con derecho a pensión* acreditarán su edad en la forma legal'' o sea, que se partía de la base de los trabajadores que tenían derecho a pensión, sin indicar ni tiempo de servicio, ni edad distinta de las señaladas en la ley. Y si se hubiera querido crear una prestación diferente de la legal en cuanto a la edad y el tiempo trabajado, así lo habría expresado el acuerdo. Y no sólo no lo hizo, sino que reiteró en la cláusula: ''de acuerdo con las disposiciones legales, a los trabajadores *que tengan derecho a ella*''; ''los trabajadores *con derecho a pensión* acreditarán su edad en la forma legal''.

Refuerza esta interpretación literal la consideración de que los trabajadores que a la fecha de la conciliación habían arribado a los 20 años de servicio y a los 55 de edad, tenían el status de jubilado, un derecho adquirido irrenunciable que no podía ser objeto de transacción respecto de esos dos elementos. El acuerdo conciliatorio, por lo tanto, tenía que reconocer este hecho y de allí las expresiones que empleó y que acaban de relievarse.

Lo que sí podía ser objeto de la conciliación era la base salarial para liquidar la pensión y fue ésta la conciliada, diciendo: ''Tomando como salario básico el promedio mensual de lo devengado por cada trabajador en el año calendario terminado el 7 de noviembre de 1965, lo cual es más favorable para los trabajadores que efectuar tal liquidación de conformidad con el promedio de lo devengado en el último año de servicio...''.

Podría objetarse que al interpretar el acuerdo tantes veces citado en el sentido de que no estableció una pensión especial, sino que se refirió a la consagrada en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, pero liquidada con salario diferente del previsto en la misma norma, se quebranta el artículo 21 *ibídem*, pues se aplica parte de la ley y parte de la convención.

Pero este precepto no impide que en pactos, convenciones colectivas o fallos arbitrales (el acuerdo conciliatorio que se analiza es en el fondo una convención colectiva) se convengan ''salarios básicos fijos que sirvan para liquidar la remuneración correspondiente al descanso dominical y a las prestaciones proporcionales al salario, en los casos en que éste no sea fijo, como en el trabajo a destajo o por unidad de obra o por tarea'', según reza el artículo 141 del Código citado.

Y el negocio *sub judice* se refiere precisamente a salarios no fijos, sino variables, pues los trabajadores que el convenio relaciona disfrutaban de un jornal en proporción a los embarques de banano y como éstos empezaron a descender por la liquidación de la Compañía, se redujeron del mismo modo sus salarios. Esta la causa de que se produjera un conflicto colectivo, desatado, con intervención del Ministerio del Trabajo, en el acuerdo conciliatorio de que se viene hablando.

No se trataría, por tanto, de conflicto o duda entre normas vigentes de trabajo aplicables al evento *sub lite*, sino de que el predicho acuerdo estableció ''un salario básico fijo'', conforme al artículo 141 del Código Sustantivo del Trabajo, para liquidar las prestaciones sociales (entre ellas la jubilación) *''a que tenían derecho, conforme a las disposiciones legales''*, los trabajadores de la Compañía demandada.

La circunstancia de que ésta, haya reconocido pensión jubilatoria al actor con solo 17 y medio años de servicios a la misma, no significa que no tuviera derecho a tal prestación conforme al artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, acumulado el tiempo servido a la demandada y a la United Fruit Company y a la Magdalena Fruit Company, respecto de las cuales existe unidad de empresa reconocida en numerosas y reiteradas jurisprudencias de la Sala Laboral de la Corte.

Segunda tesis.

El acuerdo conciliatorio no puede estudiarse sin desligarlo de sus antecedentes y uno de ellos, claro y preciso, fue la aprobación impartida por el sindicato en la asamblea general del 24 de diciembre de 1965 (Fls. 109 a 112, C. principal del juicio), al memorando presentado por la Compañía en su parte que dice: ''a) La convención colectiva se entiende prorrogada hasta la terminación de los contratos individuales, y éstos serán terminados por mutuo acuerdo entre las partes, al cancelarse los embarques de bananos; b) Las pensiones de jubilación por el tiempo trabajado a la Compañía Frutera de Sevilla se liquidarán con el salario resultante para el 7 de noviembre dicho, previa la terminación de los respectivos contratos por justa causa por parte de la Compañía. En este punto sin lugar a dudas, se habla del reconocimiento de pensiones de jubilación ''por el tiempo trabajado a la Compañía Frutera de Sevilla'', o sea, que se excluyó el servicio prestado a las sociedades antecesoras de esa empresa. Esta, la razón por la cual al actor la pensión jubilatoria se le liquidó con los 17 años y medio laborados a la demandada.

La transacción implica el que ambos contratantes cedan recíprocamente parte de sus pretensiones y si el acuerdo conciliatorio se interpreta en el sentido de que se limitó a fijar el salario base para la liquidación de las pensiones de jubilación y demás derechos sociales, no habría contraprestación en favor de la Compañía, motivo por el cual ha de entenderse que si ésta accedió a liquidarlos con ese salario más alto que el que hubiera resultado del devengado por los trabajadores en el último año de servicio, fue porque éstos admitieron que el tiempo para reconocer la pensión se reducía al servido a la Compañía Frutera de Sevilla, sin computar el trabajado a la United Fruit Company y a la Magdalena Fruit Company.

Pero si, a pesar de lo convenido en la conciliación, quisieran los trabajadores acogerse al artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, acumulando el tiempo laborado a las tres sociedades indicadas, con base en el concepto de unidad de empresa, reconocido por la jurisprudencia laboral respecto de ellas, debería aplicarse esta norma en su integridad, de modo que se liquidase la pensión con el promedio de los sueldos devengados en el último año de servicios y no tomando parte de dicha norma (tiempo de servicio y edad) y parte del acuerdo conciliatorio (el salario especial fijado en ella), pues se quebrantaría el artículo 21 de la misma obra.

De la confrontación de estas dos tesis resultan argumentos respetables o valederos en favor de la una o de la otra, con apoyo en las pruebas del proceso, es decir, ninguna de ellas presenta objetivamente error que surja manifiesto, pues, según lo ha repetido la jurisprudencia, "El error de hecho manifiesto en materia de estimación o interpretación del contrato no existe sino excepcionalmente, cuando al contrato como prueba del proceso se le hace decir lo que no dice, o como rezan algunos fallos, cuando el juzgador llega a desvirtuarlo o desnaturalizarlo de tal suerte obvia o evidente que ello implica necesariamente el desconocimiento o negación palmaria de sus voces objetivas". (Véase sentencia de esta Sala de 4 de marzo de 1968. Celanese Colombiana S. A. contra el Sindicato de sus trabajadores).

Y en el evento sub lite *la adhesión a cualquiera de las dos tesis planteadas no desnaturaliza o niega de manera palmaria las voces objetivas del acuerdo conciliatorio, por lo cual prima el criterio del Tribunal en la interpretación de lo pactado. Y ésto, aun cuando el de la Sala fuera distinto, ya que no siendo la casación una tercera instancia, únicamente un yerro flagrante, manifiesto, evidente, puede dar campo a invalidar la sentencia de segunda instancia.*

En consecuencia, el cargo no prospera.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia impugnada.

Con costas a cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García B., José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CASACION (Técnica)

El señalamiento de pruebas mal apreciadas debe ceñirse a lo dispuesto por el artículo 7º de la Ley 16 de 1969, en cuanto que solo es admisible el error de hecho por apreciación indebida o falta de apreciación de documento auténtico, confesión judicial o inspección ocular.—El acusador presenta la demanda inicial y su contestación como documentos mal apreciados, pero se ha dicho repetidamente, que esas piezas solamente pueden ser señaladas como indebidamente apreciadas o dejadas de apreciar en cuanto contengan confesión, pues no son propiamente aquella prueba escrita, sin que en el presente caso hayan sido adecuadamente indicadas como confesiones.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., junio veintisiete de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Alejandro Córdoba Medina).

Sección primera. - Radicación número 4108. - Acta número 25.

Por medio de apoderado Libardo Carmona Gómez, mayor de edad, vecino de Medellín, identificado con la cédula de ciudadanía número 502486, demandó al Instituto de Aprovechamiento de Aguas y Fomento Eléctrico, Canalización y Reembolso del Río Medellín, para que dicha entidad fuese condenada a pagarle remuneración por trabajo extraordinario, reajuste de salario, indemnización moratoria, salarios desde el despido hasta el reintegro y costas del juicio, y para que se declare que existió despido colectivo sin la autorización legal, por lo cual se debe declarar inexistente.

El demandante presentó los siguientes hechos: que trabajó como auxiliar de buldozer al servicio de la entidad demandada desde el 23 de noviembre de 1956 hasta el 31 de octubre de 1966; que devengaba la cantidad de $ 29.92 por día; que fue despedido injustamente; que trabajó 8 horas extras semanales desde el 1º de mayo de 1965 hasta su despido; que no le fue pagado el reajuste de salario del 10% a que tenía derecho desde el 1º de julio de 1965; que las primas de antigüedad y de navidad le fueron cubiertas con retardo y que no le han pagado el reajuste ni la indemnización por despido; que hubo despidos colectivos en los días 9 de septiembre de 1965, 15 de enero, 8 de febrero, 15 de febrero, 25 de julio y 19 de octubre de 1966; y que dichos despidos son inexistentes por no haber sido legalmente autorizados.

La parte demandada admitió el carácter de trabajador que había tenido el demandante, pero negó que hubiese sido injustamente despedido, como también que tuviese derecho a remuneración por trabajo extraordinario o a reajuste de salario, y manifestó que no se había retrasado el pago de primas sino mientras se hacía el reconocimiento de ellas y se arbitraban los recursos correspondientes.

El Juez Séptimo Laboral del Circuito de Medellín, en sentencia de treinta de julio de mil novecientos setenta y uno, condenó a la demandada a pagar $ 718.08 como indemnización por despido sin justa causa, declaró incompetencia de jurisdicción para la solicitud sobre despido colectivo, absolvió de los demás extremos y no condenó en costas. Apeló de dicha providencia el apoderado del trabajador.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Laboral, en fallo de veintiuno de octubre de mil novecientos setenta y uno, confirmó la providencia de primera instancia, y se abstuvo de hacer condenación en costas. Contra este fallo interpuso recurso de casación el apoderado del trabajador, le fue concedido por el Tribunal y está admitido por esta Corte.

El recurso.

El impugnador invoca la causal primera de casación laboral, con base en los artículos 87 del Código de Procedimiento Laboral en relación con el artículo 60 del Decreto 528 de 1964.

Alcance de la impugnación.

Dice el atacante:

"Pretendo el quebrantamiento parcial del fallo recurrido en cuanto confirma la absolución de primer grado referente a la solicitud de indemnización por mora en el pago de las primas de antigüedad y navidad, para que, convertida esa Superioridad en Tribunal de instancia, revoque la sentencia del Juzgado en ese punto y haga, en su lugar, la condenación correspondiente, imponiendo, además, a la parte demandada, las costas en las instancias, y en el recurso si hubiere oposición".

Cargo único.

Se acusa violación por falta de aplicación del artículo primero, parágrafo segundo, del Decreto 797 de 1949, en concordancia con los artículos 52 del Decreto 2127 de 1945 y 8º y 11 de la Ley 6ª del mismo año, lo cual según el recurrente, ocurrió por vía indirecta a consecuencia de manifiestos errores de hecho por equivocada apreciación de documentos.

Señala el acusador como indebidamente estimados la demanda, la contestación, la Resolución número 003 de 12 de enero de 1966, la Resolución número 090 de 31 de octubre del mismo año, el concepto de la División de Asuntos Individuales del Ministerio del Trabajo y la inspección ocular.

Dice el recurrente.

"Los errores de hecho consistieron en:

"1º Considerar que a la terminación del contrato era discutible el derecho a las primas de antigüedad y navidad y que esas prestaciones constituían para el trabajador en ese momento 'una simple expectativa más o menos probable'.

"2º Dar por demostrado, sin estarlo, que hubo 'discusión y controversia' entre las partes, respecto a la obligación de pagar las primas de navidad y antigüedad, que las hizo recurrir a la vía judicial para su reconocimiento.

"3º Juzgar demostrada en este caso la buena fe del patrono, con una argumentación que pudo ser pertinente en el juicio de Víctor Hugo Pino, pero que no procede en éste, donde se ventila un asunto totalmente diferente.

"4º Estimar que hay buena fe en cuanto a la mora en el pago de las primas de antigüedad y navidad, porque 'la empresa consideró que no estaba obligada al pago por mora, puesto que la cesantía como prestación cierta y definida debía cubrirla la Caja de Previsión Social y porque de acuerdo con el concepto rendido por la División de Asuntos Individuales del Ministerio del Trabajo, no le incumbía pagar salarios caídos por no existir norma especial para los trabajadores oficiales'.

"5º No dar por demostrado, estándolo, que la entidad demandada obró con morosidad culpable en el pago de las primas de antigüedad y navidad".

El recurrente después de transcribir algunos párrafos de la sentencia de segunda instancia, advierte que el *ad quem* alude a la inspección ocular, de la cual resulta claro que no hubo discusión sobre el derecho del trabajador al pago de las primas de navidad y de antigüedad, sino solamente que su pago fue tardío; que en el juicio no se persigue el pago de ellas sino el de la indemnización moratoria; que el Tribunal incurrió en error ostensible al considerar que a la terminación del contrato era discutible el derecho a las primas y que entre las partes hubo controversia.

Continúa el recurrente aseverando que la demandada afirmó, para justificar su conducta, que carecía de recursos económicos, pero que tal motivo no ha sido admitido como eximente de la responsabilidad por mora.

El impugnador afirma que es error de hecho el usar para la definición de este caso la misma argumentación que se usó en otro en donde la indemnización moratoria se pedía por la falta de indemnización por despido y no por el tardío pago de unas primas.

Finalmente el acusador advierte que el sentenciador incurrió en error de hecho al admitir que constituye buena fe el que la empresa hubiera considerado que no estaba obligada a indemnizar la mora porque la cesantía debía cubrirla la Caja de Previsión Social y porque de acuerdo al concepto de la División de Asuntos Individuales del Ministerio del Trabajo, no le incumbía el pago de la indemnización por tratarse de trabajadores oficiales. Y arguye que si en la prestación de cesantía no hubo mora sancionable, sí la hubo en el no pago oportuno de las primas, y que atender el concepto del Ministerio, sería en este caso, admitir la ignorancia de la ley.

El opositor después de reproducir con algunos comentarios la acusación, sostiene las razones alegadas en el juicio con relación a la falta de obligación sobre el pago de trabajo extraordinario y sobre el reajuste de salario, como también sobre la indemnización por despido. Deduce el replicante que no existe diferencia irreconciliable entre este proceso y el de Víctor Hugo Pino Mena, porque en ambos se discutió la indemnización por despido y lo relativo a la mora por

esa falta de pago; concluye que el sentenciador no consideró que se hubieran discutido las primas de navidad y de antigüedad, alegó que no puede haber morosidad sancionable por primas extralegales, que la crisis financiera de la entidad justifica la tardanza en el pago, que ha de admitirse la buena fe de la empresa que se cree exonerada de mora por la solución de un deber que corresponde a otra entidad, como también por razón de un concepto del Ministerio del Trabajo; que no puede condenarse a dos indemnizaciones por una misma falta; que lo previsto en el artículo 1º del Decreto 797 de 1949 solamente puede darse en el caso de que el trabajador se presente a laborar después del vencimiento de los 90 días, y que no se cometieron los errores señalados por el acusador.

Se observa.

Aunque la falta de aplicación de una norma es motivo de casación civil consagrado dentro de la primera de las causales establecidas por el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, esa reglamentación no se aplica a la casación laboral, por tener ésta su normación propia en el Código Procesal Laboral, sin que exista vacío que autorice la aplicación de regla de carácter procesal civil.

Dentro de la casación laboral el fenómeno de falta de aplicación puede dar lugar a una acusación por infracción directa, cuando la violación proviene de ignorancia de la norma o de rebeldía contra ella, o puede dar lugar a una acusación por aplicación indebida en cuanto se haya dejado de aplicar la ley pertinente para dar cabida a otra que no lo es, bien sea directamente o bien en forma indirecta por errores evidentes de hecho o de derecho.

El impugnador señala como violación la falta de aplicación de determinadas normas pero ese defecto técnico no alcanzará a enervar la acusación, pues por los errores que presenta se ha de entender que quiere acusar una violación indirecta por aplicación indebida a través de errores de hecho.

Se considera.

El señalamiento de pruebas mal apreciadas debe ceñirse a lo dispuesto por el artículo 7º de la Ley 16 de 1969, en cuanto que solo es admisible el error de hecho por apreciación indebida o falta de apreciación de documento auténtico, confesión judicial o inspección ocular.

El acusador presenta la demanda inicial y su contestación como documentos mal apreciados, pero se ha dicho repetidamente que esas piezas solamente pueden ser señaladas como indebidamente apreciadas o dejadas de apreciar en cuanto contengan confesión, pues no son propiamente aquella prueba escrita, sin que en el presente caso hayan sido adecuadamente indicadas como confesiones.

Aun si se hubieran señalado como pruebas de confesión, solo la contestación podría tener algún elemento relativo a lo pretendido con el alcance de la impugnación, o sea a la mora en el pago de las primas de antigüedad y de vacaciones, pero la aceptación de que ellas "tuvieron un breve retraso mientras se hacía el reconocimiento y se arbitraban los recursos para ello", contenida en la contestación, no fue apreciada indebidamente por el sentenciador, que no absuelve por falta de mora, sino que la reconoce cuando dice que esa falta de pago oportuno fue comprobada en la propia diligencia de inspección ocular. Luego no hubo apreciación indebida de la demanda ni de la contestación.

Las Resoluciones 003 de 12 de enero y 090 de 31 de octubre de 1966, no pudieron ser mal apreciadas por el sentenciador, porque en ninguno de los folios del proceso aparecen los textos de las providencias mencionadas. El *ad quem* dice que el demandante fue despedido en virtud de la Resolución número 090 de 31 de octubre de 1966, lo cual aparece también del certificado de folios 24 a 28 y fue constatado en la inspección ocular. Respecto a la otra resolución, se encuentra mencionada en la sentencia del juicio de Víctor Hugo Pino Mena, por lo cual es imposible establecer si allí fue bien o mal estimada. De todas maneras, en este juicio no fueron indebidamente apreciadas las citadas resoluciones.

El impugnador señala como mal apreciados el concepto de la División de Asuntos Individuales del Ministerio del Trabajo, pero sin individualizarlo, como lo exige el artículo 90 del Código Procesal del Trabajo al señalar los requisitos de la demanda de casación laboral. Si el recurrente quiso indicar la fotocopia que aparece a los folios 17 y 18 del primer cuaderno, se tiene que dicho concepto se refiere a la aplicación del Decreto 2351 de 1965 a los trabajadores particulares y por excepción a los trabajadores oficiales, pero el *ad quem* no hizo referencia alguna a dicha materia, por lo que no incurrió en apreciación indebida de ese documento. Pero si el impugnador se refiere a la pieza que aparece a los folios 37 y 38 del cuaderno principal, se tiene que allí no se encuentra concepto alguno, sino una copia de una comunicación en que se reproduce una opinión, luego la autenticidad del documento no puede hacer relación al concepto mismo sino a la carta copiada. Además, sobre la

materia a que se refiere el concepto transcrito, no hizo el sentenciador apreciación alguna, sino que simplemente afirmó que la demandada por el conocimiento que tuvo de él, llegó a pensar que no debía indemnización moratoria, lo cual es apenas una deducción sobre la conducta pero de ninguna manera apreciación errada del concepto.

Al admitir el *ad quem* que las primas por antigüedad y por navidad habían sido pagadas tardíamente, apreció correctamente la inspección ocular, ya que allí se indicaron fechas de pagos que conducen lógicamente a esa conclusión, por lo cual no hubo la indebida apreciación que el acusador señala.

El primer error de hecho destacado en la demanda de casación consiste en que el fallador consideró que a la terminación del contrato era discutible el derecho a las primas de antigüedad y navidad, y que estas prestaciones constituían para el trabajador en ese momento, una expectativa más o menos probable. Pero el *ad quem* no afirmó tal hecho, ya que al referirse a las primas dijo que habían sido pagadas tardíamente, y la expresión tomada por el atacante se refiere a la transcripción hecha de otra sentencia y con referencia precisa a indemnizaciones y entre ellas a la correspondiente al despido injusto. Por lo tanto no aparece el error indicado como primero.

En cuanto al segundo de los errores marcados por el acusador, ocurre lo mismo que con el anterior, pues la sentencia impugnada no contiene la afirmación de que las primas de antigüedad y de navidad fueron discutidas o controvertidas, ni que para ello se recurrió a la vía judicial, ya que tales expresiones se refieren a las indemnizaciones en la transcripción hecha en el fallo.

El tercer error atribuido a la sentencia es el de "juzgar demostrada en este caso la buena fe del patrono, con una argumentación que pudo ser pertinente en el juicio de Víctor Hugo Pino, pero que no procede en éste, donde se ventila un asunto totalmente diferente". La sentencia de segunda instancia condenó al pago de indemnización por despido, luego era pertinente que diese razones para exonerar de la mora por la falta de pago de dicha indemnización, y no es error haber transcrito el criterio que sobre el particular tenía el *ad quem*. Por otra parte, el fundamento para absolver por el no pago oportuno de las primas, no puede hallarse en la argumentación sobre la indemnización por despido, que se transcribe de otro juicio, sino en el párrafo propio de esa sentencia sobre el asunto indicado. No hay por este aspecto error evidente de hecho.

