REPUBLICA DE COLOMBIA

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO CXXXVIII

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

BOGO[illegible] - TALLERES GRAFICOS DE LA PENITENCIARIA CENTRAL DE COLOMBIA — 1973

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

SALA PLENA

Doctor Luis Eduardo Mesa Velásquez, *Presidente*
Doctor José Gabriel de la Vega, *Vicepresidente*
Doctor Heriberto Caycedo Méndez, *Secretario*

SALA DE CASACION CIVIL

Doctor Ernesto Cediel Angel, *Presidente*
Doctor Heriberto Caycedo Méndez, *Secretario*

MAGISTRADOS: Doctores

Ernesto Blanco Cabrera, hasta enero 21 de 1971
Aurelio Camacho Rueda, desde 11 de mayo de 1971
Ernesto Cediel Angel
José María Esguerra Samper
Germán Giraldo Zuluaga
Humberto Murcia Ballén, desde 11 de mayo de 1971
Alberto Ospina Botero, desde 22 enero hasta mayo 10/71
Guillermo Ospina Fernández, hasta 10 de mayo de 1971

SALA DE CASACION PENAL

Doctor José María Velasco Guerrero, *Presidente*
Doctor Evencio Posada, *Secretario*

MAGISTRADOS: Doctores

Mario Alario Di 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 José Enrique Arboleda Valencia, *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 CONSTITUCIONAL

Doctor Luis Sarmiento Buitrago, *Presidente*

MAGISTRADOS: Doctores

José Gabriel de la Vega
Guillermo González Charry, desde 11 de enero de 1971
Luis Sarmiento Buitrago
Eustorgio Sarria
Hernán Vélez Londoño, hasta enero 10 de 1971

RELATORES: Doctores

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

Enero a junio de 1971.

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTORES:

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

OMO CXXXVIII — Bogotá - Colombia — Enero a Junio de 1971 — Números 2340, 2341, 2342, 2343, 2344, 2345.

Sala de Casaciòn Civil

SIMULACION ABSOLUTA

nterés del cónyuge y de sus causahabientes universales para demandarla. Heredero testamentario, prueba de su personería.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.

Bogotá, D. E., once de enero de mil novecientos setenta y uno.

Proyecto preparado por el Abogado Asistente, doctor Ricardo Uribe Holguín y aprobado en sesión del 9 de diciembre de 1970, según Acta número 115.

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por Pedro Pablo Bermúdez y Rosa María Ruiz de Bermúdez, y también por Alcibíades Sanabria y Hermencia Piñeros de Sanabria, contra la sentencia de fecha 6 de diciembre de 1967, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Guateque en el juicio ordinario que promovieron Cayo Piñeros y Reinalda Piñeros de Piñeros contra Pedro Pablo Bermúdez, Benjamín Bermúdez, Juan de la Cruz Piñeros, Rosa María Ruiz de Bermúdez, Alcibíades Sanabria y Hermencia Piñeros de Sanabria.

I. El litigio

1. En demanda ampliada oportunamente, los cónyuges Cayo Piñeros y Reinalda Piñeros de Piñeros, obrando en su carácter de herederos testamentarios de Natividad Gue-

rrero de Bermúdez y para la sucesión ilíquida de ésta, solicitaron que se hicieran, contra los seis demandados enantes citados, las siguientes condenaciones:

Primera. Que es **absolutamente simulado**, y por lo tanto inexistente entre las partes, el contrato de que da fe la escritura número 91, otorgada en la Notaría Segunda del Circuito de Guateque el 9 de mayo de 1956, en la cual Pedro Pablo Bermúdez dijo vender a Benjamín Bermúdez ocho terrenos de su propiedad, cuyos linderos y títulos de adquisición se indican en la súplica;

Segunda. Que es **absolutamente simulado**, y en consecuencia inexistente entre los contratantes, el contrato contenido en la escritura número 544, otorgada en la Notaría Primera del mismo Circuito el 6 de diciembre de 1956, mediante la cual Benjamín Bermúdez afirmó vender a Juan de la Cruz Piñeros los mismos ocho terrenos determinados en la primera petición;

Tercera. Que es **absolutamente simulado**, y como tal inexistente entre las partes, el contrato a que concierne la escritura número 299, del 10 de octubre de 1958, de la Notaría de Guayatá, con arreglo a la cual Juan de la Cruz Piñeros manifestó vender a Rosa María Ruiz de Bermúdez los terrenos mencionados en la primera súplica, salvo el indicado allí como tercero dentro de la enumeración hecha por los demandantes;

Cuarta. Que es **absolutamente simulado**, e inexistente entre las partes, el contrato que se consignó en la escritura número 298, del 9 de octubre de 1958, de la misma Notaría de Guayatá, contrato por el cual Juan de la Cruz Piñeros aparece vendiéndole a Alcibíades Sanabria y a Hermencia Piñeros de Sanabria el terreno señalado como tercero dentro de la enumeración contenida en la primera súplica;

Quinta. Que en subsidio de los cuatro pedimentos anteriores, se declaren **nulos** todos esos contratos, "por falta de los requisitos o formalidades que la ley prescribe para el valor de los mismos";

Sexta. Que en subsidio de la súplica anterior, se declare que todos los citados contratos son **inexistentes** "por falta de causa, de precio y de consentimiento real";

Séptima. Que se cancelen las correspondientes escrituras;

Octava. Que se cancelen los respectivos registros de las escrituras;

Novena. Que se declare que los bienes aparente e inválidamente enajenados, vuelven "al estado que tenían antes de la celebración de los contratos impugnados, como si estos no hubieran existido";

Décima. Que consecuencialmente se de re también que dichos bienes no han sa del patrimonio de la sociedad conyugal formaron Pedro Pablo Bermúdez y Na dad Guerrero de Bermúdez;

Undécima. Que se condene en costas a lo demandados que se opongan.

En la ampliación de la demanda pidieron los actores, además:

Duodécima. Que subsidiariamente a las declaraciones de simulación, nulidad e inexistencia, se declare que los contratos "en cuanto fraudulentos, son **inoponibles** a la sociedad conyugal Bermúdez-Guerrero, y a la sucesión de ésta, representada por los actores";

Decimatercera. Que por lo tanto las escri turas y sus registros deben ser cancelados;

Decimacuarta. Que Rosa María Ruiz de Bermúdez, Alcibíades Sanabria y Hermencia Piñeros de Sanabria deben restituir, para la sociedad conyugal disuelta e ilíquida Bermúdez-Guerrero, los bienes que respectivamente aparecen haber comprado a Juan de la Cruz Piñeros, junto con los frutos que deben como poseedores de mala fe.

2. La extensa relación de hechos en que se funda cada una de estas súplicas, pueden resumirse de esta manera:

a) Los ocho inmuebles a que se refiere la súplica primera de la demanda, fueron adquiridos a título oneroso por Pedro Pablo

Bermúdez durante su matrimonio con Natividad Guerrero de Bermúdez.

b) La serie de ventas simuladas comenzó cuando Natividad estaba internada en el Hospital de Guatequ̧e y se hallaba en grave peligro de muerte.

c) Los contratos afectados de simulación absoluta fueron ideados por Pedro Pablo Bermúdez para evitar que, al fallecimiento de su cónyuge, la heredaran los hermanos o los sobrinos de ésta, puesto que no dejaría descendientes.

d) El primer contrato fue celebrado entre Pedro Pablo Bermúdez y su sobrino Benjamín Bermúdez, y como aquel desconfiara de que éste le restituyera los bienes ficticiamente transferidos o los pasara a nuevo testaferro que el tío indicara, resolvió forzar al sobrino a firmar a la orden de él un instrumento negociable por el valor de $ 100.000.00, instrumento que también fue simulado.

e) Ante el riesgo de que Benjamín revelara que la venta hecha por Pedro Pablo era simulada, éste lo sugestionó y, bajo amenazas, consiguió que vendiera simuladamente los mismos inmuebles a Juan de la Cruz Piñeros, quien también suscribió letra por $ 100.000.00 a la orden del aparente vendedor, letra que Pedro Pablo hizo endosar a su favor.

f) Pedro Pablo temió que Juan de la Cruz se negara por su parte a devolverle los bienes o a traspasarlos a otro testaferro designado por aquel, y decidió cobrarle las letras en juicio ejecutivo que terminó por dación en pago igualmente ficticia, porque el ejecutado es persona de escasos recursos económicos.

g) Durante el tiempo en que los terrenos aparentemente vendidos tuvieron otros supuestos dueños, Pedro Pablo Bermúdez continuó poseyéndolos y hasta dio parte de ellos en arrendamiento.

h) Entre tanto, Natividad Guerrero de Bermúdez falleció, después de haber otorgado testamento en que instituyó herederos a los dos demandantes.

i) Muerta Natividad, su marido Pedro Pablo contrajo segundas nupcias con Rosa María Ruiz, a quien hizo que Juan de la Cruz Piñeros le vendiera simuladamente todos los terrenos objeto de los contratos anteriores, salvo uno que logró que Piñeros les vendiera, también simuladamente, a Alcibíades Sanabria y Hermencia Piñeros de Sanabria, ésta última sobrina de Bermúdez.

3. Los seis demandados contestaron así la demanda original:

A) Pedro Pablo Bermúdez manifestó oponerse a todas las súplicas de la parte actora y negó la mayoría de los hechos invocados como sustento de las acciones ejercitadas. Propuso, además, las siguientes excepciones perentorias: "falta de interés jurídico en los actores"; por lo tanto, "carencia de acción"; de consiguiente, "falta de legitimación en causa" de la parte demandante; y finalmente "carencia de personería sustantiva en los demandados".

B) Benjamín Bermúdez, en su contestación de la demanda, expresó por medio de su apoderado: "En cuanto a la primera petición ...no me opongo y por tal razón la acepto, por ser cierto que Benjamín Bermúdez no tuvo ánimo e intención de adquirir el dominio de los terrenos enumerados y alinderados en tal petición, ni pagó el precio que figura en dicho instrumento al señor Pedro Pablo Bermúdez. Mi mandante firmó tal escritura sin leerla siquiera ni jamás recibió materialmente los renombrados terrenos. Obedeció órdenes de su tío Pedro.

"Por lo que hace a la segunda petición del libelo, tampoco me opongo, la acepto, por ceñirse a la verdad. Benjamín se concretó, atendiendo órdenes de su tío Pedro Pablo Bermúdez a firmar la 544 del 6 de diciembre de 1956, otorgada en la Notaría 1ª de Guateque, sin ánimo de vender a Juan de la Cruz Piñeros, por no ser dueño de los terrenos indicados en la petición anterior y de quien mi mandante no recibió ni un solo centavo como precio de los bienes y mucho menos la cantidad expresada en tal escritura. Tampoco hizo entrega material de los inmuebles relacionados, por no haberla ad-

quirido nunca, a favor del aparente comprador".

De resto, no se opuso Benjamín a ninguna de las otras súplicas de la demanda y aceptó en general como ciertos todos los hechos invocados en ella.

C) Juan de la Cruz Piñeros contestó en forma análoga, por conducto de su apoderado: "En cuanto a la primera petición de la demanda no le consta (a mi mandante) si los contratos celebrados entre Pedro Pablo Bermúdez y Benjamín Bermúdez hayan sido simulados o no, pues no intervino en nada en estos contratos ni tuvo conocimiento de tales contratos.

"En cuanto a la segunda petición de la demanda, efectivamente mi poderdante celebró con el señor Benjamín Bermúdez un contrato de compraventa de los terrenos a que se refiere esta petición, y efectivamente los compró no con el ánimo de adquirirlos sino en una forma de confianza y para luego devolver esa escritura de venta.

"En cuanto a la tercera petición de la demanda, es verdad que mi poderdante Juan de la Cruz Piñeros vendió a Ana Rosa (Rosa María) Ruiz de Bermúdez los terrenos que había adquirido de Benjamín Bermúdez, en forma simulada, esto es, sin el ánimo de transferir el dominio o propiedad de tales terrenos.

"En cuanto a la cuarta petición de la demanda no se opone por ser verdad lo afirmado y dicho en tal petición; la venta hecha por mi poderdante a Alcibíades Sanabria y socia también fue simulada".

No se opuso este demandado al resto de las súplicas y aceptó la mayoría de los hechos, señaladamente los que sirven de apoyo a las peticiones segunda, tercera y cuarta de la demanda.

D) Rosa María Ruiz de Bermúdez se opuso a que se hicieran las condenaciones pedidas por la parte demandante, negando la totalidad de los hechos invocados en el libelo.

E) Alcibíades Sanabria se opuso igualmente a todas y cada una de las súplicas; negó los hechos en que se funda la cuarta; manifestó que no le constan los demás, y propuso las siguientes excepciones perentorias: "falta de legitimación en causa en el actor" y "carencia de personería sustantiva tanto en demandantes como en demandados".

F) Por último, Hermencia Piñeros de Sanabria dijo oponerse a las condenaciones pedidas en la demanda y manifestó que la mayoría de los hechos invocados por la parte actora no son hechos personales de ella.

4. Benjamín Bermúdez y Juan de la Cruz Piñeros no contestaron la ampliación de la demanda. Los restantes demandados sí lo hicieron, oponiéndose a las peticiones adicionales en ella formuladas y proponiendo la excepción dilatoria de inepta demanda, que fue decidida adversamente a ellos en especial y previo pronunciamiento.

5. El Juez Promiscuo Municipal de Guayatá dictó sentencia cuya parte resolutiva expresa en síntesis lo siguiente:

a) Declárase absolutamente simulados, e inexistentes entre las partes que dijeron celebrarlos, los cuatro contratos de compraventa a que se refieren las cuatro primeras súplicas de la demanda;

b) Ordénese la cancelación de las correspondientes escrituras y de las respectivas inscripciones en el registro;

c) Dispónese que los terrenos aparentemente vendidos vuelvan al haber de la sociedad conyugal que formaron Pedro Pablo Bermúdez y Natividad Guerrero de Bermúdez;

d) Ordénase la cancelación de la inscripción de la demanda en el registro;

e) Condénase en costas, por partes iguales, a los cuatro demandados que se opusieron a las súplicas de la demanda.

III. El fallo acusado.

Por apelación que interpusieron Pedro Pablo Bermúdez, Rosa María Ruiz de Bermúdez, Alcibíades Sanabria y Hermencia Piñeros de Sanabria contra el proveído de primera instancia, subió el negocio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Guateque, en donde agotado el trámite de segundo grado, se dictó sentencia cuya parte motiva se puede abreviar así, haciendo más lógico el orden de la exposición:

1. Entra el sentenciador en el examen de las cuatro excepciones perentorias propuestas por Pedro Pablo Bermúdez, dos de ellas reiteradas por Alcibíades Sanabria, ambos en sus contestaciones de la demanda. Del estudio que de ellas hace, concluye que ninguna de las tres primeras tiene fundamento. En cuanto a la cuarta, esto es, la de "carencia de personería sustantiva en los demandados", el Tribunal hace detenida exposición de lo que es la acción de simulación, para deducir que los demandantes, como causahabientes a título universal de Natividad Guerrero de Bermúdez, según testamento traído a los autos, tienen el carácter de terceros, por cuanto Natividad para nada intervino en el otorgamiento de las escrituras que dan fe de los contratos que se tachan de simulados, circunstancia que determina la legitimacion en causa de los dos actores. En cuanto a los demandados, afirma que también están debidamente legitimados en el juicio, puesto que aparecen "como propietarios de los bienes de la sociedad conyugal Bermúdez-Guerrero".

2. Afirma luego que está probado en los autos que los ocho terrenos objeto de las sucesivas ventas contra las cuales se dirigen las acciones ejercitadas en la demanda, fueron adquiridos a título oneroso por Pedro Pablo Bermúdez durante el matrimonio contraído con Natividad Guerrero de Bermúdez, y que, por lo tanto, consta que ingresaron al haber de la sociedad conyugal que ellos formaron.

3. Dice que se probó igualmente la simulación de la venta que de esos terrenos dijo hacer Pedro Pablo Bermúdez a Benjamín Bermúdez. La confesión de éste al contestar la demanda; las respuestas que dio a varias de las preguntas del pliego de posiciones que absolvió a solicitud de la parte demandante; un grave indicio que resulta del testimonio de Ricardo Zambrano Piñeros; el certificado catastral sobre avalúo de uno solo de los terrenos en más de la mitad del precio de la venta de todos ocho; las declaraciones de algunos testigos sobre que Benjamín Bermúdez no tenía solvencia económica suficiente para comprar todos esos bienes, y otros varios indicios que el Tribunal puntualiza y valora, lo llevan a concluir que esta primera venta fue absolutamente simulada.

4. Encuentra que quedó también demostrada la simulación de la venta que Benjamín Bermúdez dijo hacer a Juan de la Cruz Piñeros: por confesión de éste hecha en su contestación de la demanda; por habérsele declarado confeso a causa de que no compareció a absolver las posiciones que le pidió la parte actora, sin haber aducido ulteriormente prueba alguna que desvirtuara esa confesión presunta, y por otros indicios que el fallador señala y analiza.

5. En cuanto a la venta de Juan de la Cruz Piñeros a Alcibíades Sanabria y Hermencia Piñeros de Sanabria, el Tribunal sostiene que la simulación absoluta de este contrato está también plenamente probada por la confesión que el supuesto vendedor hizo al contestar la demanda por conducto de su apoderado. Pero observa que los compradores, en virtud de confesión indivisible de Hermencia Piñeros de Sanabria en su absolución de posiciones, "...aparecen obrando de buena fe y pagando el precio de la transferencia", y concluye: "Siendo ello así, se infiere que los adquirentes... **obraron de buena fe y por tanto su adquisición debe respetarse** (subraya la Corte)".

6. A continuación, el sentenciador de segunda instancia se refiere a la venta de Juan de la Cruz Piñeros a Rosa María Ruiz de Bermúdez, y expresa: "Para la interpretación de este instrumento debemos recordar que el apoderado de Juan de la Cruz Piñeros Bermúdez expresó en la contestación de la demanda que 'es verdad que mi poderdante... vendió a Ana Rosa (Rosa María) Ruiz de Bermúdez los terrenos que había

adquirido de Benjamín Bermúdez, en forma simulada, esto es, sin el ánimo de transferir el dominio o propiedad de tales terrenos' (fl. 20 Cuaderno 1º)". Agrega el fallador que esta confesión del demandado Piñeros, hecha por su mandatario, tiene pleno valor probatorio de acuerdo con el artículo 607 del Código de Procedimiento Civil. Y finalmente pone de manifiesto la existencia de una letra de cambio ficticia, por $ 100.000.00, endosada por Benjamín a Pedro Pablo Bermúdez y aceptada por Juan de la Cruz Piñeros.

De estos hechos deduce el Tribunal que en esta supuesta venta en realidad hubo:

"a) Un tradente ficto, sin ánimo de transferir: Juan de la Cruz Piñeros, que manifiesta haber recibido el precio 'de la compradora en un traspaso hecho con el señor Pedro Pablo Bermúdez' (cláusula 2ª); y también manifiesta: 'Que los terrenos vendidos se hallan embargados en el Juzgado Civil del Circuito de Guateque, pero que próximamente serán desembargados' (fl. 32 Cuaderno 4º).

"Por otra parte se anota que esta transferencia comprende los siete predios restantes que Benjamín Bermúdez Ruiz había transferido ficticiamente al tradente Juan de la Cruz Piñeros, faltando sólo el predio 'El Rogache' ubicado en la vereda de 'Juan Gordo' de la jurisdicción de Manta, transferido por el instrumento procedente de la misma Notaría la víspera, a favor de los esposos Sanabria Piñeros. Este hecho es indicativo de la presencia de un acto simulado. Fuera de este indicio cabe observar que el precio de cincuenta mil pesos por fincas en que una sola vale más de la mitad de ese monto en su avalúo catastral, es señal inequívoca de simulación. Y si aceptáramos que a ese valor más el de la transferencia a los esposos Sanabria Piñeros ($ 15.000.00) equivale al valor de la ejecución por $ 100.000.00 de la letra de cambio tantas veces mencionada, no se encuentra explicación alguna aceptable respecto del faltante de $ 35.000.00, deduciendo por ello la presencia de actos simulados.

"b) Un tradente o vendedor real, Pedro Pablo Bermúdez, quien en boca del tradente ficto Juan de la Cruz Piñeros efectúa 'un traspaso' (cláusula 2ª); y la confesión del propio Pedro Pablo Bermúdez quien manifestó en ese instrumento 'que ha recibido del señor Juan de la Cruz Piñeros el valor de la ejecución que le adelantaba en el Juzgado Civil del Circuito de Guateque en esa ejecución, a la mayor brevedad' (fl. 32 C. 4º). Lo anterior significa en boca de los tradentes, el ficto y el verdadero, que este último condona una deuda a favor del otro por la transferencia a su esposa.

"Entonces tenemos estas dos hipótesis: o se trata de un marido que hace una cuantiosa donación a su esposa, o de un esposo que vende a su propia cónyuge bienes que hoy representan una cuantía cercana al medio millón de pesos ($ 446.500.00), según avalúo dado por los peritos en esta segunda instancia (fl. 26 vuelto, cuaderno 8º).

"Pero ya hemos visto que el tal instrumento negociable que servía de título para el embargo, también era ficto, era una especie de seguro que Pedro Pablo Bermúdez hizo otorgar a favor de su primer testaferro Benjamín Bermúdez y que luego obtuvo que éste se lo endosara.

"c) Una adquirente o compradora, Rosa María Ruiz de Bermúdez, que ni paga el precio, ni transfiere otros bienes a su supuesto vendedor, sino que 'acepta la escritura que se le hace'.

"También se destaca de este último instrumento, en forma muy protuberante, que la causa simulandi que tuvo Pedro Pablo Bermúdez al enajenar fictamente los bienes pertenecientes a la sociedad conyugal con su primera esposa Natividad Guerrero de Bermúdez, con excepción de la mitad de uno de tales predios que había adquirido con sus propios bienes según quedó establecido atrás, no fue otra que apropiarse él y su nueva esposa de todos los bienes con excepción para Rosa María Ruiz de Bermúdez del predio transferido a los esposos Sanabria-Piñeros, pues ya vimos que Pedro Pablo Bermúdez percibió el valor de esa transferencia.