El cuarto error se refiere a que la buena fe se hizo consistir en la consideración de la demandada sobre la obligación de la Caja de pagar cesantía y sobre la no obligación de la misma demandada respecto al pago de la indemnización moratoria por razón del concepto del Ministerio del Trabajo. En cuanto al primer aspecto la demandada tiene razón, pues el deber de pagar cesantía al demandante corresponde a la Caja Nacional de Previsión. Por lo que hace a lo segundo, el sentenciador estimó que la demandada no obró de mala fe porque consideró que no estaba obligada en razón de un concepto del Ministerio del Trabajo. Ese concepto pudo ser acertado o equivocado, mas el fallador no entró a analizarlo. El hecho contemplado en el fallo es el de que se estimó ese concepto para adoptar una conducta, y ello es así puesto que la demandada alegó en tal sentido y presentó la carta que de la Contraloría General de la República le enviaron con transcripción del concepto, lo cual es razón atendible suficiente para que se abstuviera de pagar oportunamente, ya que quien controlaba el pago le estaba prácticamente ordenando que podía retrasarse sin incurrir en sanción moratoria. No aparece el error de hecho indicado.

Como quinto error se dijo: "No dar por demostrado, estándolo, que la entidad demandada obró con morosidad culpable en el pago de las primas de antigüedad y navidad".

Este concepto es precisamente el que el recurrente ha debido demostrar a través de errores evidentes de hecho, pero no constituye en sí mismo un error de hecho, es simplemente la conclusión a que pretende que se haya llegado, sin que se hayan demostrado los otros errores propuestos.

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 veintiuno de octubre de mil novecientos setenta y uno, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el juicio de Libardo Carmona Gómez, contra el Instituto de Aprovechamiento de Aguas y Fomento Eléctrico, Canalización y Reembolso del Río Medellín.

Costas a cargo del recurrente.

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.

RECURSO DE HECHO

Aunque el artículo 310, Código de Procedimiento Civil denomina auto la providencia en que se corrija un error aritmético es incuestionable que ella decide el asunto principal, fijándolo además en su contenido exacto, por lo que tiene la fuerza jurídica de la resolución corregida y forma parte de ella.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., veintisiete de junio de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Juan Benavides Patrón).

Sección primera. - Acta número 25.

Ante el Juzgado Primero Laboral de Pereira, Augusto Maya Trujillo demandó a Agustín Maya Campuzano para que fuera condenado a pagarle los salarios que se causaron a su favor por los servicios que le prestó desde el 1º de enero de 1967 hasta el 15 de febrero de 1969, con base en una asignación mensual a fijar pericialmente: la cesantía, las primas de servicio y las vacaciones correspondientes a ese tiempo; sesenta días de salario como indemnización por despido injusto y la indemnización por el no pago oportuno de esos derechos, pretensiones a las cuales se opuso el demandado negando la existencia del contrato de trabajo y excepcionando, además, pago, compensación y prescripción, y formulando contra-demanda por valores no recibidos de algunas ventas de ganados, en cantidad de $ 39.865.11, reconvención a la cual se opuso, a su vez, el primer demandante.

En sentencia de 29 de noviembre de 1971 el Juzgado del conocimiento condenó al demandado Maya Campuzano a pagar al demandante Maya Trujillo $ 23.741.65 por varios de los conceptos de la litis; absolvió de otros cargos, y al reconvenido, de las peticiones de la contra-demanda.

Por apelación de los litigantes subió el negocio al Tribunal de Pereira, entidad que en fallo del 17 de febrero de 1972, y sobre las bases de un contrato de trabajo que duró dos años y una remuneración de $ 2.000 mensuales resolvió:

"...*Revoca* la sentencia proferida por el señor Juez de instancia el veintinueve (29) de noviembre de mil novecientos setenta y uno (1971) en el presente juicio, y en su lugar *resuelve:*

"1º Se declaran no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada, excepto la de compensación que se declara probada por la suma de un mil trescientos pesos ($ 1.300).

"2º Se condena al demandado Agustín Maya Campuzano, mayor de edad y vecino de Pereira a pagar al demandante Augusto Maya Trujillo, también mayor de edad y del mismo vecindario, tres días después de la ejecutoria de la presente providencia, la suma de treinta y tres mil setecientos cincuenta pesos ($ 33.750), por los siguientes conceptos:

"a) por concepto de salarios	$	24.000
"b) Por concepto de cesantía		4.000
"c) Por concepto de primas de servicio		3.720
"d) Por concepto de vacaciones		2.000
"Suman los valores de la condena ..	$	37.750 (sic)

"*Compensación.* De la suma antes expresada se deducirá la suma de un mil trescientos pesos ($ 1.300) que se reconocieron en favor del demandado al declarar probada la excepción de compensación.

"3º Se absuelve al demandado Agustín Maya Campuzano de los demás cargos que le fueron formulados en la demanda instaurada por el señor Augusto Maya Trujillo.

"4º No se hace condenación en costas respecto de la demanda principal.

"5º Se absuelve al señor Augusto Maya Trujillo de los cargos que le fueron formulados en

la demanda de reconvención por el señor Agustín Maya Campuzano.

"6º Se condena al señor Agustín Maya Campuzano a pagar en favor del señor Augusto Maya Trujillo el valor de las costas causadas con la demanda de reconvención.

"7º Se condena en costas a la parte demandada en esta segunda instancia".

El 1º de marzo de 1972 (Pág. 34 del expediente), el Tribunal declaró ejecutoriada la sentencia anterior, por no haberse interpuesto contra ella ningún recurso; mas devuelto el negocio al *a quo*, el apoderado de Augusto Maya Trujillo solicitó que regresara al Tribunal, para que, conforme al artículo 310 del Código de Procedimiento Civil, corrigiera un error aritmético consistente en haber liquidado el valor de dos años de salario en $ 24.000, cuando la base mensual fue de $ 2.000.

Esta petición fue tramitada y el Tribunal, en providencia de 20 de abril de 1972 resolvió:

"Se corrige el error aritmético contenido en la sentencia de febrero 17 de 1972, proferida por este Despacho en el presente juicio ordinario laboral de Augusto Maya Trujillo contra Agustín Maya Campuzano, en el sentido de que la condena por concepto de salarios, a que se refiere la letra a) del numeral 2º de la parte resolutiva de dicha providencia, es por valor de cuarenta y ocho mil pesos ($ 48.000). Como consecuencia, la condena total asciende a la suma de cincuenta y siete mil setecientos cincuenta pesos ($ 57.750) moneda legal.

"Notifíquese personalmente al señor Agustín Maya Campuzano, en cumplimiento del inciso segundo del artículo 310 del Código de Procedimiento Civil".

La Resolución judicial anterior se notificó personalmente a Agustín Maya Campuzano el 21 de abril de 1972 y por estado, además, a las partes (Pág. 40) al día siguiente. El 4 de mayo el apoderado de aquél reasumió el poder que le había sido otorgado e interpuso el recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia, remedio que le fue negado por extemporáneo, en razón de que, si bien el artículo 310 del Código de Procedimiento Civil permite que el error puramente aritmético sea corregido en cualquier tiempo por el mismo Juez que lo cometió, tal corrección se hace mediante auto que es susceptible de los mismos recursos de que las partes disponían contra la providencia corregida, pero la norma no autoriza el goce de los mismos términos para ese efecto, por lo que deben proponerse dentro de la ejecutoria del auto que contiene la corrección, la cual es de tres días. Y en el presente asunto no lo hizo así el señor Maya Campuzano, con omisión que no se explica puesto que fue notificado personalmente tanto del auto que dispuso el envío del negocio del Juzgado al Tribunal, como de la providencia que hizo la corrección.

De este auto pidió reposición el apoderado de Maya Campuzano y en subsidio las copias para el recurso de queja y el Tribunal no accedió a aquélla, adicionando sus razones con exégesis de los artículos 369 y 311 del Código de Procedimiento Civil, las cuales se considerarán adelante lo mismo que las primeras, y ordenó la expedición de las copias para el recurso subsidiario, que le fueron entregadas al interesado el 31 de mayo de 1972.

En oportunidad legal se ha sustentado este último recurso, denominándosele de queja seguramente porque así lo hace el nuevo Código de Procedimiento Civil, pero que la Sala continuará llamándolo de hecho, como lo ha explicado en casos anteriores, porque así lo registra el Código Procesal del Trabajo, en precepto que no ha sido derogado y que impera por su especialidad, aunque cubriéndose los vacíos o los pasos procesales a que remite el dicho estatuto por las normas del civil, conforme al artículo 145 del Código Procesal del Trabajo, y sin que el cambio de denominación ni la que emplea el recurrente descalifiquen su estimación, cumplidas como están las regulaciones pertinentes de ley.

Para resolver se considera:

Las razones del Tribunal, para estimar extemporáneo el recurso de casación en este asunto, se concretan en que la providencia en que se corrige el error aritmético es un auto, a voces del artículo 310 del Código de Procedimiento Civil; este precepto deja a salvo los mismos recursos que procedían contra la corregida pero no autoriza el goce de los términos establecidos para ellos, por lo que debe entenderse que deben proponerse, en su caso, dentro de la ejecutoria del auto que contiene la corrección. Además, el artículo 369 del Código de Procedimiento Civil que señala diez días para interponer el recurso de casación civil advierte que cuando se haya pedido adición, corrección o aclaración de la sentencia, el término se contará a partir de la notificación de la providencia complementaria, expresión esta última que se refiere a las sentencias complementarias del artículo 311 del dicho Código, por medio de las cuales se aclaran, corrigen o adicionan las sentencias en que se omite la resolución de cualquiera de los extremos de la litis o se guarda silencio sobre costas o sobre

perjuicios en razón de temeridad o mala fe, porque estas adiciones deben hacerse dentro del término de la ejecutoria respectiva, pero no comprende las providencias del artículo 310, que son corregibles en cualquier tiempo, exégesis que se conforma con el principio de la eventualidad o preclusión y con la expresión de ley que denomina a las providencias del dicho artículo 310 autos y no sentencias, como sí lo hace con las del 311.

No comparte la Sala los entendimientos anteriores, pues aunque el artículo 310 del Código de Procedimiento Civil denomina auto la providencia en que se corrija un error aritmético es incuestionable que ella decide el asunto principal, fijándolo además en su contenido exacto, por lo que tiene la fuerza jurídica de la resolución corregida y forma parte de ella. Este carácter le es tan reconocido por el precepto en cita que él advierte que tal "auto" es susceptible de los mismos recursos que procedían contra la providencia anterior, lo que significa que cuando ésta es una sentencia su corrección de error numérico, es "auto" susceptible del mismo recurso que proceda contra ella, esto es, en el sub judice, *del recurso de casación. El Tribunal entiende esto último, pero piensa que la ley no dispuso que "el goce del término para formularlo" no es el establecido respecto de sentencia sino el que corresponde a la ejecutoria del auto, así denominado. Sin embargo, esta exégesis, ceñida a una denominación que no refleja la condición jurídica de la providencia correctora, olvida, además, que la referencia legal a la susceptibilidad de un recurso lo comprende en todos sus aspectos pertinentes, por lo que encontrándose él reglado en punto también a su interposición, ha de concluirse que su oportunidad es la instituida para el recurso mismo y no para ningún otro, de contenido y finalidad diferentes. En laboral, concretamente y con anotación que obedece a términos procesales distintos en los estatutos respectivos, de quince días a partir de la notificación de la sentencia de segunda instancia y solo de tres en el recurso* per saltum.

La interpretación de la Sala encuentra asi mismo respaldo, al resolver sobre puntos que carecen de disposición especial en el Código Procesal del Trabajo, en el artículo 369 del Código de Procedimiento Civil que claramente establece que "cuando se haya pedido adición, corrección o aclaración de la sentencia, el término (para interponer el recurso de casación), se contará a partir de la notificación de la providencia complementaria". *(El paréntesis y lo subrayado son de la Sala). El legislador expresa aquí, con toda propiedad, que lo resuelto al adicionar, corregir o aclarar una sentencia tiene su misma fuerza y efectos, precisándola como providencia complementaria, contándose a partir de su notificación el término para interponer el remedio procesal extraordinario, esto es, que forma parte de la resolución judicial primera, que es ella misma complementada y que su contenido, en esta última forma, será la materia del recurso.*

El Tribunal ciertamente examinó esta norma, pero la restringió a la sentencia a que se refiere el artículo 311 del Código de Procedimiento Civil, excluyendo expresamente al auto que corrige el error numérico, en razón de la denominación legal que emplea para éste y de su procedencia en cualquier tiempo mientras que aquella solo puede producirse, de oficio o a solicitud de parte, dentro del término de su ejecutoria. Empero, está visto que la dicha denominación legal de "auto" no desvirtúa su fuerza y sus efectos ni su incorporación jurídica a la providencia anterior. Además, las regulaciones diferentes del Código para producir correcciones y adiciones de sentencias —y habría que agregar las aclaraciones del artículo 309, que no mencionó el Tribunal— no tienen alcance modificador del carácter de las providencias que las produzcan, como claramente emerge del precepto 369 del Código de Procedimiento Civil que se ha destacado, y que se refiere a todas ellas —y no a la sola que indica el Tribunal— como providencias complementarias.

Denota todo lo anterior que erró el Tribunal al rechazar por extemporáneo el recurso de casación sobre que versa el presente de hecho, por entender que debió serle interpuesto dentro de los tres días siguientes a la notificación de la providencia que corrigió el error aritmético. Y apareciendo del expediente que lo fue dentro del plazo de 15 días que la ley establece para el del orden laboral, debió concedérsele, cumplidos como están los demás requisitos sobre naturaleza del juicio, carácter de la providencia, condición de parte legítima asistida de interés, y así se dispondrá, acogiéndose, como se ha hecho, las razones con que fue sustentado el presente recurso.

No es superfluo agregar que la resolución de la litis, fechada el 17 de febrero de 1972 condenatoria en valor total de $ 33.750 menos lo que ordenó deducir, por compensación, en cantidad de $ 1.300, solo fue susceptible del recurso de casación, desde el punto de vista del factor interés, con la providencia que corrigió el error aritmético del ad quem *fijando sus valores en $ 57.750, con deducción de aquellos $ 1.300.*

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, declara *mal denegado* el recurso de casación que interpuso, por medio de apoderado, Agustín Maya Campuzano contra la sentencia que dictó el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira el 17 de febrero de 1972, con su corrección del 20 de abril del mismo año, en el ordinario de trabajo seguido por Augusto Maya Trujillo contra el recurrente, y ordena al *ad quem* enviar a la Corte el expediente respectivo, en concesión del recurso mencionado y por prosperidad del presente de hecho.

Cópiese, notifíquese y comuníquese en legal forma insértese en la *Gaceta Judicial*.

Juan Benavides Patrón, Alejandro Córdoba Medina, Jorge Gaviria Salazar.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PRUEBA PERICIAL.—INSPECCION OCULAR

Cuando a la constancia dejada por el perito de que el demandado no puso a su disposición los libros y comprobantes con base en los cuales iba a rendir su dictamen, es de observar que la prueba pericial fue decretada con posterioridad a la inspección ocular, y que respecto a ésta, como lo anota el recurrente, no es procedente la declaratoria de confeso cuando se impide la labor del perito por una de las partes.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., junio veintiocho de mil novecientos setenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor José Eduardo Gnecco C.).

Sección segunda. - Acta número 23.

Jesús María Guerrero Rocha, por medio de apoderado, demandó a Luis M. Sarmiento, gerente propietario de la firma que lleva su nombre, para que mediante los trámites de un juicio ordinario de mayor cuantía se le condenara a pagar: reajuste de cesantía de acuerdo con todo el tiempo trabajado en la empresa y con un sueldo básico de $ 2.554, o más; reajuste de la liquidación por sueldos en un promedio de $ 2.554, o más; reajuste del sueldo básico que de $ 300.00 fue rebajado a $ 250.00, desde el mes de julio de 1964, hasta su retiro de la empresa; reajuste de las comisiones del 4% y del 2% que desde el mes de julio de 1965 le fueron rebajadas al 3¼% y del 2% al 1½%; reajuste de los dominicales y festivos; reajuste de los porcentajes sobre ventas que en épocas de promoción se le rebajaron del 4% al 2%; salarios correspondientes a los dominicales y festivos trabajados en los meses de diciembre; reajuste de las primas, vacaciones y demás prestaciones, y "salarios caídos si fuere el caso".

Según los hechos de la demanda Jesús María Guerrero Rocha ingresó como empleado a la empresa de Luis M. Sarmiento el 13 de mayo de 1963, habiendo sido obligado a presentar renuncia de su cargo el 15 de mayo de 1965, mediante promesas falsas y engañosas de que dicho acto en nada lo perjudicaría para un futuro, pues seguirían ocupándolo en la empresa con la condición de que durante dos meses a partir de su renuncia recibiría directamente de Luis M. Sarmiento sus sueldos del cargo superior a donde sería trasladado, sin figurar en nómina de la empresa; el cinco de julio del mismo año firmó un nuevo contrato para el cargo que venía desempeñando sin figurar en nómina. El sueldo que devengaba el demandante era de $ 300.00 mensuales, más las comisiones del 4% sobre ventas que pasaban de $ 500.00 y el 2% sobre las menores, sueldo y comisiones que no le fueron liquidadas debidamente cuando se retiró en forma definitiva de la empresa el 15 de mayo de 1968, pues el sueldo promedio sería de $ 2.554 o más, y la liquidación de prestaciones se hizo con base en un sueldo promedio de $ 2.054.05. Sin que mediara acuerdo entre las partes, el demandado rebajó el salario fijo de $ 300.00 mensuales a $ 250.00 mensuales, desde el mes de julio de mil novecientos sesenta y cuatro; también rebajó las comisiones del 4% al 3¼ y las del 2% al 1½, a partir del mes de julio de mil novecientos sesenta y cinco, así como las del 4% al 2% en las épocas de promoción. Los dominicales y festivos se le pagaron a $ 6.33, siendo así que de acuerdo con el sueldo promedio han debido pagársele a $ 83.33.

Como fundamentos de derecho adujo los artículos 198, 43, 55, 57, ordinal 4º, 172, 173, 176, 17, 14 y concordantes del Código Sustantivo del Trabajo.

El apoderado de Luis M. Sarmiento al contestar la demanda se opuso a las peticiones en ella contenidas; en cuanto a los hechos, manifestó que se atenía a lo que se probara; propuso, además las excepciones de prescripción, pago, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido.

Cumplido el trámite de la primera instancia el Juez de primer grado, que lo fue el Octavo Laboral de Bogotá, desató la litis mediante sentencia proferida el diez y siete de diciembre de mil novecientos setenta, por medio de la cual condenó a Luis M. Sarmiento a pagar a Jesús María Guerrero Rocha las siguientes sumas: tres mil veintinueve pesos con 18/100 ($ 3.029.18) por concepto de reajuste de cesantía; novecientos cincuenta y siete pesos con 18/100 ($ 957.18) por prima de servicios, y ochenta y cinco pesos con 13/100 ($ 85.13) diarios a partir del día 16 de mayo de 1968 y hasta cuando cancele el valor de las condenas anteriores; lo absolvió de las demás peticiones de la demanda e hizo de su cargo el 40% de las costas.

Apeló el apoderado de la parte demandada. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en su Sala Laboral, decidió la alzada en sentencia de trece de noviembre de mil novecientos setenta y uno en la cual modificó el fallo de primer grado, en lo relativo a excepciones, en el sentido de declarar probado la de pago parcial por la suma de ocho mil trescientos cincuenta y siete pesos con 40/100 ($ 8.357.40); lo confirmó en todo lo demás y condenó al apelante en las costas de la segunda instancia. La parte demandada interpuso el recurso extraordinario de casación, el cual le fue concedido por el Tribunal Superior. Admitido por esta Sala y habiéndose tramitado legalmente, se decidirá previo el estudio de la respectiva demanda y la réplica del opositor.

Este último pide que se desestime el recurso de casación, "teniendo como base el hecho de que se trastrocaron las bases para el examen ya que el planteamiento de la litis se había verificado entre Jesús María Guerrero Rocha como demandante y Luis M. Sarmiento como demandado. Es el caso que el señor apoderado de la parte demandada en su calidad de apoderado sustituto referenció el juicio como ordinario de Jesús María Guerrero Correa y no de Jesús María Guerrero Rocha contra Luis M. Sarmiento. De la sola enunciación de los nombres se deduce que los demandantes Guerrero Rocha y Guerrero Correa son dos personas completamente diferentes, por lo cual cambió el planteamiento de la litis lo que conlleva la desestimación del recurso impetrado por el doctor Manotas Manotas".

Ahora bien: cierto es que al iniciar su demanda extraordinaria el apoderado de la parte demandada escribió: "Ref: Juicio ordinario de Jesús María Guerrero Correa contra Luis M. Sarmiento". Sin embargo, al señalar las partes y el objeto de su demanda, dijo: "De la manera más atenta comparezco ante esa alta Corporación para sustentar, por medio de la presente demanda, el recurso de casación interpuesto por el apoderado del señor Luis M. Sarmiento contra el fallo pronunciado por el honorable Tribunal Superior de Bogotá (Sala Laboral) el día 13 de noviembre de 1971 en el juicio promovido por el señor Jesús María Guerrero Rocha, a fin de obtener la casación parcial del fallo en relación con las siguientes cuestiones...". De manera que si incidentalmente se equivocó al designar el segundo apellido del demandante, posteriormente lo señala correctamente. Para la Sala, en consecuencia, no existe duda alguna de que la demanda para sustentar el recurso de casación se refiere clara y expresamente al que se estudia.

Alcance de la impugnación.

Aspira el recurrente "obtener la casación parcial del fallo en relación con las siguientes cuestiones y en la forma que a continuación indico: A) *Cesantía.* Que se case el fallo del Tribunal en el sentido de condenar a la parte demandada a pagar solamente la suma de ochocientos pesos con veintitrés centavos ($ 800.23) moneda legal. B) *Prima de servicios.* Que se case el fallo absolviendo a la demandada por este concepto. C) *Indemnización moratoria.* Que se absuelva a la demandada por este concepto".

Aun cuando el impugnador no dice cuál es la decisión que debe tomar la Corte respecto al fallo de primer grado, entiende la Sala que se pide su revocatoria en cuanto profirió condenas contra la parte demandada, y en su lugar, se hagan las peticiones contenidas en el alcance de la impugnación. A esta conclusión llega la Sala por ser confirmatorio el fallo de segunda instancia en lo esencial del de primer grado.