"Al efecto cabe observar: por la adquisición de su nueva esposa Rosa María Ruiz de

Bermúdez, Pedro Pablo quiso recuperar la mitad de los bienes que le correspondían en el primer matrimonio como gananciales, a título de gananciales del segundo matrimonio. Pero, bien observadas las cosas, son otros los fenómenos producidos con el instrumento público que se viene examinando, a saber:

"De parte de la adquirente no se encuentra la razón de la transferencia, pues ella no paga ningún precio, sino que es el marido el que aparece haciendo una transacción con el tradente que es en síntesis el contrato o acto público que estamos analizando De modo que, respecto de ella falta el requisito esencial del contrato de venta, del pago del precio.

"Y en cuanto a la manifestación expresa que hace Pedro Pablo Bermúdez de remitir una deuda al tradente Juan de la Cruz Piñeros, **envuelve una doble donación a saber: al que condona la deuda,** o sea a Juan de la Cruz Piñeros (art. 1454 C. Civil, in fine), que por ser entre vivos y sobrepasar los dos mil pesos **es nula por no haberse insinuado** (artículo 1458 ibídem); y la otra donación **a favor de su segunda esposa,** quien adquiere sin erogar de su parte un centavo, donación esta que **es absolutamente nula** al tenor del artículo 3º de la Ley 28 de 1932, 'nulidad que puede y debe ser declarada por el Juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato...' (art. 2º Ley 50 de 1936)". Los subrayados son de la Corte.

7. Finalmente se refiere el Tribunal al hecho de que Pedro Pablo Bermúdez, después de aparecer vendiendo los terrenos a su sobrino Benjamín, continuó en posesión de todos ellos y siguió administrándolos, según declaraciones de doce de los trece testigos que rindieron testimonio en la primera instancia. Hecho que corroboran, además, las certificaciones que expidieron el Recaudador de Rentas de Guayatá y el Tesorero Municipal de Manta, a más de otras pruebas indiciarias que el Tribunal encuentra de señalado valor.

Con fundamento en todas las consideraciones resumidas en este capítulo el Tribunal resolvió:

"1º CONFIRMAR los puntos 1º, 2º, 3º, 4º, y 5º de la sentencia materia de la alzada.

"2º Adicionar dicha providencia en el sentido de DECLARAR que es nulo de nulidad absoluta el contrato de transferencia suscrito por Juan de la Cruz Piñeros a favor de Rosa María Ruiz de Bermúdez por escritura número 299 de 10 de octubre de 1958, otorgada en la Notaría de Guayatá, sobre los predios 'San Pablo', 'La Esperanza', 'San Antonio', 'San Cayetano', 'Piedras Blancas', 'El Puerto' y 'El Tornillo', ubicados todos en jurisdicción de Guayatá, relacionados en los puntos a), b), d), e), f) y g) de la petición primera de la demanda, por los linderos allí expresados, a que se refiere la petición tercera de la demanda.

"3º ADICIONAR dicha providencia en el sentido de CONDENAR a los demandados Pedro Pablo Bermúdez Ramírez y Rosa María Ruiz de Bermúdez a pagar a la sociedad conyugal Bermúdez-Guerrero, los frutos civiles y naturales de los bienes a que se refieren las súplicas 1ª, 2ª, 3ª, 4ª y 5ª de la demanda desde el día de la contestación de la demanda ampliada en adelante.

"4º DECLARAR NO PROBADAS las excepciones perentorias propuestas por los demandados Pedro Pablo Bermúdez y Alcibíades Sanabria.

"5º ORDENAR que por la Secretaría se dé cumplimiento al artículo 79 de la Ley 63 de 1936 comunicando al señor Recaudador de Hacienda Nacional de Guayatá la existencia de este proceso, con transcripción y copia de lo pertinente para lo de su cargo.

"6º Costas de la instancia a cargo del recurrente".

III. Las demandas de casación

Para el correcto estudio de éstas, es preciso tener en cuenta tres circunstancias:

a) Que la Corte declaró que las dos demandas presentadas admiten estudio de fondo.

b) Que los cargos que la Corte encontrará fundados pertenecen, uno, a la primera demanda, y el otro, a la segunda;

c) Que tales dos cargos sólo se refieren a lo resuelto en relación con dos de las súplicas principales de la parte demandante, por lo cual las restantes decisiones del Tribunal escapan al recurso extraordinario.

Previas estas advertencias, procede la Corte a estudiar por separado cada una de las demandas.

1. Demanda de Pedro Pablo Bermúdez y Rosa María Ruiz de Bermúdez

Formulan estos recurrentes tres cargos: 1º Dentro del ámbito de la causal segunda, acusan la sentencia del Tribunal por no estar en consonancia con las pretensiones de la demanda; 2º Con base en la causal primera, la atacan por violación indirecta de la ley sustancial a consecuencia de error de hecho en la apreciación de ciertas pruebas; y 3º Dentro de la misma causal primera, y como cargo subsidiario, la acusan por violación indirecta de la ley sustancial proveniente de error de hecho en la apreciación de otras pruebas.

a) Primer cargo

Sostiene la parte recurrente que la condenación contenida en el punto 2º de la parte resolutiva de la sentencia del Tribunal, no corresponde a ninguna de las acciones ejercitadas en la demanda.

Dice que, si bien es cierto que entre las súplicas subsidiarias que planteó la parte demandante está la de que se declare la nulidad de los contratos "por falta de los requisitos o formalidades que la ley prescribe para el valor de los mismos", este pedimento debe ser interpretado en el sentido de que "para el demandante, la acción de simulación y la de nulidad tienen el mismo valor, significado y alcance, cuestión que se evidencia además por el hecho de aparecer la nulidad como simple subsidiaria de la de simulación y no como acción específica y autónoma".

El fallo de segundo grado, agrega, contiene un punto nuevo, consistente en el análisis que hace el sentenciador del contrato celebrado entre Juan de la Cruz Piñeros y Rosa María Ruiz de Bermúdez, del cual concluye que hay dos donaciones envueltas en esa compraventa aparente.

La Corte observa

Es claro que la acción de nulidad propuesta por la parte actora como subsidiaria de la de simulación, es enteramente distinta de la nulidad de dos donaciones que el Tribunal decretó. La demanda con que se inició el juicio en manera alguna alude explícita ni implícitamente a DONACIONES, y para que la nulidad pedida en subsidio y la decretada en la sentencia de segundo grado fueran una misma, se requería entender que todas las acciones principales de simulación se enderezaban a obtener la declaración judicial de que los contratos simulados encubrían donaciones, comoquiera que la súplica subsidiaria de nulidad se propuso de manera que comprendiera la totalidad de los contratos acusados.

Y no se arguya que el Tribunal, conforme a lo dispuesto en el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, podía declarar de oficio las nulidades que declaró. Porque este modo de declaración sin petición de parte solo cabe cuando la nulidad "aparece de manifiesto en el acto o contrato", y tan no aparece así en el contrato de compraventa que el sentenciador sometió a minucioso examen, que para llegar a su conclusión de que había dos contratos nulos tuvo que sentar primero la premisa de que la escritura por la cual Juan de la Cruz Piñeros aparece vendiendo a Rosa María Ruiz de Bermúdez siete de los ocho inmuebles, no contiene realmente una compraventa, sino dos donaciones. Con otras palabras, el Tribunal dedujo por este aspecto una conclusión a la cual podía llegar si en la demanda se hubiera solicitado la declaración de simulación relativa de esa compraventa, cosa que no se hizo, como puede comprobarse en su simple lectura.

Por lo tanto, al declarar nulas unas donaciones cuya existencia sólo habría podido ser

materia de pronunciamiento como secuela de una acción ejercitada en la demanda (la simulación relativa de la aludida compraventa), acción que no se ejercitó, el Tribunal falló **extra petita**, esto es, en incongruencia o inconsonancia con las peticiones de la demanda.

Prospera, pues, este cargo.

b) **Segundo cargo**

La parte recurrente lo hace consistir en que el sentenciador, al apreciar las pruebas que en su concepto demuestran que las ventas de Pedro Pablo Bermúdez a Benjamín Bermúdez y de éste a Juan de la Cruz Piñeros, fueron simuladas, incurrió en el error manifiesto de hecho de no tomar en cuenta, a pesar de haberla visto, la prueba de inspección ocular practicada en el juicio, de la cual aparece que existen dos letras de cambio, cada una por valor de $ 100.000.00: una, girada contra Benjamín Bermúdez a la orden de Pedro Pablo Bermúdez, y la otra, girada por Juan de la Cruz Piñeros a la orden de Benjamín Bermúdez y endosada por éste a favor de Pedro Pablo Bermúdez.

"Resulta, pues, manifiesto —agregan los recurrentes— el error de hecho del Tribunal en la sentencia, al no reconocer la existencia real del pago del precio de las compraventas con el giro de las letras de cambio, error que tuvo su origen en la falta de apreciación de la prueba de inspección ocular dentro de la cual se dejó plenamente comprobado no sólo el giro de las letras como pago del precio, sino la circunstancia de haberse hecho efectivo dicho precio mediante juicio ejecutivo".

Estima la censura que, a consecuencia de este error de hecho, el sentenciador, violó los artículos 724 a 733 del Código de Procedimiento Civil, que señalan la fuerza aprobatoria de la inspección ocular, y los artículos 215, 216 y 217 del Código de Comercio, "que le reconocen pleno valor a la dación en pago con instrumentos negociables"; violaciones, ésta y aquella, que constituyen medio a través del cual el Tribunal infringió, por aplicación indebida, el artículo 1766 del Código Civil.

Considera la Corte

Según las correspondientes escrituras, Pedro Pablo Bermúdez dijo vender a Benjamín Bermúdez los terrenos por el precio total de "cincuenta y un mil setecientos pesos ($ 51.700.00), suma que declara el vendedor tener recibida a su satisfacción de manos del comprador"; y Benjamín afirmó vender a Juan de la Cruz Piñeros "por la cantidad de cincuenta y cuatro mil setecientos pesos ($ 54.700.00) moneda corriente, suma que declara tener recibida de manos del comprador a su entera satisfacción".

El Tribunal declaró absolutamente simuladas estas compraventas con base en la confesión que Benjamín Bermúdez y Juan de la Cruz Piñeros hicieron al contestar la demanda, prueba que encontró reforzada con otras, como posiciones, indicio proveniente de un testimonio y varios instrumentos públicos.

No hay, pues, el error de hecho que los recurrentes imputan en este cargo al Tribunal, menos aún con carácter de manifiesto, que implique una contraevidencia. Y no habiendo tal error, no puede tampoco haber infracción por vía indirecta de las disposiciones que cita la censura.

En cuanto a la inspección ocular, no le dió el sentenciador la significación y el alcance que, en lo tocante con los dos instrumentos negociables que en ella se tuvieron a la vista, les atribuye la parte recurrente. Y no se los dió porque se echa de menos en el expediente algún elemento de prueba que establezca relación entre las supuestas compraventas y las letras de cambio. Esta relación tampoco surge con la requerida evidencia, toda vez, que quienes "compran" por $ 51.700.00 y por $ 54.700.00, respectivamente, no giran para pagar estos precios sendas letras por $ 100.000.00 cada una, ni quienes "venden" declaran en la escritura, antes de tener las letras en su poder, que han recibido el correspondiente precio "a satisfacción".

Por todo ello, el cargo no prospera.

c) Tercer cargo

Lo formulan los censores diciendo que el Tribunal incurrió en error de hecho al dar por sentado que los demandantes están debidamente legitimados en la causa por la sola circunstancia de ser herederos de Natividad Guerrero de Bermúdez. En concepto de aquellos, el error consistió "en que los bienes enajenados por Pedro Pablo Bermúdez habían sido adquiridos en su totalidad por él exclusivamente, unos con dineros provenientes de bienes propios y otros con dinero de cuyo origen no se dejó constancia, y que de esos bienes dispuso un año antes de que la sociedad conyugal entrara en liquidación por muerte de su esposa Natividad Guerrero, es decir, mientras conservaba plena y absoluta capacidad legal de disposición".

"E incurrió en este error de hecho el Tribunal —agrega la parte recurrente— por cuanto no tuvo en cuenta en el momento de fallar el contenido de las escrituras números 51 de 4 de marzo de 1940, 179 de 17 de mayo de 1947, 299 de 2 de diciembre de 1943, 125 de 7 de junio de 1955, 304 de 18 de octubre de 1958, otorgadas todas ante el Notario de Guayatá, y 288 de 26 de septiembre de 1946, 872 de 2 de diciembre de 1913, 194 de 5 de mayo de 1941 y 373 de 5 de agosto de 1952, otorgadas en la Notaría 1ª y 2ª del Circuito de Guateque, en las cuales aparece como único comprador el señor Pedro Pablo Bermúdez".

Del error que así explica, deduce la censura que el Tribunal infringió, a manera de violación-medio, los artículos 471 y 593 del Código de Procedimiento Civil y 1757 a 1770 del Código Civil, que expresan, en su orden, cómo las decisiones judiciales deben proferirse con fundamento en los hechos demostrados y cuál es el valor probatorio de los instrumentos públicos, entre éstos las escrituras.

Como norma sustancial violada, indican los recurrentes el artículo 1766 del Código Civil, que estiman indebidamente aplicado.

La Corte encuentra

1. Que conforme a las pruebas instrumentales que invoca la censura, visibles en el expediente, todas las cuales el Tribunal tuvo en cuenta y valoró bien, los inmuebles aparentemente vendidos por Pedro Pablo Bermúdez fueron adquiridos por él durante el matrimonio y a título oneroso. De consiguiente, según las voces del ordinal 5º del artículo 1781 del Código Civil, todos ellos ingresaron al haber de la sociedad conyugal Bermúdez-Guerrero.

2. Si bien es cierto que de acuerdo con el régimen patrimonial en el matrimonio, establecido por la Ley 28 de 1932, durante la existencia de la sociedad conyugal cada cónyuge puede administrar y disponer libremente de los bienes que adquiera, no es menos cierto que, al disolverse ésta, se considera que la hubo desde la celebración del matrimonio (artículo 1º). De donde se desprende nítidamente el interés jurídico tutelable que, cuando la sociedad se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges, tiene no sólo el cónyuge sobreviviente, sino también sus causahabientes a título universal una vez fallecido éste, para pedir que se declare que no han salido del patrimonio social bienes de que haya dispuesto el otro cónyuge en forma aparente y no real. Las enajenaciones absolutamente simuladas no constituyen verdadera disposición de bienes. El cónyuge perjudicado con la supuesta enajenación tiene derecho para que se reintegren al patrimonio de la sociedad elementos del activo que en realidad no han salido de aquél. Lo mismo ocurre desde luego con las enajenaciones nulas de bienes sociales que haya hecho cualquiera de los cónyuges antes de disolverse la sociedad.

3. Respecto del predio denominado "San Antonio", hace notar la censura que, en la cláusula cuarta de la escritura por la cual lo adquirió Pedro Pablo Bermúdez, se dejó constancia de que hizo esta compra "con dinero de su propiedad, pues (lo adquirió con) lo que le produjo la venta de un terreno en Súnuba y fue dado por su madre Anacleta Ramírez y aportado por éste al matrimonio, por lo tanto no puede entrar en ningún tiempo al haber de la sociedad con-

yugal". De donde concluyen los recurrentes que este bien jamás fue social, sino propio del demandado Bermúdez.

Con otras palabras, lo que sostienen los impugnadores es que la finca "San Antonio" se subrogó al "terreno de Súnuba", con cuyo precio se compró aquella. Conclusión inaceptable, porque el artículo 1789 del Código Civil exige, para que haya subrogación de un inmueble a otro, que "en las escrituras de venta y de compra se exprese el ánimo de subrogar". En la venta de "San Antonio" a Benjamín Bermúdez nada expresó Pedro Pablo Bermúdez acerca de tal ánimo.

4. Conclúyese que el Tribunal no incurrió en el error de hecho que en este cargo se le imputa. Y no habiéndose demostrado éste, no cabe tampoco infracción por la vía indirecta de las disposiciones que la censura invoca como violadas a consecuencia de ese supuesto error.

De consiguiente, el cargo no prospera.

2º Demanda de Alcibíades Sanabria y Hermencia de Sanabria

Contiene esta segunda demanda dos cargos: a) Dentro de la causal primera, se acusa el fallo del Tribunal "por violación indirecta de la ley sustantiva en que incurrió el fallador por motivo de haber apreciado erróneamente una prueba"; y b) En la esfera de la misma causal, se ataca dicha providencia "por violación directa de normas sustantivas, al dejar de aplicar al hecho previsto y probado, la ley correspondiente".

a) Primer cargo

Está resumido en las siguientes palabras de la censura: "El Tribunal da por establecida la legitimación en causa de los actores Piñeros partiendo de la errónea apreciación de una prueba, cual es la existencia de los herederos testamentarios con el acto de reconocimiento de ellos en el juicio de sucesión de Natividad Guerrero y no con las correspondientes partidas de nacimiento expedidas ya por la Parroquia o por la Notaría según el momento y época de su nacimiento, las cuales no figuran en parte alguna del expediente".

De esta premisa deducen los recurrentes que el sentenciador violó los artículos 593 del Código de Procedimiento Civil; 346, 347 y 349 del Civil; 22 de la Ley 57 de 1887, y 18 de la Ley 92 de 1938.

Observa la Corte

Cuando el heredero es testamentario y actúa en el juicio como demandante, no se requiere que pruebe determinado parentesco con el causante, puesto que su vocación se deriva de la institución que como asignatario a título universal le hace el testador. Es suficiente, pues, que aduzca el testamento. Y a los autos no sólo se trajo el que otorgó Natividad Guerrero de Bermúdez, sino también las providencias en que se reconoció a los dos demandantes como herederos testamentarios dentro del respectivo juicio mortuorio, con las cuales quedó confirmado ese carácter.

Además, ninguna de las disposiciones legales que señala como infringidas la censura, tiene carácter de sustancial. Por lo tanto, su infracción, en el supuesto de haberse producido, no configura la causal primera de casación.

Se rechaza este cargo.

b) Segundo cargo

La parte recurrente invoca en éste la "violación directa" de los artículos 768, 769 y 1766 del Código Civil, porque "no se aplicó la ley sustantiva al hecho previsto y probado en el juicio".

Entiende la Corte que los impugnadores acusan aquí el fallo de segundo grado a causa de infracción por vía directa, y que el cargo consiste en la falta de aplicación al caso del pleito de los tres artículos del Código Civil que indican.

Habiendo el Tribunal declarado, por una parte, que la venta de Benjamín Bermúdez a Juan de la Cruz Piñeros fue absolutamen-

te simulada, y habiendo encontrado, por otra, que en la celebrada entre Juan de la Cruz Piñeros y los cónyuges Sanabrias hubo buena fe de parte de éstos, entre otras razones porque —según se afirma en la sentencia— realmente pagaron el precio de compra del terreno, era forzoso para el fallador concluir que la segunda de las mencionadas ventas no pudo ser simulada, porque su simulación habría implicado necesariamente que Piñeros y los Sanabrias hubieran estado de acuerdo en no celebrar realmente tal contrato, sino en crear apenas, mediante la escritura que otorgaron, una apariencia de él destinada a engañar públicamente.

Si los Sanabrias pagaron el precio y obraron de buena fe, la compraventa que celebraron con Piñeros no pudo en manera alguna ser simulada, sino VERDADERA, y ellos son TERCEROS respecto del contrato ficticio que aparentaron celebrar Benjamín Bermúdez y Juan de la Cruz Piñeros. La buena fe en este caso es la ignorancia de que este último acto o contrato fue simulado.

Lo incomprensible es que el Tribunal anunciara en la parte motiva de su sentencia que la adquisición de los Sanabrias "debe respetarse", y luego confirmara, en la resolutiva, la declaración del Juez a quo de que el contrato en virtud del cual vinieron a adquirir tales dos compradores es "absolutamente simulado".

Conclúyese que el Tribunal, habiendo encontrado que los cónyuges Sanabrias adquirieron de buena fe y fueron terceros respecto de la compraventa celebrada entre Benjamín Bermúdez y Juan de la Cruz Piñeros, dejó de aplicar a favor de aquellos, o sea que las infringió directamente, las disposiciones sustanciales indicadas por la censura, principalmente la del artículo 1766 del Código Civil, que le niega todo efecto contra terceros a las pruebas destinadas a alterar lo pactado en una escritura pública.

El cargo, por lo tanto, prospera.