Con base en la causal primera de casación formula el siguiente cargo.

"*Primer y único cargo.* Acuso la sentencia del Tribunal por violación indirecta de las siguientes disposiciones legales: artículos 65, 132 y 306, letra a), del Código Sustantivo del Trabajo, y artículos 17, inciso 1º, del Decreto 2351 de 1965 y 8º, inciso 1º, del Decreto 1373 de 1966, violación causada por apreciación errónea y falta de apreciación de unas pruebas, lo que hizo incurrir al Tribunal en *errores de hecho* que aparecen de manifiesto en los autos. El Tribunal llegó a la apreciación errónea de unas pruebas por violación directa de las siguientes normas de procedimiento: artículos 194 y 195 del nuevo Código de Procedimiento Civil y artículos 20 y 56 del Código Procesal del Trabajo. La falta de

apreciación, en cambio, no la hizo a través de la violación de normas procedimentales".

Como pruebas erróneamente apreciadas señala el acta administrativa número 53 de fecha 12 de junio de 1968, levantada ante la Inspección 3ª de la Regional del Trabajo de Cundinamarca, y la renuencia a la práctica de la inspección ocular, asimilada a una declaratoria de confeso; como prueba no apreciada indica el documento visible al folio 14 del expediente, que contiene un recibo de pago de prestaciones sociales a favor de Jesús María Guerrero Rocha.

Al referirse al acta de conciliación dice el recurrente que las manifestaciones hechas allí por el representante del patrón no prueban el tiempo de servicio ni el salario devengado, y que ellas no pueden considerarse como una confesión extrajudicial, a pesar de lo cual el *ad quem* incurrió en el error de hecho de haber dado por demostrado, con base en la errónea apreciación de esta prueba, que el salario promedio mensual devengado por el trabajador demandante fue de $ 2.554.

Respecto a la declaratoria de confeso del demandado por renuencia a que se practicara una inspección ocular, expresa el casacionista:

"A) En ningún momento la persona demandada se opuso a la práctica de la inspección ocular; tampoco quiso con su conducta impedir, o para emplear los términos legales, no facilitar esta prueba. Martínez, el representante del demandado, se limitó a decir que los documentos que se buscaban estaban en poder del apoderado del demandado, doctor Carlos Castañeda. El mismo Juzgado durante la práctica de la diligencia comprobó que la persona indicada por Martínez era el apoderado del demandado. B) El doctor Carlos Castañeda indicó, con toda precisión, en la audiencia del folio 37, cuáles eran los documentos que tenía en su poder el demandado, y que él, es decir, Castañeda, había acompañado a la contestación de la demanda. Tales documentos son: 1. Un recibo por la suma de $ 6.707.25 que contiene la diligencia de liquidación de prestaciones sociales del actor (folio 14); 2. La carta de renuncia del demandante de fecha 7 de mayo de 1968 (folio 13); 3. Una copia del Acta número 53 de la Inspección 3ª del Trabajo, que el demandante ya había presentado con la demanda; y 4. Un memorial de fecha 3 de junio de 1968, dirigido al señor Juez Primero Laboral del Circuito en donde se anuncia una consignación, a favor del demandante, por la suma de $ 1.650.15 (véase la copia al folio 32 del expediente). En la hoja de vida del actor, dijo el doctor Castañeda, no aparecen más documentos por no haberse producido. C) Porque las exigencias de documentos al demandado se le hicieron después de practicada la inspección ocular el día 27 de enero de 1970 (folio 35). En otras palabras, tales exigencias fueron hechas cuando ya la inspección ocular se había practicado. D) Frente a la insistencia del apoderado del actor para que se practicara la inspección ocular, a fin de examinar, según él, determinados documentos, la explicación dada por el doctor Castañeda, apoderado del demandado de que tales documentos no existían, de que los que se hallaron estaban agregados a los autos, no puede interpretarse como renuencia a la inspección ocular. E) Lo mismo puede decirse de la actitud del Juzgado. Ante el requerimiento de éste para que se practicara la inspección ocular, que, repito, ya se había practicado, el apoderado del demandado explica: 'EN LA EMPRESA NO EXISTEN MÁS DOCUMENTOS DE LOS QUE HE ENUNCIADO, CORRESPONDIENTES AL AÑO DE 1965, MES DE JULIO'. (Las mayúsculas son mías). Esto tampoco constituye renuencia. F) El Juzgado dejó constancias de la actitud del apoderado del demandado en audiencias en donde no se estaba practicando inspección ocular alguna, como demostrativas de conducta renuente. Esto, por lo mismo que se acaba de explicar, no es manifestación de renuencia, pues ésta solo ocurre durante la diligencia de inspección ocular. G) Las constancias que presentó el perito, señor Luciano Ramírez Gasca, visibles al folio 43 y en la cuarta audiencia de trámite del folio 44, tampoco constituye renuencia, pues ésta, como ya se dijo, no opera sino para la prueba de inspección ocular; en ningún caso, para la pericial. Vistas las anteriores consideraciones, la petición de declaratoria de renuencia, hecha por el apoderado del actor, sobre la base de los hechos comentados, carece de fundamento. Lo mismo puede decirse de la actitud del Tribunal al declararla. Para que haya renuencia a la inspección ocular se requiere: QUE NO SE LLEVE A EFECTO PORQUE LA PARTE QUE DEBE SOPORTARLA NO LA FACILITA. La declaratoria de renuencia, hecha por el Tribunal, en el pasaje transcrito de la sentencia acusada, violó directamente el artículo 56 del Código Procesal del Trabajo. Tal ocurrió porque la declaratoria de renuencia no se produjo ajustándose a los términos de esta disposición procedimental. Sin embargo, el Tribunal la dio por demostrada. Esta demostración de renuencia, hecha por el Tribunal sin ningún fundamento, dio por resultado que se acreditara en el proceso una prueba que no existía: la de un salario promedio mensual de $ 2.554".

En relación con el documento no apreciado, dice el impugnador: "Un análisis correcto del recibo nos lleva a las siguientes conclusiones: La liquidación de prestaciones sociales que contiene dicho recibo fue tachada u objetada por el demandante solo en cuanto a que no figuran dos años anteriores y a que fue coaccionado a renunciar. Cuando la inconformidad con la liquidación no se califica se entiende que ataca todo su contenido: la inconformidad es total. Esto es lo que ocurre frecuentemente. Pero cuando se explica el alcance de la inconformidad, calificándolo, hay que atenerse a él. En el caso de autos, el demandante solo expresó su inconformidad respecto a que no figuraban dos años anteriores, pero no la expresó en relación con el salario mensual promedio que aparece en la liquidación. De esto hay que colegir que el salario promedio mensual de $ 2.054.05, era, para él, correcto. Al no apreciar el Tribunal esta prueba omitió que el salario verdaderamente demostrado era éste de $ 2.054.05".

Se refiere luego el acusador a la incidencia del error de hecho en la violación de las normas sustanciales señaladas en la formulación del cargo, por haber tomado el *ad quem* un salario distinto al devengado para liquidar las prestaciones sociales. Cuanto a la violación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, argumenta así:

"El Tribunal para fulminar su condena a la indemnización moratoria partió de las siguientes bases: A) Dio por demostrado que el demandante tenía derecho, y el demandado debía pagar, un auxilio de cesantía que alcanzaba a la suma de $ 3.029.18, suma que llegó a deducir por los razonamientos que hizo en el fallo, que fueron objeto de ataque por violación indirecta de las disposiciones relativas al auxilio de cesantía, y que resumimos, así: El Tribunal liquidó con un salario mensual promedio de $ 2.554 y un tiempo de servicio de 4 años, 5 meses y 15 días, un auxilio de cesantía que ascendía a la suma de $ 11.386.58. Aceptó, además, que se había demostrado una excepción de pago parcial de $ 8.357.40. Por esto ordenó deducir esta última suma de la condena total, lo cual lo llevó al resultado de una condena por cesantía por la suma de $ 3.029.18. Todo esto, sin embargo, lo realizó el Tribunal, como lo hemos visto con marcado acento a lo largo de esta demanda, por dar por demostrado un salario que no fue el verdaderamente pactado entre las partes. Siguiendo la lógica del Tribunal, si el salario deducido por él de $ 2.554, hubiera sido el verdadero salario pactado, el saldo de la cesantía que liquidó de $ 3.029.18 habría sido el real saldo debido. El demandado, en este caso, estaría debiendo de la cesantía la suma de $ 3.029.18 y la condena por indemnización moratoria, con aplicación del artículo 65, se habría justificado. Pero, si el saldo a deber de cesantía no es por la cantidad de $ 3.029.18, sino por $ 800.23, partiendo de un salario de $ 2.054.05 y de un tiempo de servicio de 4 años, 5 meses, quince días, entonces la condena por indemnización moratoria no se justifica. No sobra insistir en que este saldo de cesantía resulta de liquidar el auxilio con un salario de $ 2.054.05 y el mismo tiempo de servicio aceptado en el fallo. Y de restar de él la suma de $ 8.357.40 que el Tribunal aceptó como excepción de pago parcial. El salario de $ 2.054.05 es el auténtico salario concertado por las partes, según se deduce del recibo del folio 14 del expediente, cosa que ya hemos demostrado abundantemente en esta demanda. Ahora bien, si la suma a deber al demandante por reajuste de cesantía fue de $ 9.157.63 y el pago que se le hizo fue de $ 8.357.40, es claro que este pago tuvo los efectos liberadores que la ley le otorga. La cesantía con este pago quedó satisfecha o casi totalmente satisfecha. El pago a que antes aludimos fue hecho en dos ocasiones y en dos partidas: una partida de $ 6.707.25 fue pagada el día 27 de mayo de 1968; y la otra de $ 1.650.15 fue consignada el 3 de junio de 1968, a doce días y un mes de haberse roto la relación laboral, y antes de que se instaurara el juicio. Lo anterior nos demuestra que el pago efectuado en estas condiciones fue hecho de buena fe, principalmente si se tiene en cuenta que el 3 de junio se le hizo el segundo pago, al través de una consignación para demostrar inequívocamente que esta suma, agregada a la primera, era la que el patrón consideraba deber. (Aclaro que el segundo pago se hizo a los 18 días y no al mes, como se dijo antes). De lo anterior se concluye que quedar debiendo de una cesantía de $ 9.157.68 únicamente $ 800.23 no revela mala fe; por el contrario, demuestra disposición de pagar. Nada enturbia esta buena fe el hecho de que Jorge Martínez admitiera en el Acta número 53 de que existía en los archivos de la empresa una carta de renuncia firmada por el trabajador en la cual consta que se retiró de la empresa el 15 de mayo de 1965 y también una liquidación de prestaciones sociales, pues de tenerse en cuenta esta confesión, solo habría afectado el tiempo de servicio, mas no el salario. Hemos visto a través del estudio del plenario que el tiempo de servicio, aunque no se hubiera tenido en cuenta la manifestación de Martínez,

fue acreditado debidamente. De tal suerte que la existencia de un contrato de trabajo anterior al 15 de mayo de 1965, de que habla Martínez, pudo establecerse por otros medios, sin que por el hecho de no haber confesado esta circunstancia en la contestación de la demanda, se le causaran mayores perjuicios al demandante; o pudiera tomarse esto, como una conducta reveladora de mala fe. Contemplando esta posibilidad fue precisamente que se le hizo al demandante el pago por consignación de la suma de $ 1.650.15. B) En cuanto a la mora en el pago de la prima de servicios, debemos afirmar que ésta no existió, por cuanto en el fallo no se podía fulminar una condena por este concepto. Ya se ha visto cómo en el problema de la prima faltó por demostrar el salario promedio del tiempo servido entre el 1º de enero y el 15 de mayo de 1965. En ningún momento se obtuvo este promedio, de tal suerte que la sentencia al aceptar el de $ 2.554 —por la comisión de errores de juicio— violó la norma sustantiva de la prima de servicios, o sea, el artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo. Podría argüirse que estando demostrado para el recurrente... el salario promedio mensual de $ 2.054.05 para la liquidación de las prestaciones sociales, debía, con base en este salario, deducir alguna suma por concepto de prima de servicios. El argumento es interesante; sin embargo, falla porque el salario antes nominado se calculó para el año que corre entre el 21 de marzo de 1967 y el 20 de marzo de 1968, según puede acreditarse con el documento del folio 14. O sea, que el promedio comprende un lapso de tiempo, en relación con la prima que se reclama, que va del 1º de enero de 1968 al 20 de marzo del mismo año; no se extiende al período comprendido entre el 21 de marzo y el 15 de mayo del referido año. Entonces, este promedio no puede aplicarse a liquidar una prima de servicios que comprende un período más amplio: del 1º de enero al 15 de mayo del citado año. En conclusión: Si la condena por prima de servicios no podía proferirse por las razones que se dejan anotadas, mucho menos podría proferirse una condena por mora en el pago de una prestación a la cual no podía condenarse".

El opositor, en un extenso escrito, analiza las pruebas que el casacionista considera erróneamente apreciadas, para sostener que el Tribunal las apreció correctamente, y que de éstas, así como las que señala como no apreciadas, no surge error de hecho alguno y en consecuencia no se produjo violación de las normas indicadas por el recurrente.

Se considera.

Según el Acta de Conciliación celebrada el 12 de junio de 1968 en la Inspección 3ª de la Regional del Trabajo de Cundinamarca, el trabajador manifestó así sus reclamos en relación con el salario devengado y la liquidación de prestaciones y el descanso dominical: "Ingresé a trabajar el 18 de mayo de 1963, hasta el 15 de mayo de 1968, en Almacenes Luis M. Sarmiento, como vendedor interno, devengando un sueldo de $ 300.00 básicos más las comisiones del 4 y 2%, discriminados así: En ventas que pasaban de $ 500.00 el 4% y en ventas menores de $ 500.00 el 2%. Reclamo: El 4% y en ventas menores de $ 500.00 el 2%. Reclamo: El reajuste de cesantía, de acuerdo con todo el tiempo trabajado en la empresa y con un sueldo promedio de $ 2.554 aproximadamente mensual... Solicito en igual forma el reajuste por concepto de salario básico que de la suma de $ 300.00 me fue rebajado a la suma de $ 250.00. En la misma forma solicito el reajuste de los porcentajes que me fueron bajados en las ventas del 4% al 3¼% y del 2% al 1½%, estos dos reajustes los solicito el 1º a partir de julio de 1964 y el 2º a partir de julio de 1965. Por otra parte reclamo los dominicales y festivos que solamente se me reconocieran a razón de $ 6.33 siendo que según el promedio deberían liquidárseme a razón de $ 83.33. También reclamo el reajuste correspondiente a los porcentajes a épocas de promoción que arbitrariamente se me rebajaban del 4 al 2% sobre el precio que en la promoción tenían los artículos que vendía".

Por su parte, quien compareció como representante de Almacenes Luis M. Sarmiento manifestó: "...No accedo a la solicitud del demandante por cuanto existe en los archivos de la empresa una carta de renuncia firmada por el trabajador en la cual consta que se retiró de la empresa el 15 de mayo de 1965 y también una liquidación de prestaciones sociales firmada también por el extrabajador. También existe la liquidación de prestaciones sociales firmada por el señor Guerrero y por el tiempo comprendido entre julio de 1965 y el 15 de mayo de 1968".

En el supuesto de que las manifestaciones hechas en una diligencia de conciliación puedan tomarse como confesión extrajudicial, en el caso en estudio no es posible considerar que lo expresado por el representante del demandado durante la conciliación celebrada con el extrabajador antes de iniciar el juicio equivalga a una aceptación de los hechos planteados por éste al

formular el reclamo. El demandado se limitó a dar las razones por las cuales no accedía a la solicitud del trabajador, sin que se refiriera al salario que éste afirmó había devengado al servicio de su expatrono. Mucho menos puede concluirse que por no haber objetado la cuantía del salario señalada por el extrabajador, la hubiese aceptado, como lo da a entender el *ad quem*. Para que exista confesión se requiere que la parte contra quien se pretenda hacer valer admita como cierto un hecho que la perjudica, y tal no sucede cuando guarda silencio ante una afirmación de la contraparte. De manera que apreció el Tribunal Superior el acta de conciliación a que se ha hecho referencia, al tener como factor salarial el estimado por el demandante por no haber sido objetado por el patrono.

Respecto a la declaratoria de confeso del demandado por haber sido renuente a la práctica de inspección ocular, el Juez del conocimiento tomó esta decisión confirmada por el *ad quem*, con fundamento en las siguientes consideraciones:

"En audiencia de 27 de enero de 1970, el señor Jorge Martínez, quien en nombre de Luis M. Sarmiento atendió al despacho en las dependencias de la oficina, manifestó: 'Que los documentos relacionados con el contrato de trabajo con el señor Guillermo Guerrero, las liquidaciones de prestaciones sociales fueron entregadas por Luis M. Sarmiento al doctor Carlos Castañeda, quien lo ha estado representando en este negocio y el doctor Castañeda en este momento no se encuentra en su oficina para enviarlos' (folio 35). En audiencia de 11 de marzo del mismo año, el doctor Carlos Castañeda, expuso: Respetuosamente manifiesto al Juzgado que la documentación referente a la hoja de vida del señor Jesús M. Guerrero se adjuntó a la contestación de la demanda. Esta documentación consistió en la renuncia del demandante, presentada a Luis M. Sarmiento y en el recibo en donde consta la liquidación y el pago de sus prestaciones sociales, vacaciones y primas. En este último recibo aparece claramente la fecha de entrada y salida del extrabajador, así como sueldo promedio. Asimismo, en la hoja de vida se encuentra el Acta número 53 que ya fue adjuntada por la parte demandante, así como un memorial de fecha 3 de julio de 1968, dirigido al señor Juez, Primero Laboral de Bogotá, en donde aparte de la suma de $ 6.707.25 que se pagaron al señor Guerrero, se le consigna la cantidad de $ 1.650.15, como reajuste de otros derechos que le pudieran corresponder al trabajador. En la hoja de vida no aparecen más documentos por no haberse producido. Creo que con lo anterior *es inocua la diligencia de inspección ocular* ya que nada agregaría al aservo probatorio que existe en las diligencias' (folio 37). Y en la misma audiencia más adelante, ante la insistencia del Despacho para que se pusieran a disposición los documentos relacionados con el actor, el representante judicial del demandado expresa: 'Respecto a las fechas de entrada y salida, ellas constan en el documento que figura a folio 13 del informativo, en el cual también aparece el sueldo promedio, el pago de sus últimas vacaciones y el pago de la prima correspondiente al segundo semestre de 1967. Asimismo la fecha de salida está respaldada por la carta de renuncia que el mismo demandante presentó a la empresa y que figura a folio 12 del expediente. En la empresa no existen más documentos de los que he enunciado, correspondientes al año de 1963 hasta el año de 1965, mes de julio' (folio 38. Subraya el Despacho). En audiencia de 20 de abril de 1970 insiste el apoderado del demandado, en los siguientes términos: 'Tal como lo manifesté en audiencia de fecha 11 de marzo del presente año, estimo que la diligencia de inspección ocular solicitada por la parte demandante, *nada aporta al aservo probatorio* de este juicio, pues, la firma que represento ha aportado los datos suficientes para establecer lo que pretende la contra-parte. Además en la audiencia pasada no compareció el señor apoderado de la parte actora, ni en esta tampoco se ha hecho presente. Por lo anterior respetuosamente solicito al Juzgado *se sirva cerrar el debate probatorio* y proceder a señalar fecha para el fallo correspondiente' (subraya el Despacho. Folio 40). Mediante memorial de folio 43, y la constancia dejada por el señor perito en audiencia cuya acta se lee a folio 44, se sigue otra negativa de la parte demandada para facilitar y proporcionar los medios a fin de practicarse la diligencia de inspección ocular. Frente a los hechos anteriores, concluye el Juzgado, que hubo manifiesta renuencia de la parte demandada para la práctica de la prueba en análisis. En efecto, se afirmó en principio que los documentos referentes al demandante los tenía el señor apoderado de Sarmiento, y luego el apoderado de éste, se niega a presentarlos argumentando, entre otras cosas, que estima 'inocua' la diligencia por cuanto todas las afirmaciones del demandante estaban probadas. Considera el Despacho que cuando menos, los documentos que sirvieron de base para efectuar la consignación en el Juzgado Primero del Trabajo y a que se refieren las copias de folios 32 y ss., debían reposar en los archivos del demandado. Según

el señor perito inicialmente se le ofreció la presentación de las declaraciones de renta y luego se dijo que no existían. De suma importancia lo expresado por el propio Sarmiento ante la Regional del Trabajo: 'Que no accedo a la solicitud del demandante, por cuanto existe en los archivos de la empresa una carta de renuncia firmada por el trabajador en la cual consta *que se retiró de la empresa el 15 de mayo de 1965 y también una liquidación de prestaciones sociales, firmada también por el extrabajador.* También existe la liquidación de prestaciones sociales firmada por el señor Guerrero y por el tiempo comprendido entre julio 15 de 1965 y el 15 de mayo de 1968' (folio 4. Subraya el Juzgado). Está confesado que el 15 de mayo de 1965 se efectuó una liquidación al actor; la cual 'existe en los archivos de la empresa'. ¿Por qué entonces no se presentó esa liquidación y los otros documentos relacionados con ese primer período, como se afirma?''.