IV. Sentencia de instancia

Son dos las condenaciones del fallo del Tribunal que se infirman por virtud de las dos demandas de casación: a) La que contiene el punto 2º de la parte resolutiva de dicho fallo, esto es, aquella en que se declara absolutamente nulo "el contrato de transferencia suscrito por Juan de la Cruz Piñeros a favor de Rosa María Ruiz de Bermúdez", por envolver dos donaciones inválidas; y b) La que contiene el punto 1º de la misma parte resolutiva, en cuanto allí se declara simulado e inexistente entre las partes el contrato de venta celebrado entre Juan de la Cruz Piñeros y los cónyuges Alcibíades Sanabria y Hermencia Piñeros de Sanabria.

a) La primera de estas dos condenaciones no requerirá ser sustituída, comoquiera que el propio Tribunal, en forma inexplicable por contradictoria, declaró en el ordinal 1º de las resoluciones de su sentencia "CONFIRMAR los puntos 1º (se subraya), 2º, 3º, 4º y 5º de la sentencia materia de la alzada", o sea, confirmar la declaración del Juez de que es absolutamente simulado e inexistente entre las partes el contrato a que se refiere la petición tercera de la demanda, que es el consignado en la escritura "299 de fecha 10 de octubre de 1958 de la misma Notaría Unica de esta localidad". Quedará, pues, en firme esta declaración, mas no la de que el mismo contrato es absolutamente nulo, contenida en el ordinal 2º de la parte resolutiva del fallo de segundo grado. Esta última declaración será revocada, como consecuencia de la prosperidad del cargo por incongruencia.

b) La segunda de las condenaciones que por la presente sentencia de casación quedarán infirmadas, esto es, la de ser absolutamente simulado e inexistente entre las partes el contrato de compraventa celebrado entre Juan de la Cruz Piñeros, como vendedor, y Alcibíades Sanabria y Hermencia Piñeros de Sanabria, como compradores, de que da cuenta la escritura número 298, otorgada en la Notaría Unica de Guayatá el 9 de octubre de 1958, desaparecerá en la sentencia de instancia, puesto que no puede ser simulado un contrato en que una de las partes entiende de buena fe estar realizando un negocio serio y verdadero. El Tribunal atribuyó a los cónyuges Sanabrias esta buena fe, calificación que no fue acusada en este recur-

so extraordinario y que la Corte no podría por tanto modificar.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia objeto de este recurso extraordinario, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Guateque, y en su lugar resuelve:

1º CONFIRMASE la sentencia dictada en el presente juicio por el Juez Unico Promiscuo Municipal de Guayatá, en cuanto declara que son absolutamente simulados e inexistentes entre las partes los contratos a que se refieren las peticiones primera, segunda y tercera de la demanda inicial, esto es, los consignados en las escrituras números 91, de 9 de mayo de 1956, de la Notaría Segunda del Circuito de Guateque; 544, de 6 de diciembre de 1956, de la Notaría Primera del mismo Circuito de Guateque, y 299, de 10 de octubre de 1958, de la Notaría Unica de Guayatá;

2º ORDENASE la cancelación de las tres citadas escrituras, como también la de sus correspondientes inscripciones en el registro y las que de la demanda se hicieron en este mismo, para todo lo cual el Juzgado del conocimiento librará los correspondientes oficios;

3º DECLARESE que los bienes ficticiamente transferidos por medio de esas mismas tres escrituras, forman parte del haber de la sociedad conyugal que existió entre Pedro Pablo Bermúdez y Natividad Guerrero de Bermúdez;

4º ADICIONASE la sentencia de primer grado en el sentido de CONDENAR a los demandados Pedro Pablo Bermúdez y Rosa María Ruiz de Bermúdez a restituir al haber de la expresada sociedad conyugal los frutos civiles y naturales de los bienes simuladamente vendidos mediante las escrituras mencionadas en el punto 1º de la parte resolutiva de esta sentencia, desde el día de la contestación de la demanda corregida hasta el día del pago;

5º DECLARANSE no probadas las excepciones perentorias propuestas por el demandado Pedro Pablo Bermúdez en su respuesta a la demanda;

6º ABSUELVESE a los demandados Alcibíades Sanabria y Hermencia Piñeros de Sanabria de todos los cargos de la demanda;

7º CONDENASE a los demandados Pedro Pablo Bermúdez y Rosa María Ruiz de Bermúdez, por partes iguales, en las costas de primera y segunda instancia; y

8º SIN COSTAS en el recurso extraordinario de casación.

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

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

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

SEPARACION DE BIENES

Causales positivas y negativas; su prueba.

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

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

Graciela Bonilla de Jurado demandó ante el Juzgado Civil del Circuito de Pasto, por la vía especial, a su esposo José Félix Jurado de la Rosa, para que se decretase la separación de bienes, se ordenase la liquidación de la sociedad conyugal correspondiente y como consecuencia se dispusiese la entrega a la demandada de "los bienes que por concepto de gananciales le corresponden en dicha sociedad conyugal y los que le pertenecen por derecho propio". Agotada la primera instancia, el Juez del conocimiento le puso fin por sentencia de fecha 15 de junio de 1966, en la que accedió a todas las súplicas del libelo y condenó en costas a la parte demandada, la cual apeló de dicho fallo.

Surtida la tramitación propia del recurso, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, con salvamento de voto, lo desató por sentencia del 30 de noviembre del mismo año, revocatoria de la de primer grado, contra la que se interpuso oportunamente el recurso de casación que ahora decide la Corte.

La litis

La demandante, para fundamentar la causa petendi, expuso los hechos que la Corte resume así:

Que contrajo matrimonio con José Félix Jurado de la Rosa el 17 de enero de 1943, matrimonio del cual hubo los siguientes hijos: Jaime y Hernán Jurado Bonilla; que el demandado desde hace trece años dejó de cumplir sus obligaciones de esposo y padre e incurrió en el abandono de los deberes correspondientes, por lo cual la demandante hubo de promover contra él un juicio de alimentos, que fallado en favor de aquella, terminó sin embargo por "arreglo amigable ante el Juzgado de Menores"; que además de lo anterior, incurrió en la causal segunda del artículo 154 del Código Civil y finalmente, que "desde que contrajeron matrimonio, dio trato cruel a su esposa, en tal forma que era imposible la paz y el sosiego domésticos y estaba en peligro la vida de su esposa".

Motivación de la sentencia

El Tribunal, en la sentencia acusada, expresó que no había prueba alguna que acreditase las causales de que tratan los numerales 2º y 5º del artículo 154 del Código Civil y en cuanto a la 4ª, esto es, el absoluto abandono del marido en el cumplimiento de sus deberes de esposo y padre, que los elementos de convicción aducidos por la parte actora no alcanzaban su cometido, porque contrapuestos a los que presentó el demandado, además de hacer surgir una tremenda duda en cuanto al cónyuge "que en primer término abandonó al hogar", daban "base legal suficiente para aducir que no hubo abandono total en el cumplimiento de sus deberes por parte del demandado".

De las pruebas aducidas por la parte actora para demostrar la causal 4ª del art. 154 del C. C. en la cual dice que incurrió el demandado, destaca el Tribunal unos testimonios, copias de los recibos expedidos por el

Instituto Colombiano de Especialización Técnica en el Exterior (Icetex) a favor de la demandante, por concepto de los estudios del menor Jaime Jurado Bonilla; los recibos expedidos por el Liceo de Castilla de Bogotá, sobre pago de pensiones de Hernán Jurado Bonilla, también a favor de la demandante; y copia de la sentencia del 2 de noviembre de 1960, dictada por el Juzgado Civil de Menores de Bogotá, en el juicio de alimentos promovido por Jaime y Hernán Jurado Bonilla contra su padre José Félix Jurado de la Rosa, en la que se condenó a éste a pagarles alimentos congruos. Menciona como elementos de convicción presentados por la parte demandada, la comunicación que le dirigió el mismo Instituto el 10 de noviembre de 1964, el recibo expedido por el Instituto de La Salle de Bogotá, el 3 de febrero de 1958, correspondiente a la matrícula y pensiones de su hijo Jaime, durante el año de 1957, y finalmente unas declaraciones de testigos.

"El Tribunal —se lee en el fallo impugnado— ha estudiado, analizado y pesado con la debida atención estos elementos probatorios, luego de hacerlo llega a la conclusión de que en el expediente no existe prueba suficiente para acreditar por modo cierto e inequívoco, el abandono absoluto del demandado en sus deberes de padre y cónyuge y su responsabilidad exclusiva", y llega a esa conclusión con apoyo a los razonamientos que se resumen en seguida:

Que las declaraciones de los testigos Enrique Villamarín, Cilia María Hernández y Lucila de Villamarín, con las cuales pretendió la parte actora demostrar el abandono por parte del demandado, no son responsivas, como legalmente deben serlo, puesto que se limitan a reproducir en forma afirmativa, al texto de las preguntas que les fueron formuladas, "a responder el cartabón de los cuestionarios propuestos en el sentido de expresar que la actora vive de su trabajo diario con el producto de una pequeña empresa de tejidos con la que atiende modestamente a sus necesidades y a la educación de sus dos hijos... y llegan hasta aseverar que con dineros propios atiende la educación de su hijo Jaime en el exterior; cuando según la carta del ICETEX, de la que luego se hablará, dirigida al doctor Jurado de la Rosa, éste celebró con tal Instituto contrato de depósito para el envío de giros y por lo tanto, a él se reclamaba el envío de los dineros"; que tales declaraciones son conceptuales, porque deducen el abandono por no encontrar al demandado en la casa que habita la demandante en Bogotá. "Hay en esas respuestas una analogía —dice la sentencia— hasta en la forma desconcertante. Y es sabido, según las normas de la crítica del testimonio, que éste para ser apreciado como prueba, debe ser responsivo y espontáneo, en forma y condiciones tales que indique ser el fruto del conocimiento directo del declarante y no una simple repetición o eco de las preguntas".

Luego comenta el sentenciador las declaraciones de los testigos que presentó la parte demandada, según las cuales, después de su matrimonio, Jurado y su esposa vivieron apaciblemente en Pasto hasta que aquel fue designado Gobernador del Departamento y la demandante se trasladó a vivir a Bogotá, con sus dos hijos Jaime y Hernán. De lo afirmado por estos declarantes, expresa el Tribunal, "surge una tremenda duda en relación con la persona que en primer término abandonó el hogar. En efecto, mientras la demandante afirma en la demanda de octubre de 1964 que quien abandonó el hogar fue el demandado, éste al contestar el traslado sostiene que la demandante fue quien primero abandonó el hogar. Y la afirmación del demandado está demostrada con los testimonios arriba transcritos y con los demás testimonios aducidos por éste. Esta prueba no ha sido en modo alguno desvirtuada".

"Y en el expediente —sigue la sentencia— aún con las pruebas de la demandante, están establecidos en forma cierta, estos hechos: que los cónyuges Jurado-Bonilla, a pesar de haberse casado en Bogotá, establecieron su hogar en la ciudad de Pasto, en forma permanente; que en esta ciudad procrearon sus dos hijos; que en la misma mantuvieron su hogar en armonía durante 8 años, más o menos; que la señora Bonilla de Jurado se trasladó a Bogotá con sus dos hijos, donde estableció su domicilio; y que

finalmente el doctor Jurado permanece en Pasto. Esta serie de hechos, no desmentidos en el expediente, aceptados por ambas partes, sirven de fundamento suficiente para deducir que quien primero abandonó el hogar fue la demandante".

Hace referencia el Tribunal a lo que disponen los artículos 87, 178, 154, en su numeral 2º y 156 del Código Civil, y a una doctrina de la Corte, según la cual, no es aceptable que la mujer obtenga el beneficio de separación de bienes, como consecuencia de una culpa cometida por ella.

Analiza luego, y los enfrenta, los documentos presentados por ambas partes en cuanto al pago de los gastos de estudio en el exterior de uno de los hijos, para concluir en primer término, que quien se responsabilizó ante el ICETEX del costo de tales estudios, fue el marido y que si es cierto que la demandada pagó por concepto de los estudios de sus hijos Hernán y Jaime en los años de 1963 y 1964 un total de $ 25.818.11, "dadas las condiciones personales confesadas por la actora, resulta forzado imputársela como propia". Por último, se refiere también al recibo por $ 2.500.00 por concepto de matrícula y pensiones del menor Jaime Jurado Bonilla, expedido a favor del demandado, por el Instituto de La Salle de Bogotá. "Estos documentos —dice el Tribunal— dan base legal suficiente para deducir que no hubo abandono total en el cumplimiento de sus deberes por parte del demandado". En vista de tales consideraciones agrega que no puede prosperar la acción impetrada, porque según jurisprudencia de la Corte, "para que el abandono sea causal de separación de bienes debe ser total, absoluto".