Ahora bien: de las manifestaciones hechas por la persona que en las oficinas del demandado recibió al Juez y personal de la diligencia, y por el apoderado del demandado, no surge con claridad la renuencia de la parte demandada a que la inspección se practicara. El primero dijo que los documentos relacionados con el demandante se encontraban en manos del apoderado judicial, y éste expresó que tales documentos habían sido aportados al juicio y que en la empresa no existían otros. Ante la forma demasiado vaga y general como el Juez pidió al apoderado del demandante la presentación de los documentos relacionados con el actor, bien podía éste contestar de la manera en que lo hizo, sin que ello implicara renuencia. Otra cosa habría sucedido si se hubiesen determinado esos documentos de acuerdo con lo relacionado por el apoderado del demandante en la demanda, quien pidió se practicara la diligencia sobre ''los libros de contabilidad, facturas de ventas de las dos cajas: la número 1 y la número 2, lo mismo que a los archivos de personal y documentos relacionados con éstos'', pues el demandado estaba obligado a llevar libros de contabilidad de acuerdo con la ley, así como registrar ciertos datos en relación con sus trabajadores, como lo dispone el Código Sustantivo del Trabajo, además de que debía conservar los respectivos comprobantes de contabilidad. El argumento del *a quo* de que el demandado ha debido presentar los documentos que según su representante reposaban en los archivos de la empresa, es una consideración a posteriori, pues si sabía que existían, ha debido exigir concretamente su presentación.

Cuanto a la constancia dejada por el perito de que el demandado no puso a su disposición los libros y comprobantes con base en los cuales iba a rendir su dictamen, es de observar que la prueba pericial fue decretada con posterioridad a la inspección ocular, y que respecto a ésta, como lo anota el recurrente, no es procedente la declaratoria de confeso cuando se impide la labor del perito por una de las partes.

En consecuencia encuentra la Sala demostrado el error de hecho consistente en haber dado al Tribunal Superior por demostrado un salario promedio mensual de $ 2.554 con fundamento en el acta de conciliación y en una declaratoria de confeso por supuesta renuencia a la práctica de una inspección ocular, pruebas que fueron erróneamente apreciadas.

Cuanto el error de hecho de no haber dado el *ad quem* por demostrado que el salario promedio devengado por el trabajador demandante fue de $ 2.054.05, que el recurrente hace derivar de la falta de apreciación del documento contentivo de la liquidación de prestaciones, es de observar que ésta es una prueba proveniente del patrono, cuya valoración sólo puede hacerse a través de examen de todo el material probatorio, lo que hará la Sala cuando le corresponda tomar la decisión de instancia respectiva.

La demostración del error de hecho de tomar un salario que no estaba demostrado, incide en la violación del artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo, por cuanto para determinar el valor de la prima de servicios se tomó un salario que no correspondía, y en la del artículo 17 del Decreto 2351 de 1965 sobre liquidación del auxilio de cesantía, por las mismas razones. En este aspecto de la acusación el cargo prospera y se casará la sentencia recurrida en lo pertinente, sustituyéndola por la decisión de instancia que se tome de acuerdo con las consideraciones que más adelante se expondrán.

No sucede lo mismo en relación con el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, por cuanto el Tribunal Superior condenó a la indemnización moratoria que la norma contempla, por la simple mora en el pago de las prestaciones debidas, mora que subsiste, y de las pruebas que el impugnador señala como erróneamente apreciadas o inapreciadas, no surge con claridad y evidencia una justificación razonable para no haber cancelado oportunamente el monto de lo adeudado. Por este aspecto el cargo no prospera.

Consideraciones de instancia.

El demandante pidió en el libelo inicial el reajuste de cesantía de acuerdo con todo el

tiempo trabajado en la empresa y con un sueldo básico de $ 2.554. Tanto el Juez de primera instancia como el Tribunal dieron por demostrado un tiempo de servicios comprendido entre el 1º de diciembre de 1963 y el 15 de mayo de 1968, o sea un total de cuatro (4) años cinco (5) meses quince (15) días, aspecto no discutido en el recurso. Respecto al salario para liquidar esta prestación, no existe prueba distinta a la del documento que aparece a folio 14, originario de la empresa demandada y firmado por el demandante. Este será, en consecuencia, el que se tendrá en cuenta para liquidar el auxilio de cesantía, o sea la suma de $ 2.054.05. Haciendo las operaciones respectivas se obtiene un total de nueve mil ciento cincuenta y siete pesos con 65/100 ($ 9.157.65). Como el demandado pagó por este concepto la cantidad de cinco mil quinientos noventa y un pesos con 45/100 ($ 5.591.45) (folio 14) el reajuste del auxilio de cesantía asciende a la diferencia, o sea tres mil quinientos sesenta y seis pesos con 20/100 ($ 3.566.20). Sin embargo, el Juez de primer grado condenó al demandado a pagar por este concepto la cantidad de tres mil veintinueve pesos con 18/100 ($ 3.029.18), decisión confirmada por el Tribunal Superior. También se confirmará en sede de instancia la condena por ese valor para no incurrir en la reformatio in pejus en vista de la prosperidad parcial del fallo en casación.

Respecto a primas de servicios, el demandante pidió "los reajustes lógicos" de las mismas. Los falladores de instancia entendieron que se refería a la última acusada, que liquidaron con un salario de $ 2.554. Rectificando la operación con base en el salario de $ 2.054.05, que de acuerdo con el documento que obra a folio 14 corresponde al último promedio mensual, y no, como dice el recurrente, al del último año, se obtiene que por el tiempo trabajado en el primer semestre del año de 1966, o sea cuatro (4) meses quince (15) días, la prima correspondiente, de acuerdo con el ordinal a) del artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo, asciende a setecientos setenta pesos con 25/100 ($ 770.25) moneda legal. No habiendo acreditado el patrono pago alguno por esta prestación, se le condenará a satisfacer la totalidad de la suma, y en consecuencia se modificará lo pertinente del fallo de primer grado, en el cual se fijó por este concepto la cantidad de novecientos cincuenta y siete pesos con 75/100 ($ 957.75).

Observa la Sala que el Juez del conocimiento dedujo de las cantidades obtenidas como valor del auxilio de cesantía lo que el patrono demandado pagó directamente al trabajador por concepto de auxilio de cesantía, vacaciones, y saldo de prima de servicios correspondiente al segundo semestre de 1967 (folio 14), cuando en realidad lo único procedente era la deducción por el primer concepto, o sean $ 5.591.45. También dedujo el valor de lo consignado por el demandado posteriormente, operación correcta esta sí, aun cuando lo técnico hubiese sido imputar la suma consignada al pago parcial de las condenas, por no referirse concretamente a ninguna prestación. El Tribunal Superior, por su parte, resolvió declarar probada parcialmente la excepción de pago por $ 8.357.35 computando la cantidad global de $ 6.707.25 correspondiente a cesantía, vacaciones y saldo de la prima del segundo semestre, más la suma consignada por valor de $ 1.650.15 que era la única que correspondía a un pago parcial (Fls. 32, 33 y 34). Al confirmar las condenas del *a quo*, que se produjeron por el mayor valor sobre lo que se canceló y no por el total de las prestaciones, hizo en consecuencia una doble deducción. Mas esta situación anómala no podrá modificarse, porque de lo contrario se incurriría en la reformatio in pejus en vista de la prosperidad parcial del recurso extraordinario.

Cuanto a la indemnización moratoria, queda a cargo del patrono un saldo insoluto de tres mil setecientos noventa y nueve pesos con 43/100 ($ 3.799.43), menos un mil seiscientos cincuenta pesos con 15/100 ($ 1.650.15) que fue lo consignado y está comprendido en la excepción por pago parcial que declaró probada el *ad quem*, o sea un total de dos mil ciento cuarenta y nueve pesos con 38/100 ($ 2.149.38), cuya mora no justificó el demandado en el recurso extraordinario, ni durante el juicio, por lo cual es procedente la condena por la indemnización a que se refiere el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. Como el Juez de primer grado tomó un salario diario de ochenta y cinco pesos con 13/100 ($ 85.13), se modificará en este punto la condena para fijar uno de sesenta y ocho pesos con 46/100 ($ 68.46), que es el obtenido con base en el salario promedio.

En relación con las costas de la segunda instancia, el *ad quem* condenó al demandado a satisfacerlas, siendo así que él fue el único apelante y obtuvo la modificación del fallo de primer grado, lo que también ha logrado a través de la casación. En consecuencia no se impondrán costas por la segunda instancia. Las de primera, tasadas en un 40% a cargo del demandado, están correctamente impuestas. Por haber prosperado, no son procedentes en el recurso extraordinario.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *casa parcialmente* la sentencia recurrida dictada el trece de noviembre de mil novecientos setenta y uno por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en cuanto en su ordinal segundo confirma el fallo de primer grado, y en sede de instancia modifica este en su ordinal primero, el cual quedará así: Artículo 1º *Condénase* a Luis M. Sarmiento, en su condición de gerente propietario de la firma que lleva su nombre, a pagar a su extrabajador Jesús María Guerrero Rocha las siguientes cantidades de dinero:

a) Por concepto de reajuste del auxilio de cesantía, tres mil veintinueve pesos con 18/100 ($ 3.029.18); b) Por prima de servicios, setecientos setenta pesos con 25/100 ($ 770.25); c) Por concepto de indemnización moratoria, sesenta y ocho pesos con 46/100 ($ 68.46) moneda legal diarios a partir del día diez y seis de mayo de mil novecientos sesenta y ocho, hasta cuando cancele el valor de las condenas anteriores. *No se casa en lo demás.*

Sin costas en la segunda instancia y en el recurso de casación.

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

José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García B., José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

SENTENCIAS NO PUBLICADAS

SALA CIVIL

Responsabilidad civil extracontractual. La relación de causalidad entre daño y hecho debe demostrarse por peritos y no por testigos. Sentencia de 12 de enero de 1972. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario de Emma Hoyos de Bergonzoly y otro contra Luis Fernández Balbín y otro. Abogado Asistente: doctor Ricardo Uribe Holguín.

Pertenencia. Técnica de casación. Sentencia de 14 de enero de 1972. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Tunja, en el juicio ordinario promovido por Miguel A. Rodríguez y otros frente al Municipio de Tuta. Abogado Asistente: doctor Joaquín Moreno Pareja.

Reivindicación. Interpretación de la demanda. Sentencia de 17 de enero de 1972. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Valledupar, en el juicio ordinario de Luis José y Heriberto Reyes S. contra Armando Serrano. Magistrado ponente: doctor Ernesto Cediel Angel.

Exclusión de la lista de colaboradores de la justicia. Auto de 18 de enero de 1972. Confirma la Corte la proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio, interpuesta por Joaquín Serrano Serrano contra el auto de 21 de septiembre pasado. Magistrado ponente: doctor Humberto Murcia Ballén.

Sociedad de hecho. Error de hecho en la interpretación de la demanda. Sentencia de 21 de enero de 1972. Casa la proferida por el Tribunal Superior de Guateque, en el juicio ordinario promovido por Néstor Ramírez T. contra Rosendo Ramírez A. Abogado Asistente: doctor Joaquín Moreno Pareja.

Petición de herencia. Prueba trasladada. Las partidas del estado civil no prueban sino el hecho a que se refieren. Parientes naturales. Derecho de representación. Sentencia de 27 de enero de 1972. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por José G. Larrota Ramírez y otro contra el Distrito Especial de Bogotá. Magistrado ponente: doctor José María Esguerra Samper.

Conflicto de competencia. El auto que la decide no es susceptible de recursos. Auto de 29 de enero de 1972. No es admisible el recurso de reposición entre el Juzgado 27 Civil Municipal de Bogotá y el 6º Civil Municipal de Cartagena, para conocer del juicio ejecutivo promovido por Rodrigo Manotas Trujillo contra Leonidas Lara e Hijos. Abogado Asistente: doctor Hernán Salamanca Porras.

Revisión. Recurso excepcional, con causales determinadas y precisas, de interpretación restricta. Auto de 31 de enero de 1972. Proferido por el Tribunal Superior de Villavicencio, interpuesto el recurso por Silvestre Camacho Z. Magistrado ponente: doctor Aurelio Camacho Rueda.

Conflicto de competencia. Auto de 10 de febrero de 1972. Declara terminado el incidente de competencia provocado por el Juzgado 12 Civil del Circuito de Bogotá, y el 1º Civil del Circuito de Cartagena. Magistrado ponente: doctor Aurelio Camacho Rueda.

Conflicto de competencia. Auto de 10 de febrero de 1972. La Corte declara terminado el incidente de colisión suscitado entre el Juzgado 19 Civil del Circuito de Bogotá, y 1º Civil del Circuito de Cartagena, en el proceso ejecutivo seguido por Rodrigo Manotas Trujillo contra "Leonidas Lara e Hijos" y Mercantil del Caribe Ltda. (Caribesa). Magistrado ponente: doctor Aurelio Camacho Rueda.

Filiación natural. Autenticidad de documento privado. Sentencia de 10 de febrero de 1972. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Neiva, en el juicio ordinario promovido por

María Ignacia Cuevas Cabrera contra los herederos de Justiniano Monje. Magistrado ponente: doctor José María Esguerra Samper.

Conflicto de competencia. Acumulación. Auto de 10 de febrero de 1972. La Corte declara terminado, el incidente suscitado entre el Juez 1º Civil del Circuito de Cartagena y el 18 Civil del Circuito de Bogotá, en el proceso ejecutivo seguido por Héctor Hernández Ayazo. Magistrado ponente: doctor Germán Giraldo Zuluaga.

Colisión de competencia. Auto de 10 de febrero de 1972. La Corte declara terminado el incidente de colisión suscitado por el Juzgado 7º Civil del Circuito de Bogotá y el 1º Civil del Circuito de Cartagena, en el proceso ejecutivo seguido por Rafael Manjarrés O. y otra contra la sociedad de comercio "Leonidas Lara e Hijos". Magistrado ponente: doctor Alfonso Peláez Ocampo.

Colisión de competencia. Auto de 10 de febrero de 1972. La Corte declara terminado el incidente de colisión suscitado por el Juzgado 2º Civil de Bogotá y el 1º del Circuito de Cartagena, en el proceso ejecutivo de Toña de Hernández y otra contra la sociedad de comercio "Leonidas Lara e Hijos". Magistrado ponente: doctor Alfonso Peláez Ocampo.

Deslinde y amojonamiento. Sentencia de 14 de febrero de 1972. Casa la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el juicio ordinario de José Montoya Angel contra José Edgar Ramírez Castellanos. Abogado Asistente: doctor Ricardo Uribe Holguín.

Rifas y juegos permitidos. Lotería, contrato mixto de juego, adhesión y título al portador. Transmisión de título al portador. Sentencia de 18 de febrero de 1972. Casa la proferida por el Tribunal Superior de Armenia, en el juicio de Duván Rojas contra Javier Escobar Gutiérrez y otros y de José Manuel López Arias contra Javier Escobar Gutiérrez. Abogado Asistente: doctor Hernán Salamanca Porras.

Filiación natural. Acumulación de acciones, puede ser concurrente, alternativa, sucesiva y eventual o subordinada. Sentencia de 18 de febrero de 1972. Casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio de Sixto Céspedes y otra contra Rosalba Hernández y otros. Abogado Asistente: doctor Hernán Salamanca Porras.

Deslinde y amojonamiento. Los artículos 6º de la Ley 97 de 1946 y 673 del Código Civil no son normas sustanciales. Sentencia de 19 de febrero de 1972. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Vélez. Magistrado ponente: doctor Aurelio Camacho Rueda.

Mandato. Técnica de casación. Auto de 21 de febrero de 1972. Declara desierto el recurso, proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio de "Diesel Motor Cía. Ltda.", contra Banco Cafetero, casa principal de Bogotá. Magistrado ponente: doctor Germán Giraldo Zuluaga.

Filiación natural. Prueba de estado civil. Nulidad por ilegitimidad de la personería. Sentencia de 22 de febrero de 1972. Casa la proferida por el Tribunal Superior de Neiva, en el juicio ordinario promovido por la menor María Lucía Cortés contra Gerardo Camargo. Abogado Asistente: doctor Ricardo Uribe Holguín.

Reivindicación. Cosa juzgada material. Sentencia de 24 de febrero de 1972. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio, en el juicio ordinario promovido por Tulio García y otra contra Elpidia Manosalva. Magistrado ponente: doctor Ernesto Cediel Angel.

Reposición. Auto de 25 de febrero de 1972. Se abstiene de decidir, proferido por el Tribunal Superior de Villavicencio, en la demanda de Félix Rafael Roncancio contra Silvestre Zúñiga. Magistrado ponente: doctor Aurelio Camacho Rueda.

Filiación natural: Error de hecho. Técnica de casación. Sentencia de 1º de marzo de 1972. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el juicio ordinario promovido por Diva y Plinio Carvajal contra los herederos de Angel María Montealegre o González. Magistrado ponente: doctor Germán Giraldo Zuluaga.

Nulidad por vicio del consentimiento en el caso de violencia generalizada. Técnica de casación: proposición jurídica completa. El artículo 1º de la Ley 201 de 1959 no consagra una acción distinta a la establecida por el artículo 1513 del Código Civil. Sentencia de 8 de marzo de 1972. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el juicio ordinario promovido por Florentino Oliveros Ospina contra Gabino Tobar Portela. Magistrado ponente: doctor Aurelio Camacho Rueda.

Nulidad de la venta por violencia generalizada. Elementos de esta acción rescisoria. Sentencia de 8 de marzo de 1972. No casa la proferida por

el Tribunal Superior de Ibagué, en el juicio ordinario promovido por Florentino Oliveros Ospina contra Gabino Tovar Portela. Magistrado ponente: doctor Aurelio Camacho Rueda.

Violación directa y violación indirecta. Error de hecho. Sentencia de 8 de marzo de 1972. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Cartagena, en el juicio ordinario promovido por Edgar y Antonio, Juan Maza contra Rosa Torres de Juan y otros. Magistrado ponente: doctor Aurelio Camacho Rueda.

Simulación. Técnica de casación: los artículos 91, 92 y 93 de la Ley 153 de 1887 no es norma sustancial. Sentencia de 13 de marzo de 1972. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el juicio ordinario de Gilberto Gamboa Martínez contra Gilberto Gamboa Martínez (hijo). Abogado Asistente: doctor Hernán Salamanca Porras.

Mandato. Errores en la apreciación de la demanda. Para infirmar un fallo es necesario destruir todos los soportes. Sentencia de 14 de marzo de 1972. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Garzón, en el juicio ordinario promovido por "Comité Pro-Damnificados Urbanos del Ríohacha" contra el Municipio de Florencia y el Instituto de Crédito Territorial. Abogado Asistente: doctor Alberto Ospina Botero.

Filiación natural. Intereses para recurrir. Aplicación de la ley nueva sobre el estado civil. Técnica de casación. Sentencia de 17 de marzo de 1972. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el juicio ordinario de Leonidas Otavo y Tomasa Otavo de Torres contra los herederos de la sucesión del señor Angel María Montealegre o González. Magistrado ponente: doctor José María Esguerra Samper.

Rescisión por lesión enorme. Técnica de casación. Apreciación de la prueba indiciaria. Sentencia de 20 de marzo de 1972. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el juicio ordinario promovido por Cenaida Barrios de Carrillo y otro contra Luis Adolfo Barrios Ortiz. Magistrado ponente: doctor José María Esguerra Samper.

Casación. Inadmisibilidad del recurso por interposición extemporánea. Auto de 20 de marzo de 1972. Proferido por el Tribunal Superior de Manizales, en el juicio de Mariela González Otálvaro contra Soledad Henao y otros. Magistrado ponente: doctor Humberto Murcia Ballén.

Reivindicación. Error de hecho. Sentencia de 20 de marzo de 1972. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el juicio ordinario promovido por Antonio Ospina O. contra Jesús Mejía Ossa y otro. Abogado Asistente: doctor Alberto Ospina Botero.

Reivindicación. Intereses para recurrir en casación. Prescripción como acción y como excepción. Sentencia de 23 de marzo de 1972. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Neiva, en el juicio ordinario promovido por Gerardo Camargo Mora y otra contra José Eugenio Camargo Mora y otros. Magistrado ponente: doctor Aurelio Camacho Rueda.

Aparcería. Técnica de casación. Sentencia de 23 de marzo de 1972. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el juicio ordinario promovido por Bernabé García Quintero contra Daniel e Isabel García Quintero. Abogado Asistente: doctor Ernesto Gamboa Alvarez.

Recurso de queja. Solo procede contra el auto que deniega el recurso o para que se conceda en efecto distinto. Auto de 23 de marzo de 1972. Proferido por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio ordinario promovido por Ana Castaño viuda de Arias, contra Lino Ortiz y otro. Magistrado ponente: doctor Humberto Murcia Ballén.

Reivindicación. Técnica de casación. Los cargos deben ser autónomos. Sentencia de 23 de marzo de 1972. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio ordinario promovido por "Estrada Hermanos S. A." contra Roberto y Lizardo Vélez. Magistrado ponente: doctor Humberto Murcia Ballén.

Pertenencia. Interrupción de la posesión. Sentencia de 23 de marzo de 1972. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por María del Carmen Cortés de Romero con oposición de Antonio José Gutiérrez. Abogado Asistente: doctor Ricardo Uribe Holguín.

Filiación natural. Revisión de sentencia del Juez de Menores. Se declara desierto el recurso por ausencia de los requisitos de forma de la demanda. Auto de 5 de abril de 1972. Proceso de

Pedro Ignacio Sandoval R. contra Sorangela Soto. Magistrado ponente: doctor Germán Giraldo Zuluaga.

Resolución de promesa de permuta. Se declara desierto el recurso en cuanto a un cargo y lo admite respecto a otro. Auto de 5 de abril de 1972. Proceso de Avelino Peña contra Arturo Cano López. Magistrado ponente: doctor Germán Giraldo Zuluaga.

Resolución de promesa de contrato. Incongruencia. Técnica de casación. Sentencia de 6 de abril de 1972. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Neiva, en el juicio ordinario promovido por Amalia López viuda de Bahamón contra Rafael Ospina B. y otra. Abogado Asistente: doctor Hernán Salamanca Porras.

Nulidad de la venta por simulación. Interpretación de la demanda: denominación de la acción. Sentencia de 7 de abril de 1972. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el juicio ordinario promovido por Judith Hernández contra Víctor Romero P. Abogado Asistente: doctor Alberto Ospina Botero.