Dice también que la copia de la sentencia de alimentos no tiene incidencia alguna en el juicio de separación de bienes, porque "uno y otro se originan en causales diferentes que persiguen fines diversos".

El Tribunal remata su argumentación así: "La prueba aducida por el demandante no sólo es deficiente sino además contradictoria; esta prueba se desvirtúa y debilita con la aducida por el demandado, en forma y condiciones tales que aquella ante la Ley, no tiene la fuerza de ser plena; en el expediente existen hechos comprobados, no desvirtuados y más bien admitidos por la parte actora, que sirven para deducir que quien primero abandonó el hogar, radicándose en otra ciudad, fue la demandante, lo que no la exonera de responsabilidad en el insuceso, ya que las causales que invocó para ausentarse del hogar ... no las demostró. En fin, por toda esta serie de motivos ampliamente examinados, existe flotante una agobiadora duda que, ante la Ley, impide fulminar una sentencia condenatoria, porque según el viejo aforismo romano: en la duda el reo es absuelto".

La demanda de casación

"Acuso la sentencia del Tribunal —dice el censor— dentro de la causal 1ª de casación establecida por el artículo 52 del Decreto Ley 528 de 1964, por ser violatoria de Ley sustantiva por varios aspectos que corresponden a cada uno de los cargos que permito puntualizar".

Todos ellos versan sobre la falta de aplicación del numeral 4º del artículo 154 del C. C. y el quinto, además, sobre la aplicación indebida del artículo 156 ibídem, por lo cual se despachan en forma conjunta aquellos que individualmente atacan los diversos fundamentos que sirven de soporte a la sentencia acusada y que como adelante se verá, están llamados a prosperar.

Segundo cargo

Dice el recurrente que aún en el supuesto de que la comunicación en mimeógrafo de fecha 10 de noviembre de 1964 dirigida al demandado por el Tesorero del Icetex, hubiese podido ser admitida como prueba, "carece del alcance probatorio que equivocadamente le ha asignado el Tribunal", porque apenas constituye una circular enviada en desarrollo de prácticas rutinarias, en la que se solicita al padre de Jaime Jurado Bonilla la constitución de un depósito para atender a los gastos de estudio correspondientes a los meses de diciembre de 1963 y enero de 1964, en que el ICETEX permanecía cerra-

do en virtud de la práctica oficial, de concesión de vacaciones colectivas. Que "episódicamente la referida carta se refiere a un supuesto contrato de depósito celebrado por el ICETEX con el destinatario y que la sola referencia a dicho contrato constituiría en el mejor de los casos, un indicio de carácter equívoco sobre la celebración de éste".

El censor agrega que el Tribunal incurrió en evidente error de hecho, porque según la realidad probatoria del expediente, era la demandante la que sufragaba los gastos causados en moneda extranjera para la educación de su hijo Jaime; que la sola celebración del contrato entre Jurado y el ICETEX, en el caso que estuviese plenamente probada con esa circular, que a su juicio no lo está, no permitiría inferir que el demandado lo hubiese cumplido y que efectivamente hubiese hecho los depósitos que allí se mencionan y concluye, "que el Tribunal le da al documento un alcance que no tiene, venciendo imaginariamente todas las etapas de carácter equívoco, para darle un sentido unívoco que resulta gratuito". Al terminar la sustentación del cargo, afirma que el documento en cuestión en manera alguna constituye la plena prueba que debía aducir el demandado para desvirtuar el hecho negativo que aparece en el libelo, "puesto que él soportaba la carga de la prueba por tratarse del acto positivo de atención a la subsistencia de su hijo Jaime de cuya ausencia lo acusa la parte demandante".

Tercer cargo

Se atribuye a la sentencia del Tribunal un error de derecho al haber violado directamente el artículo 632 del C. de P. Civil, por no haberle dado pleno valor probatorio a los recibos de pago expedidos a favor de la demandante por el mismo ICETEX, "que acreditan la sufragación de las pensiones periódicas causadas en el exterior con ocasión de los estudios que allí adelantaba su hijo Jaime que comprenden la totalidad de los años de mil novecientos sesenta y tres y mil novecientos sesenta y cuatro"; que tales documentos —se lee en la demanda— al no haber sido "redargüidos de falsos por la parte demandada en el juicio, constituyen plena prueba de que la señora Graciela Bonilla de Jurado atendía personalmente a los gastos de educación de su hijo Jaime; y establecen por tanto la existencia del hecho negativo correlativo, en el sentido de que el señor José Félix Jurado no atendía a los gastos de educación de su hijo Jaime". "Sin embargo —agrega el recurrente— el Tribunal enfrentó esta prueba, que tiene carácter de plena, con el documento contentivo de la comunicación dirigida al señor José Félix Jurado de la Rosa, por el Tesorero del Icetex, con fecha 10 de noviembre de 1964", la cual sólo aludía pero no demostraba su existencia, "al contrato entre el Instituto y el padre del menor, y menos aún acreditaba plenamente que Jurado hubiese efectuado pago alguno en ejecución de dicho contrato".

"La arbitraria restricción del alcance probatorio de la prueba documental aportada por la demandante —continúa el censor— constituye un error de derecho violatorio del artículo 632 del C. de P. Civil que le asigna el valor de plena prueba, suficiente para acreditar el hecho positivo de que es doña Graciela Bonilla de Jurado, demandante en el juicio, quien atiende los gastos de educación de su hijo Jaime; y suficiente por tanto, igualmente para acreditar el hecho negativo de que el señor José Félix Jurado de la Rosa no atiende a los gastos de educación de su hijo Jaime".

Cuarto cargo

Se acusa también la sentencia de error de hecho evidente en la apreciación de la prueba de testigos aducida por la parte demandada, que indirectamente llevó al Tribunal a aplicar en forma equívoca el artículo 156 del Código Civil, "de conformidad con el cual, sólo el cónyuge que está libre de culpa puede proponer la acción de divorcio".

Para sustentar este cargo, el censor dice lo siguiente: "La cónyuge estaba libre de culpa pero a consecuencia del error de hecho apuntado, se la imagina culpable, violando así de manera directa, el artículo 156 del Código Civil por indebida aplicación, ya que en ausencia del supuesto hecho imagi-

nario, consistente en la culpabilidad de la cónyuge, se hubiera tenido que aplicar el referido texto legal".

Se tiene en cuenta

I. El segundo cargo se funda, pues, en un error evidente de hecho que se hace consistir en una suposición de la prueba del cumplimiento de los deberes que tenía el demandado de sufragar los gastos de educación de sus hijos, o sea que el Tribunal vio en la referida circular del Icetex dirigida al demandado la prueba de que éste había corrido con los gastos de educación de su hijo Jaime y por tanto, que no hubo absoluto abandono de su parte en el cumplimiento de sus deberes de padre.

Asiste razón al censor cuando afirma que el Tribunal creyó encontrar en la mencionada circular del Icetex de fecha 10 de noviembre de 1964, la demostración de que el demandado sí sufragó los gastos de estudio en el exterior de su hijo Jaime durante ese mismo año.

Es indudable que la sola alusión que se hace en dicho documento a un contrato de depósito celebrado entre el Instituto y el demandado, no constituye plena prueba de que éste hubiese cumplido con las obligaciones que ese supuesto contrato le imponía, ni menos aún, que hubiese sufragado los gastos de estudio de su citado hijo. El error del sentenciador a este respecto cobra evidencia, si se tiene en cuenta que por el valor de tales gastos, correspondientes a los años de 1963 y 1964, la demandante presentó como prueba los respectivos recibos de pago, que por estar expedidos a su nombre demuestran todo lo contrario de lo que el Tribunal creyó equivocadamente encontrar acreditado en el documento o circular a que se hace referencia.

En estas condiciones, cae por su base uno de los fundamentos que tuvo el Tribunal para proferir la sentencia acusada. En efecto, el sentenciador consideró que el abandono del marido en el cumplimiento de sus deberes de esposo y de padre no tenía el carácter de absoluto que exige el numeral 4º del artículo 154 del Código Civil para que constituya causal de separación de bienes, porque estimó equivocadamente que el documento a que el cargo se refiere acreditaba al menos un cumplimiento parcial de aquellos.

II. En cuanto al tercer cargo de la censura, es indudable que la sentencia acusada le restó valor probatorio a los recibos expedidos por el Icetex a favor de la demandada por concepto de las pensiones del menor Jaime Jurado Bonilla durante los años de 1963 y 1964; que tales recibos no le merecieron plena credibilidad, porque estimó que si, como se infiere de la demanda, la situación económica de la actora es un tanto precaria, dado el abandono que le imputa al marido, y si por otra parte, ella apenas tiene con qué atender modestamente a sus necesidades y a las de sus hijos, con el producido de una pequeña empresa de tejidos que tiene establecida en Bogotá, según lo exponen los testigos que adujo, no parecía verosímil, a juicio del Tribunal, que hubiera podido pagar al ICETEX la cantidad de $ 28.818.11, a la cual asciende la suma de los recibos presentados por ella. En este sentido interpreta la Corte la única frase que al respecto se lee en la sentencia: "Dadas las condiciones personales confesadas por la actora, resulta forzado imputársela como propia".

Erró también el Tribunal al haber restringido el pleno valor de convicción que tienen los mencionados recibos aducidos dentro del término probatorio y mandados tener como prueba con citación de la parte contraria, sin que ésta hubiese formulado reparo alguno ni recurrido la providencia respectiva. "...La jurisprudencia tiene admitido —ha dicho la Corte— que los documentos públicos, fuera de los momentos procesales primeramente dichos, se pueden llevar al expediente directamente por las partes en el término probatorio, pero siempre con conocimiento de la contraria, o sea con la notificación del auto que tiene dichos documentos como pruebas" (Cas. Civ. 10 de marzo de 1966, XCV, pág. 179).

Tales recibos acreditan plenamente que fue la demandante quien sufragó los gas-

tos de estudio en el exterior de su hijo Jaime durante los años de 1963 y 1964 y el Tribunal carecía de base para suponer que los pagos correspondientes no fueron hechos con dinero de aquella y por consiguiente para demeritar el valor de convicción que legalmente tienen los mencionados recibos expedidos por el Icetex. El pago de estos gastos hecho por la esposa demuestra también, en forma correlativa, que el demandado no los sufragó y por ende su incumplimiento en sus deberes de padre.

III. Respecto del quinto cargo debe recordarse, como se expuso al relatar la motivación de la sentencia, que una de las razones en que ésta se basa para haber despachado desfavorablemente las súplicas de la demanda, radica en la aplicación al caso sub-judice del artículo 156 del Código Civil, ya que a juicio del Tribunal "se ignora cuál de las dos partes fue la que incurrió en el abandono del hogar y además parece ser que fue la demandante quien lo hizo", con lo cual da a entender que en el presente caso se produjo una compensación de culpas entre los cónyuges, que le quita base a la demandante para las súplicas que formuló en su libelo.