Responsabilidad civil extracontractual. Transporte benévolo. Sentencia de 10 de abril de 1972. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario de Jaime Garzón Díaz como representante legal de sus hijos contra la sociedad Pan American World Airwais Inc. Abogado Asistente: doctor Ricardo Uribe Holguín.

Petición de herencia. Incongruencia. Legitimatio ad causam pasiva: (aceptar una herencia es ocuparla). Sentencia de 17 de abril de 1972. Casa la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el juicio ordinario promovido por José Jesús Vargas Osorio y otra contra Alfonso Cortés Cano. Magistrado ponente: doctor Alfonso Peláez Ocampo.

Filiación natural. Técnica de casación. Tacha por parcialidad presunta de los testigos. Sentencia de 18 de abril de 1972. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Tunja, en el juicio ordinario promovido por Margarita y Dolores Molado contra Clodoveo Grismaldo y otro. Magistrado ponente: doctor José María Esguerra Samper.

Filiación natural. Medio nuevo en casación. El ataque debe dirigirse contra todas las pruebas. Sentencia de 18 de abril de 1972. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en el juicio ordinario promovido por María Aurora Riaño contra María de los Angeles Serna viuda de Orozco y otro. Abogado Asistente: doctor Ernesto Gamboa Alvarez.

Filiación natural. Presunción de paternidad por el trato personal y social del presunto padre a la madre durante el embarazo y parto. Sentencia de 19 de abril de 1972. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el juicio ordinario promovido por María Luz Stella Parra U. contra María Belén Martínez viuda de Sánchez. Abogado Asistente: doctor Hernán Salamanca Porras.

Nulidad de la venta de bien embargado. Su declaratoria implica que las partes sean restituídas al estado anterior. Interés jurídico para formular cargo en casación. Sentencia de 21 de abril de 1972. Casa la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el juicio ordinario promovido por Edison Pérez y otros contra Desiderio Eslava y otros. Magistrado ponente: doctor José María Esguerra Samper.

Responsabilidad civil extracontractual. Incongruencia. Interpretación de la demanda. Medio nuevo. Interpretación errónea. Código de Procedimiento Penal, artículo 28. Influencia del proceso penal en el civil. Sentencia de 21 de abril de 1972. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el juicio ordinario promovido por Julio César Díaz contra la sociedad comercial "Expreso Trejos Ltda.". Magistrado ponente: doctor Germán Giraldo Zuluaga.

Simulación. Incongruencia. La simulación se fundamenta en el artículo 1766 del Código Civil. Sentencia de 21 de abril de 1972. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio ordinario promovido por Fabiola Cuartas de Salazar y otras contra Lucía Elena Salazar Toro. Magistrado ponente: doctor Alfonso Peláez Ocampo.

Nulidad de permuta. Técnica de casación. Causal primera. Sentencia de 26 de abril de 1972. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Ricardo Zuluaga Mejía y otro contra Alberto Zuluaga Mejía y otros. Magistrado ponente: doctor Ernesto Cediel Angel.

Seguros. Pago de intereses no causados. Dividendos exigibles. Compensación. Prórroga. Sen-

tencia de 26 de abril de 1972. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Sélina Micolta de Madriñán contra Aseguradora Mercantil de Vida y Accidentes S. A. Abogado Asistente: doctor Ricardo Uribe Holguín.

Acción in rem verso. Demanda: posibles errores en su estimación. Testimonio: error en su calificación. Sentencia de 2 de mayo de 1972. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio ordinario promovido por Guillermina Cadavid Palacio contra la Comunidad Religiosa Siervas del Santísimo y la Caridad. Abogado Asistente: doctor Ricardo Uribe Holguín.

Reivindicación. Fideicomiso. Sustitución de la cosa dada en fideicomiso. Técnica de casación. Sentencia de 2 de mayo de 1972. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga en el juicio ordinario promovido por Isaías Barco R. contra Beatriz Gómez de Acevedo Díaz. Abogado Asistente: doctor Ricardo Uribe Holguín.

Nulidad del pago. Es necesario que el acreedor comparezca al proceso. Sentencia de 5 de mayo de 1972. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Eduardo Leyva V. contra Melquisedec Amézquita y otros. Abogado Asistente: doctor Ricardo Uribe Holguín.

Responsabilidad contractual. La del parqueadero por los carros depositados en él. Técnica de casación. Sentencia de 6 de mayo de 1972. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Luis Arturo Isaza Sánchez contra Eduardo García Vergara. Abogado Asistente: doctor Hernán Salamanca Porras.

Reivindicación. Técnica de casación. Los artículos 472, 593, 597 y 630 del Código Judicial y 1758 y 1759 del Código Civil no son normas sustanciales. Sentencia de 8 de mayo de 1972. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Ana Julia y Rosa Inés Barrero B. contra Blanca Casallas Valero. Magistrado ponente: doctor Alfonso Peláez Ocampo.

Sociedad conyugal. Ratifica doctrina sobre litisconsorcio. Sentencia de 9 de mayo de 1972. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Armenia, en el juicio ordinario promovido por Alicia Castro de Puentes contra Audalisis Puentes Castro y otro. Abogado Asistente: doctor Hernán Salamanca Porras.

Reivindicación. Identificación del bien. Adición de posesiones. Sentencia de 10 de mayo de 1972. Casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por María Aldana viuda de Berrío contra Ana Julia Peñuela. Abogado Asistente: doctor Ricardo Uribe Holguín.

Seguro de incendio. Técnica de casación. Sentencia de 12 de mayo de 1972. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Pedro José Hoyos contra la sociedad "Aseguradora Grancolombiana S. A.". Abogado Asistente: doctor Alberto Ospina Botero.

Filiación natural. Técnica de casación. La calificación de los testimonios es cuestión de hecho. Sentencia de 18 de mayo de 1972. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Tunja, en el juicio ordinario promovido por Víctor Manuel y Luis Eduardo Gordillo contra Atilia Rojas viuda de Piñeros y otros. Abogado Asistente: doctor Ricardo Uribe Holguín.

Competencia. El Juez de menores de la residencia del menor es el competente para conocer de las demandas de investigación de la paternidad natural. Providencia de 19 de mayo de 1972. Decide que el Juez de Menores de Girardot es el competente en el juicio promovido por el Abogado Defensor de Menores contra Sinforoso Ocampo. Magistrado ponente: doctor Ernesto Cediel Angel.

Filiación natural. Aplicación de la Ley 75 de 1968 o juicios promovidos antes de su vigencia. Técnica de casación. Sentencia de 22 de mayo de 1972. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Buga en el juicio ordinario promovido por María Aseneth Castañeda Morales contra Bertha Cabal de Cabal y otras. Magistrado ponente: doctor Aurelio Camacho Rueda.

Queja. Debe pedirse reposición del auto que negó el recurso. Auto de 25 de mayo de 1972. En el proceso divisorio de Peregrino Ortega y otros contra José María Velasco Guerrero y otros. Magistrado ponente: doctor Ernesto Cediel Angel.

Filiación natural. Técnica de casación: violación directa e indirecta de la ley. Sentencia de 25 de mayo de 1972. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el juicio ordinario promovido por Silverio Torres contra los herederos de Justiniano Correa Basto. Magistrado ponente: doctor Humberto Murcia Ballén.

Simulación. Principio de prueba por escrito. Técnica de casación. Proposición jurídica completa. Sentencia de 26 de mayo de 1972. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Abraham Rosemberg y otros contra Pérez Saraga y otro. Magistrado ponente: doctor Aurelio Camacho Rueda.

Queja. El no pago oportuno de honorarios es un tácito desistimiento del recurso. Auto de 29 de mayo de 1972. En el proceso ordinario seguido por Luis Enrique Galán Gómez y otros contra Pablo Elías Daza Briceño. Magistrado ponente: doctor Aurelio Camacho Rueda.

Filiación natural. Técnica de casación: error de hecho y de derecho. Han de atacarse todos los medios de prueba. Sentencia de 31 de mayo de 1972. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el juicio ordinario promovido por Sara María Santos de González contra Mercedes Díaz de Lamo. Magistrado ponente: doctor Ernesto Cediel Angel.

Pertenencia. Técnica de casación. Los artículos 175, 187, 217, 250, 252, 274, 279 y 361 del Código de Procedimiento Civil y 981 del Código Civil no son normas sustanciales. Auto de 5 de junio de 1972. Declara desierto el recurso de casación en el proceso de Horacio Gómez adelantado ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Marta en el que fue opositor el Municipio de Santa Marta. Magistrado ponente: doctor Humberto Murcia Ballén.

Filiación natural. Técnica de casación. Sentencia de 5 de junio de 1972. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el juicio ordinario promovido por Fanny Hernández de Panche frente a la sucesión de Efraín Ramírez Garzón. Magistrado ponente: doctor Alfonso Peláez Ocampo.

Responsabilidad extracontractual. Presunción de culpa en ejercicio de actividad peligrosa. Condena al pago de perjuicios. Sentencia de 7 de junio de 1972. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio, en el juicio ordinario promovido por Carlos Julio García contra Empresa Electrificadora de Cundinamarca S. A. Magistrado ponente: doctor Germán Giraldo Zuluaga.

Sociedad de hecho. Técnica de casación. Sentencia de 8 de junio de 1972. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Luis José Ortegón Rivera contra José Ortegón Amador. Abogado Asistente: doctor Ricardo Uribe Holguín.

Exclusión de bienes inventariados en sucesión. Testamento ante cinco testigos. Sentencia de ocho de junio de 1972. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Inés Monguí de Gómez contra María Josefa Roncancio viuda de Monguí y otros. Abogado Asistente: doctor Ricardo Uribe Holguín.

Filiación natural. Auto para mejor proveer. Sentencia de 15 de junio de 1972. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el juicio ordinario promovido por Odilia Caviedes Rodríguez contra Jaime y Teresa Osorio Gómez. Magistrado ponente: doctor Aurelio Camacho Rueda.

Filiación natural. Reformas introducidas por la Ley 75 de 1968. Técnica de casación: error de hecho y error de derecho. Sentencia de 15 de junio de 1972. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Tunja, en el juicio ordinario promovido por María Virginia Sierra de Sierra contra Martha Rosa Sotelo viuda de Sierra. Magistrado ponente: doctor Aurelio Camacho Rueda.

Reivindicación. Técnica de casación, causal primera. Sentencia de 15 de junio de 1972. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Ivo Galindo Pedreros contra Alfredo Barragán Lara. Magistrado ponente: doctor José María Esguerra Samper.

Colisión de competencia. Entre Jueces de Menores. Providencia de 19 de junio de 1972. La Corte resuelve que, el Juez de Menores competente lo es el promiscuo de Girardot. Magistrado ponente: doctor Aurelio Camacho Rueda.

Resolución de la venta. Por falta de pago del precio. Apreciación de la confesión. Aceptación de facturas. Sentencia de 20 de junio de 1972. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Pasto, en el juicio ordinario promovido por Gilberto de la Calle Gómez y otra contra Gabriel Vásquez Alvarado y otros. Abogado Asistente: doctor Ernesto Gamboa Alvarez.

Filiación natural. Petición de herencia. Sentencia de 20 de junio de 1972. Casa la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el juicio ordinario promovido por Ana Elena Martínez contra Carmen Páez viuda de Chiriví y otros. Abogado Asistente: doctor Hernán Salamanca Porras.

Rescisión de la venta. En caso de violencia generalizada. Prescripción de esta acción. Interrupción y suspensión de la prescripción. Sentencia de 22 de junio de 1972. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Neiva, en el juicio ordinario promovido por José de Jesús Guzmán y otra contra Marcelino Quimbaya Cabrera. Abogado Asistente: doctor Hernán Salamanca Porras.

Filiación natural. Técnica de casación. Error de hecho y de derecho. Apreciación de indicios. Sentencia de 26 de junio de 1972. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Jorge Eliécer Hernández contra Fidelia Vásquez y otros. Magistrado ponente: doctor José María Esguerra S.

Auto. Niega reposición del que declaró desierto el recurso por falta de los requisitos formales de la demanda. Auto de 28 de junio de 1972. Magistrado ponente: doctor Humberto Murcia Ballén.

Pertenencia. Técnica de casación. Auto norma de cada cargo. Sentencia de 22 de junio de 1972. No casa la proferida por el Tribunal Superior de Popayán en el juicio ordinario de Ingenio del Cauca S. A. contra Leopoldo Jiménez Lucumí. Abogado Asistente: doctor Ernesto Gamboa Alvarez.

SALA LABORAL

Casación. (*Técnica*). Es jurisprudencia de esta Sala de la Corte que cuando se señalan como violadas disposiciones de un decreto reglamentario, deben citarse también las normas legales que se desarrollan, pues son estas, antes que aquellas, las sustanciales que han podido ser infringidas por la sentencia acusada. La Corte por sentencia de enero 26 de 1972, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Nancy Rojas Restrepo contra el Instituto de Aprovechamiento de Aguas y Fomento Eléctrico "Electraguas". Magistrado ponente: doctor José Eduardo Gnecco.

Casación. (Técnica). La Corte por sentencia de febrero 8 de 1972, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena en el juicio de Rafael Lorenzo Marimón Figueroa contra la sociedad de Transportes Expreso Cartagena Ltda. Magistrado ponente: doctor Jorge Gaviria Salazar.

Casación. (Técnica). La Corte por sentencia de febrero 8 de 1972, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Jaime Gómez contra Compañía Colombiana de Grasas Cogra S. A. y Productor Lever S. A. Magistrado ponente: doctor Juan Benavides Patrón.

Recurso de casación. Según lo tiene establecido la Corte, el recurso extraordinario solo procede contra sentencias definitivas. La Corte por sentencia de febrero 15 de 1972 no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de José Manuel Sánchez Agudelo contra el Instituto de Aprovechamiento de Aguas y Fomento Eléctrico, Canalización y Reembolso Río Medellín. Magistrado ponente: doctor Jorge Gaviria Salazar.

Casación. (Técnica). Para poder entrar en el examen de un cargo en casación, es preciso que aquel reúna las exigencias del recurso y estas son, entre otras, la de acusar la disposición que consagra el derecho invocado y cuando se acusa la infracción de normas reglamentarias, indicar la sustancial reglamentada. La Corte por sentencia de febrero 22 de 1972, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de José María Muñoz Agudelo contra el Instituto de Aprovechamiento de Aguas y Fomento Eléctrico "Comisión Canalización y Reembolso Río Medellín". Magistrado ponente: doctor Jorge Gaviria Salazar.

Casación. (Técnica). Clara es la doctrina de los autores y de la Corte al mostrar la diferencia entre el "error juris in judicando" y el "error facti in judicando". La Corte por sentencia de febrero 23 de 1972, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Luis Carlos Hoyos G. contra "Aliadas de Seguros S. A.". Magistrado ponente: doctor José Enrique Arboleda Valencia.

Capital de la empresa. Con respecto a este tema la jurisprudencia ha sostenido que "cuando la ley habla del último año inmediatamente anterior, se refiere sin duda al que precede al año en que termina el contrato y no al en que se presenta la demanda, ya que el patrimonio que se tenga en aquél es el que revela más aproximadamente la capacidad económica del patrono durante la prestación de servicios del trabajador". La Corte por sentencia de marzo 6 de 1972, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Franz Evers contra Alberto Marulanda Grillo, propietario de Manufacturas Corona. Magistrado ponente: doctor Miguel Angel García B.

Casación. En primer lugar se ha repetido con insistencia que el recurso extraordinario de casación no es una tercera instancia en donde puedan formularse toda clase de alegaciones, sino que la severidad del mismo reviste cierto rigor formal, de manera que los cargos que se formulen deben tener la precisión y claridad necesarias para que "sirvan a la Sala de seguro derrotero

para desatar el recurso, sin necesidad de acudir *ex officio* a indagaciones a través del expediente, que desvirtúan su función convirtiéndola en otro juzgador de instancia Para decidir sobre la impugnación presentada debe mantenerse dentro de la órbita que le traza el recurrente, sin poder salirse de ella". La Corte por sentencia de marzo 10 de 1972, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio de Daniel Hernández Rodríguez contra la Empresa Nacional de Telecomunicaciones (Telecom). Magistrado ponente: doctor Miguel Angel García.

Casación. (Técnica). La Corte por sentencia de marzo 14 de 1972, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales en el juicio de Eduardo Zuluaga Escobar contra el Fondo Ganadero de Caldas. Magistrado ponente: doctor Jorge Gaviria Salazar.

Modalidades del salario. La Corte por sentencia de marzo 15 de 1972, casa parcialmente la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Briter Núñez contra Singer Sewing Machine Company. Magistrado ponente: doctor José Enrique Arboleda Valencia.

Traslado del trabajador. La Corte por sentencia de marzo 16 de 1972, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva en el juicio de José Concepción Portela Cardozo contra el Banco Comercial Antioqueño. Magistrado ponente: doctor Alejandro Córdoba Medina.

Casación. (Técnica). Ha de observarse en primer término, que la demanda de casación aspira al quebranto de la sentencia del *ad quem* para que, en sede de instancia, la Corte produzca las condenas impetradas en el libelo inicial, pero tal propósito no se expresa, como debió hacerse, con petición de la revocatoria del fallo de primer grado, que fue igualmente absolutorio, por todo concepto. La Corte por sentencia de 21 de marzo de 1972, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Julio César Moreno Villa contra la sociedad Carco Limitada. Magistrado ponente: doctor Juan Benavides Patrón.

Casación. (Técnica). La Corte por sentencia de abril 13 de 1972, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Vidal Rozo Morales contra Carboneras Calvo S. A. Magistrado ponente: Miguel Angel García B.

Casación. (Técnica). La Corte por sentencia de abril 13 de 1972, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el juicio de Oscar Antonio Pérez Molina contra Javier Sanint Robledo. Magistrado ponente: doctor José Eduardo Gnecco C.

Casación. (Técnica). Al examinar el alcance de la impugnación se muestra la equivocación del recurrente, pues éste aspira no solo a que la Sala case la sentencia gravada, sino a que simultáneamente revoque su literal a) y en su lugar condene a la entidad demandada en la misma forma "en que lo hizo el Juez Laboral". Esta presentación del petitum de la demanda es impropia, por cuanto lo que en el último se pide es la revocatoria de parte de la providencia materia del recurso, acerca de la cual lo que procede, en caso de prosperar, es su quebrantamiento total o parcial, para que en sede subsiguiente de instancia se revoque, modifique o confirme la de primer grado, según el caso, expresándose en qué forma deben producirse los ordenamientos jurisdiccionales. La Corte por sentencia de abril 18 de 1972, no casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio de Bernardo Grau Azuero contra la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero. Magistrado ponente: doctor Jorge Gaviria Salazar.

Casación. (Técnica). Según el artículo 7º de la Ley 16 de 1969, que gobierna el presente recurso, el error de hecho solamente es motivo de casación laboral cuando provenga de la falta de apreciación o de la apreciación equivocada de un documento auténtico, de una confesión judicial o de una inspección ocular. La Corte por sentencia de abril 20 de 1972, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena en el juicio de Felipe Abisambra Abuchar contra la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero. Magistrado ponente: doctor Juan Benavides Patrón.

Casación. (Técnica). Es manifiesto que lo planteado por el casacionista en este ataque es cuestión de índole probatoria, razón por la cual el cargo fue mal planteado por la vía directa, que presupone acuerdo de aquel con el sentenciador en los fundamentos de hecho establecidos en el proceso. La Corte por sentencia de abril 20 de 1972, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el

juicio de Evaristo Agudelo Romero contra Angel María Acosta Rodríguez. Magistrado ponente: doctor José Enrique Arboleda Valencia.

Casación. (Técnica). La Corte por sentencia de abril 21 de 1972, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio de Benjamín Góngora contra María Francisca Rivas de Medina. Magistrado ponente: doctor Miguel Angel García B.

Casación. (Técnica). La Corte por sentencia de abril 26 de 1972, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio de Alberto Leal Rojas contra el Instituto Nacional de Fomento Municipal. Magistrado ponente: doctor José Enrique Arboleda Valencia.

Error de hecho. Incurrió, pues, en manifiesto error de hecho el Tribunal cuando de la misma prueba (Resolución número 090 de 19 de octubre de 1966) dedujo conclusiones, contradictorias, a saber: que la entidad demandada despidió al demandante por motivos que "no están contemplados como justa causa para él en los artículos 48 y 49 del Decreto 2127 de 1945" y que no obstante la indemnización por un despido de esa naturaleza no era un "hecho cierto e indiscutible tanto para el trabajador como para el patrono", sino "una simple expectativa más o menos probable para el primero", a fin de sostener una "buena fe inicial" de la empresa, que la exonerase de la pena moratoria por el no pago de aquella indemnización. La Corte por sentencia de abril 26 de 1972, casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Gregorio Suaza Cataño contra el Instituto Colombiano de Energía Eléctrica - Canalización y Reembolso del Río Medellín. Magistrado ponente: doctor José Enrique Arboleda Valencia.

Casación. (Técnica). La errónea interpretación de la ley sustancial, uno de los motivos señalados en la causal primera de casación del trabajo, ha sido entendido siempre como el equivocado concepto que se tenga de su contenido, que por esta razón impide su aplicación a un caso concreto o que da como resultado que no se juzgue aquel con determinadas disposiciones que le son propias, infringiéndolas por eso, todo con independencia de cuestiones de hecho. La Corte por sentencia de mayo 4 de 1972, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Tulio Marín Flórez contra Arrocera Medellín S. A. Magistrado ponente: doctor Jorge Gaviria Salazar.

Casación. (Técnica). Está largamente explicado por la doctrina y por la jurisprudencia que el quebranto del pronunciamiento judicial solo puede lograrse cuando se destruyen todos sus soportes, y, respecto del error de hecho, es necesario singularizar todas las probanzas que lo hayan determinado, con demostración del yerro en que se haya incurrido acerca de cada una de ellas. De otra suerte el cargo no puede prosperar. La Corte por sentencia de mayo 8 de 1972, no casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio de Alfonso o Ildefonso Agudelo Arboleda contra el Banco Cafetero. Magistrado ponente: doctor Juan Benavides Patrón.

Prueba del tiempo servido y del salario devengado para efectos de la pensión de jubilación. Los hechos fundamentales generadores del derecho a pensión de jubilación —tiempo de servicio y salario— no son actos solemnes. La duración del contrato de trabajo y la remuneración, pueden probarse, aún contra lo que aparezca sobre tales extremos en los archivos de la empresa, o con cualquier otro medio probatorio reconocido en la ley. La Corte por sentencia de mayo 15 de 1972, no casa la proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta en el juicio de Ricardo González Cotes contra la Empresa Compañía Frutera de Sevilla. Magistrado ponente: doctor Jorge Gaviria Salazar.

Casación. (Técnica). La demanda adolece de los defectos que le censura, en primer término, el opositor, pues ciertamente invoca preceptos que no regían a la interposición del recurso extraordinario, y, además refiere el alcance de la impugnación a la revocatoria del fallo de segunda instancia, convertida la Corte en Tribunal de este grado, todo lo cual es incorrecto. La Corte por sentencia de mayo 16 de 1972, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio de Alejandro de Jesús Jaramillo contra Grace y Cía. (Colombia) S. A. Magistrado ponente: doctor Juan Benavides Patrón.

Indemnización moratoria. Para la Sala la condena a indemnización moratoria, no es ni automática ni inexorable. Para imponerla es necesario que en forma palmaria aparezca en que el patrono particular o el oficial, haya obrado de mala fe al no pagar a su trabajador a la termi-

nación del contrato de trabajo lo que le adeuda por salarios y prestaciones o por estos conceptos e indemnización en su caso. Pero si prueba que con razones atendibles no ha hecho ese pago se coloca en el campo de la buena fe que lo exonera de la indemnización por mora. La Corte por sentencia de junio 5 de 1972, no casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio de Jaime Gutiérrez contra el Departamento de Cundinamarca y el Instituto de Seguridad Social de la misma entidad. Magistrado ponente: doctor Jorge Gaviria Salazar.

Infracción directa. La infracción directa de la ley proviene de la ignorancia del fallador acerca de su existencia, material o jurídica, o de la rebeldía contra su mandato. La Corte por sentencia de junio 6 de 1972, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Helena Salazar Rubiano contra la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá. Magistrado ponente: doctor Juan Benavides Patrón.

Aplicación indebida. El acusador habla de violación de la norma por aplicación indebida consistente en no haber hecho producir a la disposición sus efectos propios, y más adelante señala un error de hecho, o sea, que se presentan en el mismo cargo dos formas de la aplicación indebida, la directa por hacer producir a la norma efectos distintos, y la que se opera por aplicación de la ley mediante apreciación errónea o falta de apreciación de determinada prueba, con el consiguiente error de hecho. Esas dos formas de aplicación indebida son incompatibles entre sí, por lo que han debido presentarse en forma separada. La Corte por sentencia de junio 12 de 1972, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Pedro López Correa contra Manufacturas Sedeco S. A. Magistrado ponente: doctor Alejandro Córdoba Medina.

Casación. (Técnica). La interpretación errónea de la ley sustancial proviene, según lo ha dicho la Corte, del equivocado concepto que se tenga de su contenido, independientemente de toda cuestión de hecho. La Corte por sentencia de junio 16 de 1972, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Erdulfo Toro Quintero contra Gran Papelería Danaranjo Cía. Ltda. Magistrado ponente: doctor Jorge Gaviria Salazar.

Modificaciones del salario, en el contrato de trabajo. La Corte por sentencia de junio 22 de 1972, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Gilberto Gómez Zapata contra Agrícola Salazar S. A. Magistrado ponente: doctor José Enrique Arboleda Valencia.

Casación. (Técnica). La Corte por sentencia de junio 27 de 1972, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Jesús María Rivera Correa contra el Instituto de Aprovechamiento de Aguas y Fomento Eléctrico, Canalización y Reembolso del Río Medellín. Magistrado ponente: doctor Alejandro Córdoba Medina.

Casación. (Técnica). La Corte por sentencia de junio 28 de 1972, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de María Rogelia Palacios viuda de Zapata contra el Sindicato de Embarcadores y Braceros de Turbo y la Compañía Frutera de Sevilla S. A. Magistrado ponente: doctor José Eduardo Gnecco C.

Casación. (Técnica). Es error integrar la proposición jurídica con normas de códigos o leyes distintas de las del trabajo, exclusivamente. La Corte por sentencia de junio 28 de 1972, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Guillermo Quevedo T. contra la Corporación Nacional de Transportes Ltda. Magistrado ponente: doctor José Enrique Arboleda Valencia.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PUBLICO

INDICE

Págs.

SALA CIVIL

Compromiso y cláusula compromisoria.—Las normas procesales que lo regulan son de orden público, sin que puedan modificarlas los árbitros ni las partes.—Sentencia de 20 de enero de 1972.—Casa la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el juicio ordinario promovido por Francisco Esteban Altamiranda C. y otros contra Luis E. Quiñónez y otros.—Magistrado ponente, doctor José María Esguerra Samper 5

Reivindicación.—Determinación del bien en la tradición de derechos y acciones.—Sentencia de 9 de febrero de 1972.—Casa la proferida por el Tribunal Superior de El Banco, en el juicio ordinario promovido por Alberto Marulanda Grillo y otra contra Miguel Angel Cañizares. Abogado asistente, doctor Ernesto Gamboa Alvarez 11

Nulidad.—Mandato oculto, sin representación.—Incongruencia.—El artículo 2194 no es norma sustancial.—Confesión judicial.—Prueba documental presentada en inspección ocular.—Sentencia de 10 de febrero de 1972.—No casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Francisco González Gamboa contra José Vicente Fajardo Téllez y otros. Abogado asistente, doctor Ernesto Gamboa Alvarez .. 20

Colisión de competencia.—La modificación de la competencia ocurre por la sola presentación del escrito de corrección de la demanda.—Providencia de 10 de febrero de 1972.—Decide la Corte la colisión provocada por el Juez Quince Civil Municipal de Bogotá al Juez Primero Civil Municipal de Cartagena, en el juicio de Rodrigo Manotas Trujillo contra la sociedad Leonidas Lara e Hijos. Magistrado ponente, doctor Humberto Murcia Ballén .. 38

Págs.

Reivindicación.—Técnica de casación.—Causal primera.—Sentencia de 17 de febrero de 1972.—No casa la proferida por el Tribunal Superior de San Gil, en el juicio ordinario promovido por Horacio Molina Franco contra Hernando Botero. Magistrado ponente, doctor Humberto Murcia Ballén 41

Filiación natural.—Litis consorte pasivo cuando ha muerto el presunto padre. Legítime contradictor.—Litis consorte voluntario, efectos de su confesión.—Error de derecho.—Confesión del litis consorte.—Indicios, su apreciación es cuestión de hecho.—Sentencia de 22 de febrero de 1972.—No casa la proferida por el Tribunal Superior de Armenia, en el juicio ordinario promovido por Carmen Rojas contra Olimpia Palacio y otros. Magistrado ponente, doctor Germán Giraldo Zuluaga .. 50

Salvamento de voto del Magistrado, doctor José María Esguerra Samper, en el fallo anteriormente publicado 56

Pertenencia.—Incongruencia.—Testimonios contrapuestos.—Sentencia de 24 de febrero de 1972.—No casa la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, en el juicio de declaratoria de pertenencia, promovido por Félix Santos Varón y convertido en ordinario por oposición de Miguel Angel y Josefina Varón. Abogado asistente, doctor Ernesto Gamboa Alvarez 58

Reivindicación.—Error de derecho.—Apreciación probatoria según el nuevo Código de Procedimiento Civil.—Error de hecho.—Sentencia de 24 de febrero de 1972.—No casa la proferida por el Tribunal Superior de Cúcuta, en el juicio ordinario promovido por Luis Sandoval Ferrero contra Bertha Pérez de García. Magistrado ponente, doctor Humberto Murcia Ballén 62

Págs.

Renta vitalicia.—Incongruencia y reformatio in pejus.—Falsedad en escritura pública.—Dictamen grafológico.—Certificados que deben agregarse al protocolo, su ausencia o retardo no produce nulidad.—Ley canónica, su aplicación.—Ordenes y asociaciones religiosas, su representación.—Justo título para la prescripción ordinaria.—La ley no determina proporción alguna entre la renta vitalicia y el precio.—Sentencia de 29 de febrero de 1972.—No casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Cecilia Rozo Zabala, contra la providencia de la Congregación o Comunidad de Hijas de la Caridad de San Vicente de Paúl y contra la Reverenda Madre Emilia Coens. Abogado asistente, doctor Ricardo Uribe Holguín 68

Filiación natural.—Prueba testimonial.—La Ley 75 de 1968 suprimió los requisitos de estabilidad y notoriedad de las relaciones sexuales y reiteró el de la temporalidad de ellas exigidos por la Ley 45 de 1936.—Sentencia de 1º de marzo de 1972.—No casa la proferida por el Tribunal Superior de Valledupar, en el juicio ordinario promovido por Carlos Hugues Pérez P. y otros contra los herederos de Carlos H. Pérez. Magistrado ponente, doctor Humberto Murcia Ballén 93

Responsabilidad civil contractual.—Clasificación judicial de los contratos. Depósito: a pesar de su carácter real, no se perfecciona sino con la entrega hecha por mutuo consentimiento.—Obligaciones del depositario.—Cláusulas exonerativas de responsabilidad.—Sentencia de 6 de marzo de 1972.—No casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Alvaro Manrique Pardo contra Miguel Ballesteros J. Magistrado ponente, doctor Humberto Murcia Ballén 98

Resolución de la venta de un automotor.—Presupuestos procesales: su ausencia conduce a fallo inhibitorio; su pretendida ausencia por incorrecta interpretación de la esencia estructural de alguno, es acusable en casación por la causal 1ª y no por incongruencia.—Demanda: errores en su interpretación.—Sentencia de 16 de marzo de 1972.—No casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Nohora Pulido de Murcia contra la sociedad Roldán Motor Ltda. Magistrado ponente, doctor Humberto Murcia Ballén 107

Oposición a adjudicación de tierras por el Instituto de la Reforma Agraria.—Causal cuarta: a quién corresponde alegarla.—Los Arts. 669, 670 y 688, no son normas sustanciales.—Causal 1ª: debe citarse concretamente la norma violada y el concepto en que lo ha sido.—Sentencia de 17 de marzo de 1972.—No casa la proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio, en el juicio ordinario promovido por José Antonio Micán contra Teófilo Coy. Magistrado ponente, doctor Aurelio Camacho Rueda 112

Arrendamientos.—Su congelación.—Técnica de casación.—Sentencia de 17 de marzo de 1972.—No casa la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el juicio ordinario promovido por Cine de Colombia S. A. contra Gaspar Tedesco F. Abogado asistente, doctor Alberto Ospina Botero 118

Conflicto de competencia.—En proceso sucesorio.—Auto de 6 de abril de 1972.—Conflicto especial de competencia en proceso sucesorio de Miguel Angel Guerrero Portocarrero, entre los Jueces Sexto Civil del Circuito de Cali y Primero Promiscuo del Circuito de Tumaco. Magistrado ponente, doctor Humberto Murcia Ballén 123

Filiación natural.—Caducidad de la acción, muerto el padre.—Sentencia de 10 de abril de 1972.—No casa la proferida por el Tribunal Superior de Neiva, en el juicio ordinario promovido por Edgar y Socorro Cabrera contra Alicia Manrique Santacoloma y otros. Abogado asistente, doctor Alberto Ospina Botero 126

Nulidad de cesión de derechos sociales.—Ilegitimidad de personería.—Prueba de demencia.—Sentencia de 10 de abril de 1972.—No casa la proferida por el Tribunal Superior de Valledupar, en el juicio ordinario promovido por Luis Alfonso Mendoza Amórtegui contra la sociedad "Valle Gas Ltda.". Abogado asistente, doctor Alberto Ospina Botero .. 131

Exclusión de bienes inventariados en el proceso sucesorio.—Nulidad por falta de citación.—Reformatio in pejus.—Costas.—No susceptible de ataque en casación.—Normas en que

Págs.

debe basarse el ataque en casación.—Sentencia de 11 de abril de 1972.—Casa la proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, en el juicio ordinario promovido por Marina Osorio Gayón, frente a los herederos del presbítero Juan Nepomuceno Goyeneche. Magistrado ponente, doctor Humberto Murcia Ballén 140

Filiación natural.—Error de hecho en la apreciación de las declaraciones.—Ley nueva: su aplicación a hechos anteriores de medios nuevos de prueba consagrados en ésta.—Legitimación en causa pasiva en juicios de paternidad.—Efectos de la sentencia: erga omnes e inter partes.—Intervención del albacea.—Sentencia de 24 de abril de 1972.—Casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Libardo Hernández y otro contra Silvia Pulecio v. de Moreno y otros. Magistrado ponente, doctor Ernesto Cediel Angel 149

Impugnación de la paternidad.—Coadyuvancia: intervención principal y adhesiva.—El coadyuvante puede ejercitar la actividad propia de parte y aun interponer recursos, siempre que su actuación no contradiga la de la principal.—Prescripción y caducidad.—Sentencia de 27 de abril de 1972.—No casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio ordinario promovido por Jesús María Ospina M. frente a Luz Amparo Restrepo de Ospina. Magistrado ponente, doctor Aurelio Camacho Rueda 159

Responsabilidad extracontractual.—Técnica de casación: error de derecho.—Responsabilidad de las personas jurídicas por el hecho doloso o culposo de sus agentes.—Daños ocasionados por la ruina de un edificio.—Hecho de un tercero en la producción del daño.—Sentencia de 27 de abril de 1972.—No casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Rubén Flórez Espinosa contra Pontificia Universidad Católica Javeriana. Magistrado ponente, doctor Germán Giraldo Zuluaga 166

Simulación.—Resolución por falta de pago del precio.—Prescripción adquisitiva y liberatoria.—Sentencia de 15 de mayo de 1972.—No casa la proferida por el Tribunal Superior de Facatativá, en el juicio ordinario promovido por Antonio Crisanto Cruz contra Martín Vera o Ariza. Abogado asistente, doctor Alberto Ospina Botero 177

Responsabilidad extracontractual.—Por el hecho de otro y la del dueño por el hecho de las cosas inanimadas.—Sentencia de 18 de mayo de 1972.—No casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Nicasio Díaz M. y otros contra "Aceites Vegetales Refinados Ltda." (Aceitales Ltda.). Abogado asistente, doctor Ernesto Gamboa Alvarez 183

Acción de recobro.—Incongruencia: error in procedendo y no in judicando.—Accesión: natural e industrial; discreta y continua.—Acción de recobro.—Demanda: sus requisitos; errores en su interpretación.—Sentencia de 18 de mayo de 1972.—Casa la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el juicio ordinario promovido por Ezequiel Quintero y otros contra Martha Quintero v. de Cruz y otro. Magistrado ponente, doctor Humberto Murcia Ballén 192

Filiación natural.—Legitimación en causa.—La acción de filiación natural no se puede controvertir con el cesionario de derechos hereditarios.—Sentencia de 18 de mayo de 1972.—No casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Víctor Martínez contra Carlos Emilio Rojas Brito y otra. Abogado asistente, doctor Alberto Ospina Botero 207

Pertenencia.—Técnica de casación.—Causal primera.—Sentencia de 15 de junio de 1972.—No casa la proferida por el Tribunal Superior de Neiva, en el juicio ordinario promovido por Inés Murcia de Rodríguez y otros contra Inés Rojas de Carrera y otra. Magistrado ponente, doctor Ernesto Cediel Angel 210

Comisión.—Interpretación de los contratos.—Sentencia de 15 de junio de 1972.—No casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario promovido por "Escobar Alvarez y Cía. Ltda.", contra Yolanda Vélez de Londoño. Magistrado ponente, doctor Humberto Murcia Ballén 215

Filiación natural.—Indicio de relaciones sexuales.—Sentencia de 16 de junio de 1972.—Revoca la proferida por el Juzgado Civil del

Págs.

Circuito de Garagoa en el juicio ordinario promovido por Pedro José Gamboa y otros contra José Domingo Rojas, heredero de Juan Mora Huertas. Magistrado ponente, doctor Ernesto Cediel Angel 222

Filiación natural. Impugnación de la sentencia del Juez de Menores.—Excepciones a la presunción de paternidad por relaciones sexuales.—Sentencia de 16 de junio de 1972.—No casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio ordinario promovido por Oscar Gómez Vargas contra Martha Cecilia Giraldo Ríos. Magistrado ponente, doctor José María Esguerra Samper 227

Resolución de promesa de permuta.—Condición resolutoria en los contratos bilaterales.—Sentencia de 20 de junio de 1972.—No casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Avelino Peña contra Arturo Cano López.—Magistrado ponente, doctor Germán Giraldo Zuluaga 238

Mandato comercial.—Técnica de casación: causal primera.—El fallo recurrido se presume acertado.—Confesión del representante de una sociedad.—Sentencia de 20 de junio de 1972.—No casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Alcides Bru Sánchez contra el Banco Popular. Magistrado ponente, doctor Germán Giraldo Zuluaga 241

Patrimonio de familia.—Nulidades procesales y sustanciales.—Violación del artículo 26 de la Constitución.—Competencia del juez: no depende del trámite que le dé a la demanda.—Sentencia de 30 de junio de 1972.—No casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Mercedes Jaramillo de Villamil y otro contra Rafael Villamil y otra. Magistrado ponente, doctor Ernesto Cediel Angel 248

SALA PENAL

Casación.—Violación indirecta de la ley.—En los juicios en que el Jurado interviene no procede proponer en casación un replanteamiento valorativo de la prueba referente a los elementos constitutivos del delito, o a los determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad de los autores, para fundar en tal examen, a través de errores fácticos o de derecho, una violación indirecta de la ley sustancial.—La Corte, por sentencia de 24 de enero de 1972, desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, de 2 de junio de 1971, por la cual se condenó a José Hernando Arias Acevedo a 24 años de presidio como responsable de los delitos de homicidio y hurto agravados. Magistrado ponente, doctor Julio Roncallo Acosta 254

Cancelación de la licencia para ejercer la abogacía.—Las medidas referentes al incorrecto ejercicio de la abogacía y la exclusión de esta actividad por delito cometido o por interdicción judicial, no tienen carácter de penas accesorias aplicables ipso jure, *sino el de ordenaciones especiales, con jurisdicciones y procedimientos específicos, según el Decreto 196 de 1971.*—Por auto de 4 de febrero de 1972, la Corte revoca la providencia de 6 de septiembre de 1971 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, por la cual se canceló la licencia del abogado Tomás Cabezas Agraces, y en su lugar declara que la acción disciplinaria está prescrita. Magistrado ponente, doctor Luis Carlos Pérez 257

Derecho de petición e igualdad de las partes ante la ley.—Es impertinente alegar, con base en las solas normas constitucionales, la violación al derecho de petición y el desconocimiento de la igualdad de las partes ante la ley, porque, dentro de un proceso determinado, ellas se regulan por las disposiciones pertinentes del respectivo Código.—La no intervención del Agente del Ministerio Público en la diligencia de audiencia no está erigida en causal de nulidad.—En cualquier estado del proceso es de rigor decretar cualquier nulidad que sea advertida por el funcionario o solicitada por las partes.—Reconstrucción de procesos.—La Corte, por sentencia de 5 de febrero de 1972, desecha el recurso de casación interpuesto por el apoderado de la parte civil, contra la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo, de 23 de abril de 1971, por la cual se absolvió a Olave del Carmen Ortiz viuda de Linero, sindicada del delito de homicidio. Magistrado ponente, doctor Alvaro Luna Gómez 259

Págs.

Detención arbitraria.—Cuando un funcionario público priva de la libertad a una persona sin fundamento legal, dando pábulo a una simple animadversión personal, a un interés venal o sin cumplir las formalidades legales, su conducta se adecua al tipo penal que describe la detención arbitraria (295 C. P.).—Pero cuando dicha conducta la realiza como un simple particular, sin ejercitar autoridad que se concrete, al menos aparentemente, en acto propio de los que sean inherentes a su cargo, comete delito de secuestro (293, 294, C. P.).—Por sentencia de 15 de febrero de 1972, la Corte confirma la providencia de 29 de septiembre de 1971, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, por la que se condenó al Exjuez Promiscuo Municipal de Belmira, a la pena principal de seis meses y quince días de prisión, por el delito de detención arbitraria. Magistrado ponente, doctor José María Velasco Guerrero 266

Recurso extraordinario de revisión.—Por tratarse de una institución jurídica excepcional, deben observarse a plenitud las formalidades exigidas por el estatuto procedimental, entre ellas la demanda en forma y el alegato de conclusión de la parte interesada.—Con fecha 15 de febrero de 1972, la Corte niega la revisión del proceso seguido a Manuel Rentería Otaolaufruchi por el delito de homicidio. Magistrado ponente, doctor Luis Eduardo Mesa Velásquez 269

Veredicto.—(Aclaración).—Los Jueces de hecho, una vez publicado el veredicto, solamente tienen la facultad para aclararlo, lo que en ningún caso puede implicar una mudanza sustancial del mismo.—Por sentencia de 17 de febrero de 1972, la Corte invalida la sentencia de 7 de mayo de 1971, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por la que se condenó a Jesús Antonio Bermúdez Ramos a la pena de noventa y seis meses de presidio por el delito de homicidio. Y en su lugar se le condena a cuatro 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, doctor Julio Roncallo Acosta 272

Casación.—Su técnica.—Cada causal de casación corresponde a un esquema jurídico con características propias y proyecciones distintas.—Por lo tanto confundir su contenido o aducir en favor de cualquiera de tales específicos motivos de impugnación, argumentos o razones que serían pertinentes para demostrar otra causal, atenta contra los principios lógicos del raciocinio.—Por sentencia de 22 de febrero de 1972, la Corte desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 26 de julio de 1971, por la cual se condenó a Luis Rosendo Trejos Santa a la pena principal de quince años de presidio como responsable del delito de homicidio. Magistrado ponente, doctor Julio Roncallo Acosta 277

Casación.—Causal 1ª—Como lo ha sostenido reiteradamente la Corte, no es viable proponer simultáneamente en casación la violación directa o indirecta de determinados preceptos de la ley sustancial.—Por sentencia de 22 de febrero de 1972, la Corte desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 18 de agosto de 1971, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga condenó a Luis Francisco Castellanos o Luis Rivera o Riberos, a la pena principal de diecisiete años de presidio, como responsable del delito de homicidio agravado. Magistrado ponente, doctor Julio Roncallo Acosta 280

Estafa.—Elementos estructurales del delito de estafa.—Las maniobras engañosas como medio para la inducción al error deben ser previas al aprovechamiento económico, cuando no se trate de deducir provecho del anterior error ajeno.—Por sentencia de 22 de febrero de 1972, la Corte casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali el día 22 de junio de 1971, por la que condenó a Luis Alfredo Mejía Henao por el delito de estafa y ordena reponer el procedimiento a partir del auto de proceder inclusive, proferido el dos de octubre de 1970. Magistrado ponente, doctor Alvaro Luna Gómez 283

Impedimentos.—(Trámite).—El C. de P. P. no señala el grado de consulta para las providencias que declaran infundado el impedimento o recusación de los Agentes del Ministerio Público, por lo cual la decisión que tome el Juez o la Corporación Judicial tiene carácter definitivo, si no fuese recurrida por las partes.—Por auto de 7 de marzo de 1972 la

Págs.