El cargo en estudio ha de interpretarse en el sentido de que el Tribunal aplicó indebidamente el artículo 156 del Código Civil, lo cual constituye un quebranto de esta norma, producido en forma indirecta, porque al apreciar las pruebas aducidas por el demandado consideró que la esposa abandonó el hogar y que por tanto no podía demandar la separación de bienes.

La Corte, en sentencia aún no publicada (juicio de Sara Rosa Avendaño de Zutta contra José Rosendo Zutta de fecha 27 de noviembre de 1969), luego de analizar las diversas doctrinas sentadas por la Corporación a propósito de la compensación de culpas en los juicios de separación de bienes, dijo lo siguiente:

"12. No hay, pues, antagonismo entre las jurisprudencias aludidas y la que el presente fallo encarna, el que en realidad no viene a ser sino una síntesis de la doctrina sobre el punto, la cual puede, por lo tanto, compendiarse en las siguientes CONCLUSIONES:

"a) El artículo 2º de la Ley 8ª de 1922 extendió a la separación de bienes, en ese entonces a favor de la mujer, las causales de divorcio establecidas por el artículo 154 del Código Civil.

"b) En virtud del sistema de la Ley 28 de 1932, esas causales se hicieron también operantes en favor del marido, en todo lo pertinente.

"c) Trasladadas a la simple separación de bienes, las causales del dicho artículo 154 lo fueron con los mismos significados y disciplina que tienen en el ámbito del divorcio.

"d) Las culpas de ambos cónyuges no se compensan, de modo que aunque ninguno de los dos es inocente, cada uno de ellos está legitimado para impetrar el divorcio o la separación de bienes por la culpa del otro.

"e) Pero, cuando la culpa de uno de los cónyuges o la suspensión por éste del cumplimiento de sus deberes, es consecuencia o resultado de la culpa del otro, entonces no podrá éste solicitar el divorcio o la separación de bienes por el sólo motivo de la falta del primero, por ser entonces responsable también de la misma".

Los conceptos que se dejan transcritos y que sea ésta la oportunidad de reiterar, llevan a la conclusión del nuevo error que cometió el Tribunal, pues aún en el supuesto de que estuviera plenamente demostrado que la demandante abandonó el hogar, ello no le impedía demandar la separación de bienes por una causal imputable al marido. Lo que prohibe el mencionado precepto, es que dicha separación la impetre quien ha incurrido en una de las causales que señala el artículo 154 ibídem y que al efecto la invoque en su favor.

IV. Los tres principales soportes del fallo acusado, como se ha visto, adolecen de otros tantos errores que conducen necesariamente a la casación de aquel y a que la Corte tenga que proferir la respectiva sentencia de reemplazo.

Fallo de instancia

La Corte no encuentra ningún inconveniente de orden procesal para que en este juicio pueda proferirse sentencia de mérito. Por otra parte, de autos aparecen plenamente acreditadas la legitimación activa y pasiva de los litigantes, por lo cual el estudio de la cuestión debatida se reduce a la prueba de las causales de separación de bienes que la actora invocó en su demanda.

Según lo dispone el artículo 2º de la Ley 8ª de 1922, también son causales de separación de bienes las que en número de cinco autorizan el divorcio de acuerdo con el artículo 154 del Código Civil. Estas, como fácilmente se deduce de su texto, pueden clasificarse en dos grupos, que corresponden a los hechos que las configuran, así: a) —Las positivas, señaladas en los numerales 1º, 2º, 3º y 5º; y b) —las de orden negativo de que trata el numeral 4º.

En efecto, las primeras están constituídas por hechos concretos, externos y graves, respecto de los cuales rige el principio general de orden probatorio que establece el artículo 593 del C. J. (onus probandi incumbit actori). En cambio, las últimas, aunque el texto del numeral 4º esté redactado en forma positiva al referirse al absoluto abandono en el cumplimiento de los deberes conyugales y paternos o maternos de la parte demandada, a no dudarlo constituyen una negación que participa de la naturaleza de los llamados hechos indefinidos, disciplinados por una norma probatoria diferente: la del artículo 595 ibídem, según la cual "las negaciones no se demuestran, a menos que se apoyen en hechos positivos cuya existencia pueda demostrarse".

Así, pues, el no cumplimiento de los deberes que la Ley le impone al cónyuge demandado, constituye una negación de carácter indefinido y el demandante que la invoca como cusal de separación de bienes está exonerado de la carga probatoria respectiva, puesto que tal negación no se apoya en la afirmación de hechos positivos cuya existencia puede comprobarse.

Es bien sabido que incumbe probar las obligaciones a quien las alega (art. 1757 C. C.), lo cual se logra demostrando la fuente que las genera. Si ésta es contractual, será necesario acreditar el acto jurídico respectivo: si es legal, bastará con invocar el precepto del caso, ya que la existencia de la Ley no requiere ser demostrada. Acreditada la obligación a cargo del demandado y afirmado su incumplimiento, compete a éste demostrar que satisfizo la prestación a su cargo o que se produjo cualquiera otra forma de extinción de aquella, pero en tanto no lo logre de manera plena y completa (art. 593 C. J.), quedará en pie el aserto del acreedor de que esa obligación no fue cumplida y que por tanto tiene a su favor las acciones que le brinda la Ley.

Las obligaciones y derechos entre los cónyuges están establecidos por el Capítulo I. del Título IX, del Código Civil; los que existen entre los padres y los hijos, en el Título XII ibídem; por tanto, tales obligaciones de esposo y de padre y las de esposa y de madre, cuyo absoluto abandono constituye causal de divorcio, son de orden puramente legal. Por absoluto abandono de los mencionados deberes debe entenderse, pues, la falta de cumplimiento de los mismos. Esto indica que la parte que demanda la separación de bienes no tiene que probar el abandono: basta con afirmar el incumplimiento por tratarse de un hecho indefinido, y sin que tenga tampoco que demostrar la fuente de la obligación incumplida, por ser ésta la Ley. De esta suerte, será la parte demandada la que tendrá a su cargo la prueba de los hechos positivos consistentes en que sí cumplió con esos deberes legales que su contraparte afirma que no han sido cumplidos.

Este régimen probatorio depende en cada caso de la posibilidad que tenga la parte actora, a juicio del sentenciador, de demostrar o no los hechos que configuran la causal 4ª del citado artículo 154, porque la exoneración del onus probandi que consagra el artículo 595 del C. J. obedece precisamente a ese importante factor: ad imposibillia nemo tenetur.

En el presente caso, la demandante afirmó tres causales de separación diferentes: las de orden positivo, vale decir el amancebamiento y el trato cruel, no fueron probadas, como lo declararon los juzgadores de instancia. La de carácter negativo, esto es, el no cumplimiento por parte del demandado de sus deberes de esposo y padre, como acaba de verse, no requería ser demostrada por la actora, la cual sin embargo, no se limitó a afirmar ese hecho indefinido, sino que acreditó plenamente haber pagado los gastos de educación de su hijo Jaime durante los años de 1963 y 1964, lo cual presupone como es obvio, que no fueron sufragados por el demandado. Los testimonios aducidos por la demandante demuestran también que los hijos comunes han estado al cuidado de la madre, lo cual no fue desvirtuado con las pruebas que allegó el demandado.

El marido demandado demostró que durante los trece años que ha durado el abandono que se le atribuye en el libelo, apenas pagó al Instituto de La Salle la cantidad de $ 2.500.00 por valor de la matrícula y estudios de su hijo Jaime en el año de 1957, hecho éste que por sí solo no puede considerarse en manera alguna como un debido cumplimiento de sus obligaciones legales de esposo y de padre. El demandado no demostró el hecho exceptivo del cumplimiento de tales obligaciones legales y por consiguiente al no haber desvirtuado la afirmación de incumplimiento de éstas que hizo la parte actora y que además logró corroborar con las pruebas que adujo, forzoso es concluir que la separación de bienes impetrada debe ser despachada favorablemente.

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, C A S A la sentencia de fecha 30 de noviembre de 1966, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto y como Tribunal de instancia, CONFIRMA en todas sus partes la que dictó el Juez Civil de la misma ciudad, el 15 de junio de 1966.

Las costas de segunda instancia son a cargo de la parte demandada; no las hay en el recurso extraordinario.

(Esta sentencia fue discutida y aprobada por la Sala según Acta Nro. 116 de 11 de diciembre de 1970).

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

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

Heriberto Caycedo M. Secretario.

ACCION POSESORIA

Litis consorcio, personería e inepta demanda tienen naturaleza jurídica propias y producen consecuencias distintas.

Casación. Requisitos de la demanda.

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

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

Conoce la Corte del recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fecha 2 de diciembre de 1966, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio posesorio que promovió Roberto Fernández contra Elvira Fernández de Delgado.

El mencionado Fernández demandó ante el Juzgado Veintidós Civil Municipal de Bogotá a Elvira Fernández de Delgado, para que previos los trámites indicados en los artículos 877 y ss. del Código Judicial, se decretase la restitución inmediata de los locales marcados con los Nros. 9-56, 9-60, 9-66, y 9-70, ambos de la calle 15 de esta ciudad y para que se la condenase al pago de la indemnización de perjuicios por el despojo de aquellos y también al de las costas del juicio.

Como hechos fundamentales de su demanda, afirmó los que la Corte resume así:

1º. El demandante tuvo la posesión material de los locales mencionados, en forma quieta, pacífica y tranquila desde el 1º de agosto de 1960 hasta el día en que la demandada se la arrebató;

2º. Fernández había ejercido la mencionada posesión por conducto de las personas a quienes dio esos locales a título de arrendamiento;

3º. La demandada promovió ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bogotá un juicio de entrega contra Pedro Camargo, a sabiendas de que éste no era el verdadero poseedor de los mencionados locales, juicio en el cual se decretó la entrega de los mismos a dicha señora mediante diligencia practicada el día 7 de diciembre de 1964, no obstante que los arrendatarios respectivos, Gustavo Sanabria y Gabriel Mansi, los habían recibido en arrendamiento del demandante Fernández;

4º. Los mencionados inquilinos celebraron nuevos contratos de arrendamiento con la demandada Elvira Fernández de Delgado, a quien continuaron pagando el precio respectivo que fue rebajado con relación al que habían convenido con Roberto Fernández;

5º. "Medió en consecuencia —continúa textualmente la demanda— una verdadera colusión entre los dos arrendatarios de Roberto Fernández y Elvira Fernández de Delgado, en perjuicio de los intereses de Roberto Fernández y con el halago de LA REBAJA DE LOS CANONES DE ARRENDAMIENTO, los arrendatarios no cumplieron por su lado con la obligación en que estaban de darle aviso al arrendador sobre la indebida intromisión del Juzgado Treinta Municipal al ordenarles reconocer como nueva arrendadora a Elvira Fernández de Delgado, firmándole documentos en donde se hicieron constar contratos de arrendamiento y de no

dar aviso al arrendador sobre el despojo que en tal caso llevaba a cabo el Juez Tercero Civil Municipal de Bogotá. No sobra advertir aquí la ausencia de todo fundamento legal en la sentencia proferida por el Juez 2º del Circuito de Bogotá al ordenar la entrega de los locales a Elvira Fernández de Delgado, sin que ella hubiera dado prueba alguna sobre el derecho que hubiera podido tener para tal entrega, ya que según el mismo Juez lo acepta, la tenencia material de los locales establecen (sic) en poder de un depositario, quien en tal caso podía ejercer la acción".