Corte se abstiene de conocer de la decisión tomada por el Tribunal Superior de Aduanas, respecto del impedimento expresado por el doctor Mario Castro Márquez, Fiscal Primero de esa corporación, en cuanto al conocimiento del proceso adelantado contra el señor Miguel Calume. Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez 287

Prescripción.—Las faltas contra la ética en el ejercicio de la profesión tienen carácter permanente; por lo cual la perseguibilidad de la infracción, por ejercicio de la acción correspondiente, debe ser el punto de partida para el inicio de la prescripción.—Por providencia de 14 de marzo de 1972, la Corte revoca la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá de 14 de diciembre de 1971, por la que se declaró prescrita la acción penal adelantada contra el abogado doctor Silvio Cardona García, quien fue acusado de faltas contra la ética en el ejercicio de su profesión y ordena seguir el procedimiento en este proceso. Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez 289

Extradición.—De conformidad a lo establecido en el artículo 9º del Código Penal, la extradición se concederá u ofrecerá de acuerdo con los tratados públicos, que prevalecen sobre las normas generales establecidas en el Código de Procedimiento Penal.—Por auto de 20 de marzo de 1972, la Corte emitió concepto favorable sobre la solicitud de extradición formulada al Gobierno de Colombia por la Embajada de los Estados Unidos de América, del ciudadano José Alvaro Córdoba Bojassen. Magistrado ponente, doctor Julio Roncallo Acosta 291

Exceso en la veredicción.—En los juzgamientos con intervención del Jurado, debe existir una necesaria armonía en las actuaciones procesales, como son el auto de proceder, la cuestión propuesta al Jurado, el veredicto y el fallo. En consecuencia no puede el Jurado desbordar, agravándolo, el cargo que se haga al sindicado en el auto de proceder. Lo que con tal alcance resulte del veredicto no puede ser acogido por el juzgador en derecho, pues la sentencia debe estar en consonancia con el pliego de cargos.—Alcances de la causal 2ª de casación.—La Corte, por sentencia de 7 de abril de 1972, invalida parcialmente la sentencia de segunda instancia del

Págs.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de 21 de julio de 1971, por la que se condenó a Luis Gabriel Rivera Buitrago como responsable del delito de homicidio, a la pena de ocho años de presidio y accesorias de ley, y en su lugar se le condena a treinta y dos meses de presidio. Las sanciones accesorias que entrañen duración, quedan reducidas al mismo término. Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez 296

Estafa y extorsión.—Diferencias básicas entre estos dos tipos delictuales.—El efecto sicológico producido en la víctima es el que permite señalar de qué delito se trata; si el sujeto pasivo fue determinado sólo por el error, se tiene estafa; pero si fue obligado por el temor, se da el delito de extorsión, siempre y cuando que entre el cumplimiento de lo pretendido por el delincuente y el mal amenazado no tenga contemporaneidad.—Por auto de 7 de abril de 1969, la Corte dirime el conflicto de competencias de carácter negativo suscitado entre el Juzgado 4º Penal Municipal de Armenia y el Comando de la Octava Brigada del Ejército, dando el conocimiento a esta Brigada, del proceso que se sigue contra Carlos Antonio Castro Bedoya y Gustavo Osorio López, por el delito de extorsión. Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez 300

Competencia.—Visitadores fiscales de las Contralorías.—El Decreto 2267 de 1969 que entró en vigencia el 4 de febrero del año inmediatamente siguiente, no incluyó a los visitadores fiscales en las Contralorías General de la República, Departamentales y del Distrito Especial de Bogotá, entre los funcionarios de instrucción; en consecuencia cualquier actuación de estos funcionarios en tal sentido, posterior a la fecha ya indicada, se encuentra viciada de nulidad.—La Corte, en sentencia de 7 de octubre de 1972, casa la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia, de 19 de julio de 1971, por medio de la cual condenó a Darley Toro Quintero, a cuatro años y un mes de presidio por el delito de falsedad en documentos públicos y peculado; y en su lugar decreta la nulidad de todo lo actuado a partir del auto cabeza de proceso inclusive, de fecha 9 de septiembre de 1970, y decreta la inmediata libertad incondicional del sindicado. Magistrado ponente, doctor Alvaro Luna Gómez 302

Págs.

Casación.—Causales 4ª y 1ª.—Las diligencias que se hayan realizado por los visitadores e investigadores de la Contraloría General de la República, antes de promulgarse el Decreto 2267 de 1967, tienen plena validez.—Cuando del auto de proceder se puede deducir con precisión el delito imputado al sindicado, no puede alegarse cualquier irregularidad cometida en dicha providencia, como causal de nulidad por errónea calificación del proceso.—Por sentencia de 7 de abril de 1972, la Corte desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, por la que se condenó a Víctor Manuel Giraldo Camacho y otros, a seis años y tres meses de presidio por los delitos de peculado y falsedad en documentos. Magistrado ponente, doctor Alvaro Luna Gómez 306

Veredicto.—(Interpretación).—Cuando se alega nulidad por errada denominación jurídica de los hechos, no se discuten éstos en sí mismos, sino su calificación jurídica.—El hecho de interrogar separadamente en sendos formularios, por la responsabiliad del procesado en la comisión del homicidio intencional y luego por las circunstancias de agravación del homicidio, no constituyen nulidad sino una simple irregularidad, ya que las dos preguntas se refieren al mismo delito.—Alcances jurídicos del ordinal 5º del artículo 363 del Código Penal.—En los juicios por jurados, los cuestionarios sometidos a su decisión deberán redactarse con ceñimiento estricto a las constancias y conclusiones del auto de proceder.—Si en la veredicción se estipulan circunstancias diversas de las contenidas en el respectivo cuestionario, éstas podrán ser acogidas por el juez de derecho, cuando sean favorables al sindicado. Y se tendrán como no dichas aquellas expresiones incluídas en el veredicto, en las cuales se afirme del procesado, circunstancias intensificadoras de la responsabilidad por las que el juez jure no hubiere sido expresamente preguntado.—Cuando el juez de derecho traduce en la sentencia las demasías del veredicto, la sentencia es acusable por el motivo primero de la causal 2ª de casación. Mas cuando los excesos del veredicto obedecen a los excesos de los cuestionarios, porque éstos contengan imputaciones o circunstancias modificadoras de la responsabilidad, intensificándola, extrañas al auto de proceder y si dicha situación ha tenido incidencia en las decisiones de los juzgadores de instancia, los vicios de nulidad entrañados en ellas, son remediables en casación a través de la causal cuarta.—La Corte, por sentencia de 8 de abril de 1972, no casa la sentencia proferida en segunda instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, de 8 de mayo de 1971, por la cual condenó a Martín Gutiérrez como responsable de los delitos de homicidio y lesiones personales. Magistrado ponente, doctor José María Velasco Guerrero 312

Casación.—Su técnica.—Causal 1ª—La violación directa e indirecta de la ley, son dos formas de impugnación de la sentencia que presuponen fundamentos antagónicos. Los elementos de hecho del proceso permanecen intangibles al formularse el cargo por violación directa, en tanto que la indirecta se basa en un desconocimiento de los mismos por parte del recurrente.—Por sentencia de 10 de abril de 1972, la Corte desecha el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado José Francisco Sánchez Valenzuela, contra la sentencia de 20 de agosto de 1971, del Tribunal Superior de Bogotá, por la cual se condenó al mencionado Sánchez Valenzuela a la pena de treinta y cinco meses de prisión y accesorias de rigor por el delito de violencia carnal, cometido en la menor Flor Angela Villamil Ruiz. Magistrado ponente, doctor Luis Eduardo Mesa Velásquez 322

Peculado.—Cuando la cuantía del delito es motivo específico de agravación o de atenuación de la sanción, es indispensable que se haga esta determinación antes de proferir el auto enjuiciatorio. De lo contrario se estaría violando el artículo 483, ordinal 3º, del Código de Procedimiento Penal, y socavando la garantía de defensa que le asiste al encausado por no encontrarse delimitado el ámbito de la acusación.—Por auto de 26 de abril de 1972, la Corte revoca la providencia del Tribunal Superior de Villavicencio, de 27 de enero de 1972, por la cual sobresee definitivamente en favor del Exjuez Promiscuo Territorial de Puerto Rondón, señor José Gregorio Beltrán Martínez, y en su lugar lo sobresee temporalmente. Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez 326

Justicia Penal Militar.—El Decreto 271 de marzo 3 de 1971 aclaró el ámbito temporal de la

Págs.

nueva competencia otorgada a los Jueces Castrenses al afirmar que la Justicia Penal Militar conocerá de los procesos indicados en el Decreto 254 de febrero 27 de 1971, que se cometan durante su vigencia.—Por auto de 26 de abril de 1972, la Corte dirime la colisión de competencia negativa surgida entre el Comando de la Tercera Brigada del Ejército, con sede en Cali y el Juzgado 5º Penal del Circuito de Palmira (Valle), dando el conocimiento a este Juzgado para conocer del proceso que se sigue en averiguación del delito de secuestro de que fue víctima el menor Juan Clímaco Manián Gutiérrez. Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez 330

Homicidio voluntario.—(Culpabilidad).—Cuando el Jurado responde: "Sí es responsable sin plena intención de matar", se está imputando al procesado un homicidio simplemente voluntario, ya que la determinación de la voluntad en orden a ese resultado, es resolución que puede formarse serena y reflexivamente, sin alteración alguna del entendimiento, o adoptarse con ánimo perturbado por la emoción u otra causa y de modo súbito. En consecuencia la intención de causar un evento admite grados, puede ser más o menos intensa o llena según el proceso sicológico de formación y exteriorización en la conducta.—Por sentencia de mayo 6 de 1972, la Corte desecha el recurso de casación interpuesto por el procesado Carlos Alberto Valencia Londoño y su defensor, contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, de 21 de septiembre de 1971, por la cual se condenó al nombrado Valencia Londoño a la pena de nueve años de presidio y a las accesorias correspondientes, por homicidio en la persona de Jesús Antonio García Upegui.—Magistrado ponente, doctor Luis Eduardo Mesa Velásquez 332

Casación.—Violación indirecta de la ley sustancial.—La violación de la ley sustancial en forma indirecta es ocasionada por errores de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba que pueden ser presentados simultáneamente por el recurrente, pues bien puede ocurrir que el juzgador ignore o suponga pruebas o les asigne a otras un valor que legalmente no es el que les corresponde.—El estimar una prueba aportada irregularmente al proceso, constituye un error de hecho manifiesto y trascendente.—El aceptar parcialmente la confesión del sindicado sin que exista prueba que la haya desvirtuado, configura un error de derecho.—Por sentencia de 10 de mayo de 1972, la Corte casa la sentencia del Tribunal Superior de Cali, de fecha 20 de septiembre de 1971, en la parte que confirma la proferida por el Juzgado Segundo Superior de ese Distrito, mediante la cual se condenó a Laureano Garzón a la pena principal de cinco años de presidio y sanciones accesorias correspondientes, por los delitos de circulación de moneda falsa y estafa, cometidos en perjuicio del Estado y de los intereses de Alba Marina Magón, y en su lugar absuelve al procesado por tales delitos y ordena su libertad incondicional. Magistrado ponente, doctor Luis Eduardo Mesa Velásquez 336

Recurso extraordinario de revisión.—Ordinal 5º, artículo 584 del Código de Procedimiento Penal.—No existe diferencia sensible entre "hechos nuevos" y "pruebas no conocidas al tiempo de los debates", para efectos de la revisión.—Lo importante para el éxito de este singular medio de impugnación es que se aporten elementos de persuasión, de cualquier origen, distintos de los valorados por el fallador.—Si se ha proferido sentencia condenatoria en contra de varias personas por el mismo hecho y con base en la misma prueba, y si una de ellas interpone el recurso de revisión, y éste prospera, debe hacerse extensiva la decisión a favor de todos los copartícipes.—Por sentencia de 17 de mayo de 1972, la Corte ordena la revisión de la causa seguida contra Jesús Antonio Giraldo Gómez y los demás que se encuentran condenados por el delito de estafa en perjuicio del Hipódromo de Techo y sus apostadores, mediante sentencia del Tribunal Superior de Bogotá de fecha 9 de septiembre de 1968, y señala para tal fin, tomando en cuenta las normas actualmente vigentes sobre competencia, al Juzgado Penal del Circuito de Bogotá, al que corresponda en repartimiento. Magistrado ponente, doctor Luis Eduardo Mesa Velásquez 342

Salvamento de voto del doctor José María Velasco Guerrero 346

Nulidad.—(Por incompetencia del Juez).—Cuando la audiencia pública deba realizarse ante juez plural, y concurra a ella únicamen-

Págs.

te el Magistrado Sustanciador, se está en presencia de la causal de nulidad contemplada en el ordinal 1º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal.—Por sentencia de 26 de mayo de 1972, la Corte declara la nulidad de lo actuado en proceso seguido contra el doctor Gonzalo Granada Gómez en su calidad de Juez del Circuito de Belén de Umbría, a quien se sindicó del delito de abuso de confianza, a partir del auto de fecha 29 de julio de 1971, inclusive. Magistrado ponente, doctor Julio Roncallo Acosta 349

Restitución de términos.—Esta restitución fue mantenida por el nuevo estatuto de Procedimiento Civil, mediante la nulidad de lo actuado: "Después de ocurrida cualquiera de las causales legales de interrupción o suspensión y antes de la oportunidad para reanudarlo". (Ord. 5º del Art. 152).—Por sentencia de 30 de mayo de 1972, la Corte declara nulo lo actuado a partir del 29 de febrero del presente año, cuando empezó a correr el traslado para la presentación de la demanda de casación, en el proceso adelantado contra Alberto Reinosa Torres por el delito de homicidio. Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez 351

Estado de ira.—Requisitos que debe reunir la atenuante por ira provocada a que se refiere el artículo 28 del Código Penal.—La ley penal colombiana no impide favorecer con lo estatuído en el artículo 28 del Código Penal, a quien reacciona con ira por errónea suposición del hecho ajeno, de su naturaleza provocadora o de su injusticia, o de todos estos factores unidos, pero es preciso que el supuestamente provocado haya procedido con explicable error en la interpretación de la realidad.—Por sentencia de 8 de junio de 1972, la Corte desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de segunda instancia, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, de fecha 20 de agosto de 1971, por la que se condenó por el delito de falsedad en documentos públicos a Mariela Restrepo de Siegert. Magistrado ponente, doctor Luis Carlos Pérez 353

Condena condicional.—Requisitos para conceder esta gracia especialísima al sentenciado.—Por sentencia de 15 de junio de 1972, la Corte desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de 26 de junio de 1970, por la cual impuso al procesado Edilberto Morales Chaves, la pena principal de catorce meses de prisión, como responsable del delito de estafa. Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez 361

Colisión de competencias.—Cuando se desconoce el lugar donde se cometió la infracción, debe darse aplicación al artículo 42 del Código de Procedimiento Penal, donde se consagra la competencia a prevención.—Por auto de 20 de junio de 1972, la Corte dirime el conflicto de competencias de carácter negativo suscitado entre el Comando de la Segunda Brigada y el Comando de la Brigada de Institutos Militares, con sede en Barranquilla y Bogotá, respectivamente, atribuyendo a la primera de las citadas, el conocimiento del proceso que se sigue a Ramón López Rondón, por delito de extorsión. Magistrado ponente, doctor Alvaro Luna Gómez 363

Casación.—Causales 4ª y 1ª—Requisitos que debe reunir el auto enjuiciatorio (Art. 483 del C. de P. P.).—Coautoría y complicidad correlativa.—Dosificación de la pena cuando de los hechos se deducen dos o más circunstancias de agravación del delito.—Por sentencia de 20 de junio de 1972, la Corte desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de segunda instancia de 24 de septiembre de 1971, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, por la que se condenó a Desiderio González López y otros, a diez y seis años y seis meses de presidio por el delito de homicidio. Magistrado ponente, doctor Alvaro Luna Gómez 365

Nulidad supralegal.—La Corte reitera su doctrina al explicar que el artículo 26 de la Constitución Nacional, determina cuatro garantías con naturaleza, objeto y consecuencias propias, cuyo desconocimiento acarrea sanciones de distinta índole, salvo los casos excepcionales previstos por el artículo 27 ibídem. *Cuando en el auto de vocación a juicio se formulan los cargos al procesado con expresiones confusas, equívocas o susceptibles de sembrar incertidumbre o graves dificultades en el ejercicio del derecho de defensa, se quebranta el artículo 26 de la Constitución configurándose una nulidad supralegal.*—Por sentencia de 20 de junio de 1972,

Págs.

la Corte invalida la sentencia impugnada del Tribunal Superior de Buga y, en su lugar declara la nulidad de lo actuado a partir del auto de proceder inclusive, en las diligencias adelantadas contra Luis Eduardo Mazuera Domínguez, Sigifredo Zapata Zuleta, Gildardo Zapata Zuleta y Pedro Antonio Mazuera Libreros, por el delito de homicidio. Magistrado ponente, doctor Julio Roncallo Acosta 371

Delito continuado.—La unidad de designio es el requisito exigido por la legislación para diferenciar el delito continuado del concurso material de tipos penales.—Por auto de 21 de junio de 1972, la Corte confirma parcialmente la providencia de 2 de diciembre de 1970, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá —Sala de Decisión Penal—, por la cual se llamó a responder en juicio criminal al doctor Hugo Jesús Ortiz Rosero, Exjuez Promiscuo Municipal de San Cayetano, por delitos contra la administración pública. Magistrado ponente, doctor Humberto Barrera Domínguez 377

SALA LABORAL

Seguro de vida.—Esta Sala de la Corte considera que cuando el artículo 22 dice que el seguro de vida consistente en un mes de salario por cada año de servicios, continuos o discontinuos, se liquidará en la misma forma que el auxilio de cesantía, se está refiriendo a la regla contenida en el artículo 17, inciso 1, que señala cuál es el salario que ha de tomarse como base para hacer dicha liquidación, o sea por el último, si no sufrió variación en los tres últimos meses, o por el promedio mensual de lo devengado en el último año, si hubo esa variación o si el salario era variable; así es como se liquida el auxilio de cesantía por regla general.—La Corte, por sentencia de enero 13 de 1972, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Aura María González vda. de Suárez, Guillermo Suárez González, Elda Suárez González de Pérez y Enrique Suárez González contra la fábrica de tejidos "San José de Suaita". Magistrado ponente, doctor José Eduardo Gnecco C. 384

Modalidades del salario.—No pugna con ningún precepto sustantivo laboral el que las partes fijen como remuneración del trabajo un porcentaje de las comisiones y bonificaciones retributivas del mismo, siempre que no resulten inferiores al mínimo legal.—La Corte, por sentencia de enero 26 de 1972, casa parcialmente la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Celio González Santamaría, contra Singer Sewing Machine Company S A. Magistrado ponente, doctor José Enrique Arboleda Valencia 390

Infracción directa de la ley.—La infracción directa de la ley consiste en su desconocimiento o en la disposición contra su mandato, con independencia de toda cuestión probatoria.—Y aquí el recurrente la afirma como consecuencia de errores de hecho que provinieron de la mala apreciación de determinadas probanzas —entre ellas, peritazgo y testimonios excluídos de este concepto por la Ley 16 de 1969— esto es, por vía indirecta, que contraría los supuestos lógicos en que ha de considerarse la violación directa.—Tal equivocación descalifica el ataque, conforme a la doctrina y a la jurisprudencia sobre técnica del recurso de casación y a la práctica constante de la Corte.—La Corte, por sentencia de enero 26 de 1972, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena en el juicio de José Cambas Vásquez contra A. y S. Santamaría S. A. Magistrado ponente, doctor Juan Benavides Patrón 395

Documento auténtico e inspección ocular.—El impugnador alega acerca también de la condición de documento auténtico que tiene el acta de inspección ocular, para fijarla en el ámbito del artículo 23 de la Ley 16 de 1968, para los efectos de la acusación por error de hecho.—El documento y la inspección ocular son medios de prueba diferentes, en la doctrina y en la ley, y no es admisible presentar el último, a través del acta que lo contiene, como especie del primero o como el mismo, para sortear los rigores de la casación laboral, en su motivo del error de hecho.—La Corte, por sentencia de febrero 8 de 1972, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Jaime Enrique Ospino Camargo contra la Unión de Farmacias Ltda. (Unifar). Magistrado ponente, doctor Juan Benavides Patrón 402

Indemnización moratoria.—Es evidente que esta Sala de la Corte ha sostenido reiteradamen-

Págs.

te que, es motivo de exoneración de la sanción moratoria a que se refiere el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, cuando la buena fe que se reclama está respaldada por razones valederas, afianzadas a su turno en pruebas atendibles que abonen esa creencia, así como también ha expresado que se admite la exoneración cuando el patrón niega el contrato laboral y, en consecuencia, se abstiene de consignar suma alguna en favor del trabajador, justificando su actitud con razones valederas y aportando al proceso las pruebas del caso, de las cuales pueda el fallador llegar al convencimiento de que obró de buena fe.— La Corte, por sentencia de febrero 11 de 1972, casa parcialmente la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Carlos Bolaño López contra el Instituto Colombiano de Seguros Sociales. Magistrado ponente, doctor Miguel Angel García B. 405

Prescripción.—Lo mismo es, desde el punto de vista de las consecuencias jurídicas, el que la derogación de la ley creadora de una prescripción extintiva se produzca a sólo un día de iniciada o que se efectúe cuando falta sólo un día para que se consuma: la nueva voluntad legal es la de que desaparezca el término extintivo, que no puede, por tanto, seguir corriendo con apoyo en una disposición sin vigencia.—La Corte, por sentencia de febrero 18 de 1972, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta en el juicio de Elías María Hazbum contra la Compañía Frutera de Sevilla. Magistrado ponente, doctor José Enrique Arboleda Valencia 412

Casación.—(Técnica).—Los artículos 52 del Decreto 2127 de 1945 y 1º del Decreto 797 de 1949, sustituído el primero por el segundo, son simplemente reglamentarios, y por tanto, el supuesto quebrantamiento de ellos, no puede dar base a un cargo en casación, si no se señala la norma sustancial reglamentada.—La Sala ha dicho en jurisprudencia reiterada que el artículo 1º del Decreto 797 de 1949 es reglamentario del 11 de la Ley 6ª de 1945, como lo fue el 52 del Decreto 2127 del mismo año, antes de ser sustituído por aquél.—Era preciso entonces que el impugnante hubiera acusado como violado el artículo 11 de la Ley 6ª de 1945 para poder entrar en el examen de los cargos.—La Corte, por sentencia de febrero 23 de 1972, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Rafael Flórez Uribe contra Canalización y Reembolso Río Medellín, Instituto de Aprovechamiento de Aguas. Magistrado ponente, doctor Jorge Gaviria Salazar 418

Trabajadores de la construcción.—El error de interpretación del artículo 4 del Decreto 2127 no es del sentenciador, sino del casacionista cuando pretende que el trabajar en una Secretaría de Obras Públicas implica el hacerlo en "la construcción o sostenimiento de las obras públicas", siendo así que una cosa no conlleva la otra: no todos los trabajadores de la Secretaría de Obras Públicas, ni del Ministerio del Ramo, están vinculados a dicha construcción o sostenimiento y, por el contrario, son numerosos los que están ligados a esas entidades por relación de derecho público.—La Corte, por sentencia de febrero 24 de 1972, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Alvaro Pardo Castro contra la Secretaría de Obras Públicas del Departamento de Cundinamarca y el Instituto de Seguridad Social. Magistrado ponente, doctor José Enrique Arboleda Valencia . . 424

Casación.—(Técnica).—Por lo demás, debe decirse, que conforme al artículo 7º de la Ley 16 de 1969 que subrogó el 23 de la 16 de 1968, la violación de la ley por la vía indirecta no se produce por la falta de apreciación o estimación equivocada de la prueba testimonial; solamente puede presentarse el error evidente de hecho cuando el medio probatorio no tenido en cuenta o indebidamente analizado, es la confesión judicial, el documento auténtico o la inspección ocular.—La Corte, por sentencia de febrero 29 de 1972, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena en el juicio de Eduardo Espitaleta Pérez contra la Empresa Puertos de Colombia, Terminal Marítimo y Fluvial de Cartagena, Empresa Puertos de Colombia o Empresa Puertos de Colombia. Magistrado ponente, doctor Jorge Gaviria Salazar 428

Contrato de trabajo.—La aceptación que el actor hace de que tenía un ayudante a su servicio, contratado por él y por él pagado, no empece el contrato de trabajo, como lo ha

Págs.

explicado la jurisprudencia; el que cubriera alquiler a la empresa por las carretillas que le suministraba para distribución del producto y que aparece pactado en la cláusula tercera del tántas veces citado contrato, tampoco destruye el de trabajo al tenor del artículo 25 del Código de la materia.—La Corte, por sentencia de marzo 1º de 1972, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de José J. Osorio Gómez contra Procesadora de Leches S. A. (Proleche). Magistrado ponente, doctor José Enrique Arboleda Valencia 438

Pensión de jubilación plena y restringida.—Voces de los Decretos 2351 de 1965, 1373 de 1966, Ley 48 de 1968 y artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo.—La Corte, por sentencia de marzo 10 de 1972, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Jesús Antonio Rosas R. contra el Banco Comercial Antioqueño. Magistrado ponente, doctor Juan Benavides Patrón 443

Norma más favorable.—En el caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador.—La norma que se adopte debe aplicarse en su integridad.—(Artículo 21, C. S. del T.).—La Corte, por sentencia de marzo 21 de 1972, casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta en el juicio de Milciades Vásquez Soto contra la Compañía Frutera de Sevilla. Magistrado ponente, doctor Alejandro Córdoba Medina 453

Excepción perentoria.—Cuando no existe el derecho reclamado o no se prueba, se absuelve de la súplica respectiva.—Solamente puede declararse demostrada una excepción perentoria, si en los autos aparece probado un hecho en virtud del cual la ley desconoce la existencia de la obligación, o la declara extinguida, si alguna vez existió.—La Corte, por sentencia de marzo 22 de 1972, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Luis Bernardo Herrera Moncayo contra la Empresa de Licores de Cundinamarca. Magistrado ponente, doctor Jorge Gaviria Salazar 458

Prescripción.—Señala pues el Código Sustantivo del Trabajo, el término de prescripción de

Págs.

acciones, pero no se ocupa en detalles de dar normas sobre la manera como se opera este fenómeno, con excepción de indicar cómo se interrumpe aquélla (Art. 489 ibídem*).—En estas circunstancias y con fundamento en el artículo 145, Código Penal Laboral, ha debido aplicarse por analogía lo dispuesto en el texto 343 de la Ley 105 de 1931, vigente en el momento en que se interpuso el recurso extraordinario de casación.—Dice esta norma: "Cuando el juez halle justificados los hechos que constituyen una excepción perentoria aunque ésta no se haya propuesto ni alegado, debe reconocerla en la sentencia y fallar el pleito en consonancia con la excepción reconocida, salvo la de prescripción que debe siempre proponerse o alegarse".*—La Corte, por sentencia de abril 11 de 1972, casa parcialmente la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el juicio de Alcibiades Hernández López contra Luis Estrada Lotero. Magistrado ponente, doctor Jorge Gaviria Salazar 465

Terminación legal y terminación injusta del contrato de trabajo.—Adentrándose en el estudio que se le propone, la Corte entiende que de los modos de terminación del contrato laboral que establece el artículo 6º del Decreto 2351 de 1965 sólo constituye despido el de su literal h), que lo expresa en su concepción propia de decisión unilateral del patrono y en su equivalente jurídico de razones que obligan al trabajador a terminar el vínculo, en manifestación que, como la primera, recogen actos de voluntad muy diferentes del consentimiento común (literal b), o de la expiración del plazo pactado (literal c), o del convenio con referencia a la obra (literal d), o de que el trabajador no regrese a su empleo al desaparecer la causa de la suspensión del contrato (literal i), como distintos son también los modos que obedecen a la muerte del trabajador (literal a), a la liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento (literal e), a la suspensión de actividades del patrono durante más de 120 días (literal f) y a la sentencia ejecutoriada (literal g).—Todos los anteriores son modos de terminación legal del contrato y como tales, en principio, no causan reparación de perjuicios.—La Corte, por sentencia de abril 21 de 1972, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el juicio de Carlos Enrique Nar-

Págs.

váez contra la sociedad denominada Central Automotor Limitada. Magistrado ponente, doctor Juan Benavides Patrón 473

Salvamento de voto del Magistrado, doctor José Eduardo Gnecco C. 481

Casación.—(Técnica).—La sentencia impugnada parte de la base de que "la simple rebeldía mientras no cause perjuicio a la disciplina del establecimiento y vaya acompañada de actos de manifiesta negativa a cumplir las órdenes que reglamentariamente está obligado el trabajador a cumplir, no constituye justa causa de despido".—El recurrente no reclama de esta interpretación de la norma respectiva, y como no ataca ese fundamento del fallo sino la apreciación probatoria, se entiende que acepta la interpretación, pero que dentro de ella cree que hubo errores de hecho, o sea que las pruebas demostraban la falta dentro del alcance que el juzgador exigía para considerarla como justa causa.—En tal situación no era procedente la acusación por interpretación errónea que el opositor reclama, es decir, que en tal reparo no es atendible lo alegado por el opositor.—La Corte, por sentencia de abril 21 de 1972, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Gerardo Vargas contra Camilo Salgar Jaramillo & Cía. Limitada. Magistrado ponente, doctor Alejandro Córdoba Medina 483

Error de hecho.—Resalta el error de hecho del Tribunal Superior al no dar por demostrado que el patrono avisó al trabajador su voluntad de no prorrogar el contrato fuera del término de 30 días, exigido por el ordinal 3º del artículo 4º del Decreto 2351 de 1965, circunstancia cuya determinación eludió, y el de no haber concluído que el contrato a término fijo se prorrogó legalmente por un año.—A esto se le agrega el error de hecho de haber dado por acreditado que con el pago de diez y ocho días de salarios correspondientes al tiempo comprendido entre la desvinculación del trabajador y el 4 de septiembre de 1969, el patrono cumplió con su obligación de indemnizar al trabajador pagándole los salarios de los días que faltaban para cumplirse el plazo pactado.—La Corte, por sentencia de abril 24 de 1972, casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Carlos Serna Higuita contra Tejidos Leticia Ltda. Magistrado ponente, doctor José Eduardo Gnecco C. .. 488

Indemnización moratoria.—Examinada en conjunto esta prueba documental, de ella sólo aparece que el actor fue "representante en ventas" de la sociedad; que como tal, le fueron pagadas comisiones por ventas; que existió acuerdo entre las partes para poner fin a "un contrato de representación", que se le adeudaba una cantidad líquida de dinero y que se llegó a un arreglo para su pago y que no estaba inscrito como trabajador de la empresa en el Instituto Colombiano de Seguros Sociales.—Ni por asomo aparece de las dichas probanzas, que la demandada hubiera entendido celebrar con el actor un contrato de trabajo.—De estas pruebas y en forma evidente surge el que la sociedad sí podía albergar justo motivo de duda sobre la naturaleza de la relación con el demandante y por ello se explica la posición que al respecto adoptó cuando contestó la demanda.—La Corte, por sentencia de abril 27 de 1972, casa parcialmente la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en el juicio de Héctor Sandino contra la sociedad Icoban Ltda. Magistrado ponente, doctor Jorge Gaviria Salazar 494

Pensión restringida de jubilación.—Ciertamente como lo anota la censura en este cargo, para efectos de la pensión plena de jubilación *que corresponde a trabajadores vinculados a la administración pública, ligados a ésta por relación de derecho público o por contrato de trabajo, hay normas que determinan para esos fines la proporción por la que deben responder esas entidades en relación con el tiempo servido a ellas, a fin de que la última pueda atender al pago de esa pensión plena jubilatoria.—En cambio, no sucede lo mismo con la pensión restringida derivada de la Ley 171 de 1961, artículo 8º y del 21 del Decreto 1611 de 1962, que se ordena en las condiciones de tiempo de servicio y de despido injusto allí especificados, pero que no trata de proporcionalidad de ninguna naturaleza.*—La Corte, por sentencia de mayo 17 de 1972, casa parcialmente la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Luis Alejandro Rodríguez contra el Banco Cafetero. Magistrado ponente, doctor Miguel Angel García B. 500

Págs.

Prestaciones legales y extralegales e indemnización moratoria.—Por otro aspecto, lo resuelto en laudos arbitrales o en convenciones colectivas sustituye de derecho lo estipulado en los contratos individuales de trabajo y las obligaciones y derechos que de ellas surgen son de la misma categoría de las obligaciones y derechos mínimos señalados en las leyes laborales.—Es por ello igualmente imperioso el cumplimiento de unas y otras, sin que pueda el patrono oficial o privado retardar la ejecución de las primeras con el argumento de que por ser "extralegales", no urge el satisfacerlas con la misma premura que las legales.—La división entre prestaciones legales y extralegales tiene importancia desde el punto de vista de su origen para los efectos de la irrenunciabilidad del mínimo de derechos y garantías consagrados por la ley en favor de los trabajadores; pero no incide en la necesidad del cumplimiento de unas y otras, de tal forma que el retardo en satisfacerlas, conlleva la misma sanción moratoria, templada sólo por el concepto de la buena fe, tal como lo ha explicado con amplitud y reiteración esta Sala de la Corte.—La Corte, por sentencia de mayo 18 de 1972, casa parcialmente la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Reinaldo Castrillón Sánchez contra el Instituto de Aprovechamiento de Aguas y Fomento Eléctrico - Comisión de Canalización y Reembolso del Río Medellín. Magistrado ponente, doctor José Enrique Arboleda Valencia 517

Casación.—(Técnica).—La infracción directa, la aplicación indebida y la interpretación errónea, porque cada uno de estos conceptos tiene una motivación distinta y excluyente de los otros dos: la infracción directa proviene del desconocimiento de la voluntad abstracta de un precepto claro, pero que el sentenciador no aplica por ignorarlo o no reconocerle validez, en tanto que la aplicación indebida y la interpretación errónea hacen suponer la solución del litigio por medio de la norma que se indica como violada por su parte; la aplicación indebida ocurre cuando no obstante haber entendido rectamente el texto, el juzgador lo aplica en forma que no conviene al caso, en tanto que la errónea interpretación implica la inteligencia equivocada de la disposición legal.—No pudiendo la regla normativa aplicarse y dejar de aplicarse al mismo hecho, ni haber sido a un tiempo bien y mal interpretada respecto del mismo caso, salta a la vista la improcedencia del planteamiento que acumule en el mismo cargo dos o más de tales conceptos de violación, *por contradictorios.*—La Corte, por sentencia de mayo 22, de 1972, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta en el juicio de Carlos de Andreis contra el Departamento del Magdalena. Magistrado ponente, doctor Miguel Angel García B. 521

Cargo nuevo en casación.—Este cargo sí se halla en el ámbito del juzgamiento del Tribunal, ya que presenta como infringidos preceptos del régimen legal en que se fijó la relación de autos y no, como el primero, del correspondiente al trabajador particular conforme al Decreto 2351 de 1965.—Pero contiene, como lo observa el Procurador Delegado, una cuestión no propuesta en instancia, cual es la relativa a la indemnización moratoria, que ni se impetró en el libelo inicial ni la resolvió el a quo, *en fallo que, por otra parte, no fue apelado por el demandante.—Y el* ad quem *tampoco la estimó, ni la podía estimar, apareciendo, por la primera vez, ante la Corte, en forma que constituye medio nuevo en casación y que como tal debe rechazarse.*—La Corte, por sentencia de mayo 25 de 1972, no casa la proferida por el Tribunal Superior de Cali en el juicio de Guillermo Cabal Barona contra la Nación. Magistrado ponente, doctor Juan Benavides Patrón 528

Unidad de empresa.—Para resolver el tema propuesto es preciso mirar, ante todo, que el artículo 15 del Decreto 2351 de 1965, que subrogó el 194 del Código Sustantivo del Trabajo, estableció tres figuras distintas de unidad de empresa, las dos primeras correspondientes al precepto derogado y nueva la tercera.—La Corte, por sentencia de junio 6 de 1972, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el juicio de Luis Alfredo Rodríguez Morón contra Generoso Mancini - Manteca "La Americana Limitada y Fábrica de Aceites y Grasas Vegetales La Americana Limitada" hoy "Fábrica de Aceites y Grasas Vegetales Acegrave Ltda.". Magistrado ponente, doctor José Enrique Arboleda Valencia 535

Reintegro o indemnización.—Es cierto que el numeral 5º del artículo 8º del Decreto 2351

Págs.

de 1965, adoptado como estatuto permanente por la Ley 48 de 1968, no da un poder discrecional al juez para decidir entre la indemnización y el reintegro, sino que lo obliga para ello a estimar y tomar en cuenta las circunstancias que aparezcan en el juicio.— La Corte, por sentencia de junio 12 de 1972, casa parcialmente la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Gilma R. de Ladino contra Allen Lowrie y Mary de Lowrie. Magistrado ponente, doctor Miguel Angel García B. .. 552

Pensión restringida de jubilación.—Se observa que es indudable que el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, que regula la pensión restringida, señala como tiempo de servicio más de diez años y menos de quince, continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de la ley, si para entonces el trabajador tiene cumplidos sesenta años, o desde la fecha en que se cumpla esa edad con posterioridad al despido, en el caso contemplado en el inciso primero, o después de cumplidos los quince años de servicios, cuando el trabajador cumpla los cincuenta años o desde la fecha del despido si ya los hubiere cumplido, al tenor del inciso segundo, pero en ambos casos se exige como causa fundamental que el despido se efectúe sin justa causa *además de que el capital de la empresa no debe ser inferior a ochocientos mil pesos.*—La Corte, por sentencia de junio 14 de 1972, casa parcialmente la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Elías Levy contra Kalusin Importing Company (Kico). Magistrado ponente, doctor Miguel Angel García B. 558

Prueba de la personería.—Conviene aclarar, aun cuando ello no fue motivo de acusación, que el fallador de segunda instancia interpretó erróneamente el artículo 36 del Código Procesal del Trabajo al exigir al demandado la prueba a que se alude en dicha norma cuando propuso la excepción respectiva.—Por regla general es el demandante quien debe aportar la prueba de la existencia de la persona jurídica a quien demanda y de la calidad de su representante.—Sólo que en los juicios laborales está relevado de hacerlo, salvo cuando se discuta el hecho como cuestión principal, o sea, como lo ha dicho la jurisprudencia, cuando en la contestación de la demanda o en la primera audiencia de trámite se niegue

Págs.

la existencia de la persona jurídica o la calidad de quien se cita como su representante.—La Corte, por sentencia de junio 15 de 1972, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio en el juicio de Héctor Parrado Castro contra el Hospital General de Villavicencio, San Luis de Montfort. Magistrado ponente, doctor José Eduardo Gnecco C. 562

Terminación del contrato por clausura de la empresa.—El artículo 6º del Decreto 2351 de 1965, separa claramente los modos de terminación del contrato de trabajo, y mientras en el literal e) habla de liquidación o clausura definitiva de la empresa, en el literal h) trata de la decisión unilateral en los casos de los artículos 7 y 8 del mismo Decreto.—No pueden confundirse dos eventos de conclusión claramente distinguidos por la misma ley, ni es posible aplicar una indemnización correspondiente a uno de los modos de terminación, a un caso contemplado en otro de ellos.— La Corte, por sentencia de junio 16 de 1972, casa parcialmente la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el juicio de Gilberto Potes Redondo contra Central Automotor Limitada. Magistrado ponente, doctor Alejandro Córdoba Medina .. 567

Transacción.—La transacción implica el que ambos contratantes cedan recíprocamente parte de sus pretensiones.—La Corte, por sentencia de junio 22 de 1972, no casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta en el juicio de Rafael García Alfaro contra la Compañía Frutera de Sevilla. Magistrado ponente, doctor José Enrique Arboleda Valencia 571

Casación. — (Técnica). — El señalamiento de pruebas mal apreciadas debe ceñirse a lo dispuesto por el artículo 7º de la Ley 16 de 1969, en cuanto que sólo es admisible el error de hecho por apreciación indebida o falta de apreciación de documento auténtico, confesión judicial o inspección ocular.—El acusador presenta la demanda inicial y su contestación como documentos mal apreciados, pero se ha dicho repetidamente, que esas piezas solamente pueden ser señaladas como indebidamente apreciadas o dejadas de apreciar en cuanto contengan confesión, pues no son propiamente aquella prueba escrita, sin que en el presente caso hayan sido adecuadamente

Págs.

indicadas como confesiones.—La Corte, por sentencia de junio 27 de 1972, nó casa la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Libardo Carmona Gómez contra el Instituto de Aprovechamiento de Aguas y Fomento Eléctrico, Canalización y Reembolso del Río Medellín. Magistrado ponente, doctor Alejandro Córdoba Medina 578

Recurso de hecho.—Aunque el artículo 310, Código de Procedimiento Civil, denomina auto la providencia en que se corrija un error aritmético, es incuestionable que ella decide el asunto principal, fijándolo además en su contenido exacto, por lo que tiene la fuerza jurídica de la resolución corregida y forma parte de ella.—La Corte, por providencia de junio 27 de 1972, declara mal denegado el recurso de casación que interpuso Agustín Maya Campuzano contra la sentencia que dictó el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira el 17 de febrero de 1972, con su corrección del 20 de abril del mismo año en el ordinario de trabajo seguido por Augusto Maya Trujillo contra Agustín Maya Campuzano. Magistrado ponente, doctor Juan Benavides Patrón 582

Prueba pericial.—Inspección ocular.—Cuando a la constancia dejada por el perito de que el demandado no puso a su disposición los libros y comprobantes con base en los cuales iba a rendir su dictamen, es de observar que la prueba pericial fue decretada con posterioridad a la inspección ocular, y que respecto a ésta, como lo anota el recurrente, no es procedente la declaratoria de confeso cuando se impide la labor del perito por una de las partes.—La Corte, por sentencia de junio 28 de 1972, casa parcialmente la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Jesús María Guerrero Rocha contra Luis M. Sarmiento. Magistrado ponente, doctor José Eduardo Gnecco C. 586

Sentencias no publicadas 595

32040 — 74