Como fundamento en derecho el actor invocó los artículos 972, 974, 976, 977, y 978 del Código Civil.

El primer grado de jurisdicción culminó con la sentencia de 15 de junio de 1966, mediante la cual el Juzgado del conocimiento negó todas las peticiones del libelo, absolvió a la demandada y condenó en costas al actor, quien apeló de dicha providencia.

La segunda instancia fue decidida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el cual, en la sentencia que es objeto del recurso de casación que ahora se decide, revocó la de primer grado y en su lugar dispuso lo siguiente:

1º DECLARAR que la demandada Elvira Fernández de Delgado, está obligada a restituir al demandante Roberto Fernández, los locales "distinguidos con los Nros. 9-56 a 9-60 de la calle 15 de esta ciudad y 9-66 a 9-70 de la misma calle 15, deslindados como se expresan en la demanda y en la parte motiva de esta providencia";

2º NEGAR la condenación por indemnización de perjuicios; y

3º CONDENAR a la parte demandada a pagar al actor las costas de la primera instancia únicamente.

Motivación del fallo

Después de un breve recuento sobre la naturaleza de las acciones posesorias y de transcribir alguna doctrina de la Corte sobre el particular, afirma el Tribunal que en el caso sub-lite está plenamente demostrado, con los documentos que la parte actora adujo como prueba, que las personas que fueron encontradas como ocupantes de los locales en referencia, cuando se practicó la entrega judicial de los mismos a la señora demandada, eran arrendatarios de Roberto Fernández, de lo cual "cabe concluir que éste era poseedor material y desde luego puede ejercitar la acción que ha instaurado para recuperar la posesión, pues fue perturbado y privado de esa posesión que ostentaba el día en que practicó la diligencia de entrega de fecha 7 de diciembre de 1964, así hubiera sido como consecuencia de una sentencia judicial... de consiguiente, la acción de restitución contenida en la súplica primera prospera y por ende la sentencia de primera instancia debe revocarse como en efecto se hará en su parte pertinente".

El recurso

Con base en las causales 1ª y 4ª de casación, el censor formula dos cargos contra la sentencia recurrida, que a su juicio es violatoria "de Ley sustantiva a consecuencia o efecto de error en la apreciación de las pruebas, por interpretación errónea, aplicación indebida, violación directa y también por haberse dictado la sentencia en (sic) base en un juicio nulo por cuanto la demandada no es parte legítima exclusiva para la acción de recuperación de la posesión, como que la entrega y la orden de entrega que se hizo fue para la comunidad formada entre los distintos condueños del inmueble tal como lo dice el pronunciamiento del Juez Segundo Civil del Circuito que originó la entrega y es causa de la acción de Roberto Fernández, como que la entrega fue a favor de todos los condueños del inmueble".

Primer cargo

El recurrente comienza por afirmar que la demandada no es la única poseedora de los locales sub-lite, por cuanto éstos le fueron entregados en un juicio que la misma promovió en nombre de la comunidad pro-

pietaria de aquellos y que en la sentencia respectiva proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bogotá, el 18 de julio de 1964, se decretó la restitución y entrega de tales locales "a favor de la comunidad formada por Elvira Fernández de Delgado, Elvira Cuéllar de Fernández, Alicia Fernández de Piñeros". Agrega que dicha diligencia "como puede leerse en el acta correspondiente, se efectuó en consonancia con lo que había sido decretado en el fallo, es decir, fue hecha a Elvira Fernández de Delgado, como representante de la comunidad a que pertenece el inmueble donde se encuentra el local".

De lo expuesto concluye el recurrente que en el presente juicio han debido ser demandados todos los condueños como poseedores que eran de las referidas fincas y que habiendo sido demandada únicamente Elvira Fernández de Delgado, el juicio adolece de la causal de nulidad denominada "ilegitimidad de la personería de la parte demandada" de que trata el numeral 2º del artículo 448 del Código Judicial.

"Es ilegítima, pues —dice el recurrente— la representación del demandado, porque Elvira Fernández de Delgado no es la persona que desposeyó a quien se entregó el bien que reclama el actor, o mejor no tiene el derecho cuya restitución se demanda, como que aparece claro en el proceso que es la comunidad o condueños del inmueble cuya posesión se reclama. Siendo esto así, la ilegitimidad de la personería que acarrea nulidad de acuerdo con el ordinal 4º del Decreto 528 de 1964, art. 52 en conformidad con el 2º del art. 448 del C. J. es la que dice relación con la facultad de representar en juicio a la comunidad de parte de la demandada, habiendo sido citada directamente, en nombre propio y no habiendo sido demandada, por consiguiente la comunidad siendo necesaria su comparecencia por la naturaleza peculiar de la relación jurídica controvertida, o sea, por razón de la cuestión discutida, si con la entrega que se hizo se verificó el despojo o desposesión alegada se pudiera decir que el concepto del litis consorcio necesario, más que una situación exclusivamente procesal, va ligado a la naturaleza de la relación jurídico material controvertida, es decir, a una cuestión de derecho sustancial. Mas como la decisión no puede pronunciarse sino por referencia a varias partes, a varias personas que constituyen conjuntamente la comunidad, ellas debían ser demandadas en el mismo proceso, esto es, en el proceso debe reflejarse la naturaleza suigéneris de la cuestión de derecho que se ventila". Y más adelante agrega;

"En conclusión, la acción de restitución da legitimación para oponerse, corresponde a varias personas, no corresponde a la demandada, por eso no es posible decidir si existe la acción, porque el juicio sobre esa cuestión no se puede lograr, si antes no se han eliminado todas las cuestiones que constituyen el antecedente lógico de la decisión final y que han sido llamadas cuestiones prejudiciales, porque deben ser juzgadas antes de que pueda decidir sobre la acción. Por esto es que considero la demanda inepta para el efecto de decidir sobre la disposición alegada o despojo y que la actuación verificada en este proceso es nula de acuerdo con el artículo 448 del Código Judicial, ordinal 2º".

Se considera

No brilla por su claridad el pensamiento del censor, como fácilmente puede apreciarse de los párrafos de la demanda que se dejan transcritos, en los cuales se alude indistintamente al litis consorcio necesario, a la nulidad por ilegitimidad de la personería y a la ineptitud de la demanda. Todas esas figuras procesales tienen naturaleza jurídica propia e independiente y producen consecuencias distintas. Así, cuando habiendo un litis consorcio necesario, no han sido vinculadas al juicio todas las personas que lo integran, la sentencia deberá ser forzosamente inhibitoria; la ineptitud de la demanda, si es por defectos formales de que ésta adolece, tiene lugar en los casos establecidos por el art. 333 del C. J. y puede proponerse como excepción dilatoria, en los juicios en que tales remedios tienen cabida; en los demás eventos dicha ineptitud dice relación al pre-

supuesto procesal de demanda en forma y determina que la sentencia sea inhibitoria; la ilegitimidad de la personería, que es motivo de nulidad según el numeral 2º del artículo 448 ibídem, se refiere únicamente a la representación de las partes en el juicio y sólo puede ser invocada por las que estuvieron mal representadas.

Del planteamiento que hace el censor, deduce la Corte que la causal de nulidad que le achaca al presente juicio, consiste en que la parte demandada ha debido estar integrada por todos aquellos que, según él, son condueños y coposeedores de los referidos locales, y además, en que Elvira Fernández de Delgado, amén de no ser representante de esta comunidad, fue demandada en su propio nombre como si fuese la única poseedora de los referidos bienes.

"Respecto de la segunda causal de nulidad prevista en el artículo 448 del Código Judicial, en varias ocasiones ha dicho la Corte, que ella no reza con cuestiones de fondo y que 'no puede hallarse sino en los casos en que se gestiona por medio de apoderado, por alguna deficiencia o informalidad del poder, o en que el demandante o demandado no son hábiles para comparecer por sí mismos en el juicio y la correspondiente representación no está debidamente acreditada" (G. J. LXXV, pág. 740).

Si la persona contra quien se promueve un juicio carece de la legitimación pasiva para intervenir en él, o si habiendo litis consorcio necesario no se demandó a todas las personas que lo integran, son éstas cuestiones de fondo que no cabe resolver por la vía incidental de las nulidades y por ende que no encuadran dentro del marco de la causal 4ª de casación, destinada sólo a enmendar errores in procedendo. De esta suerte, si evidentemente se tratase en el presente caso de la indebida representación de la comunidad a que se refiere el recurrente, sólo ésta, es decir sus representantes legítimos, habrían podido solicitar durante el juicio que se decretase la nulidad aludida o alegar esa circunstancia como motivo de casación. Los otros dos aspectos que plantea el censor, esto es, si existía o no un litis consorcio entre todos los coposeedores de los locales y si Elvira Fernández de Delgado era o no poseedora única en su propio nombre, son cuestiones que debían resolverse en la sentencia, como que dicen relación a la legitimación en causa de la parte demandada y por tanto no determinantes de nulidad procesal, ni susceptibles de ser consideradas dentro del ámbito de la causal cuarta de casación. A este respecto es abundantemente la doctrina de la Corte.

"Decir que una demanda es inepta vale resolver que no permite pronunciamiento de mérito, e importa, por lo mismo, la inhibitoria del juzgado para fallar en el fondo" (CXXIX, pág. 83).

"La ilegitimidad de la personería de las partes o en quien figura como su apoderado, no puede alegarse en casación como motivo de nulidad sino por la parte indebidamente representada en el juicio, como que esa ilegitimidad ataca una de las bases esenciales del derecho de defensa y se refiere 'al presupuesto procesal de la capacidad para comparecer en juicio y no a la personería sustantiva que se confunde con la legitimación para obrar. La ilegitimidad de personería no puede ser alegada con eficacia legal por cualquiera de las personas que intervienen en un litigio judicial; la razón jurídica de esta causal de nulidad que no es otra que la violación del derecho de defensa, circunscribe el interés indispensable para pedirlas la persona o parte que no haya estado debidamente representada en el juicio, ha dicho la Corte" (CXVII, pág. 292).

"La parte que no fue legalmente notificada o emplazada o no estuvo debidamente representada en el juicio, es la que puede alegar por vía de acción o de excepción la nulidad correspondiente" (CXV, pág. 73).

"Si, pues,... no está legitimada a este efecto, tampoco lo estaría para promover en casación la causal sexta (hoy cuarta) del artículo 520 del Código Judicial sancionadora de nulidad procesal.

"La legitimación en causa, como lo dice la doctrina de la Corte..., toca con la titularidad activa o pasiva del derecho. En otros

términos: sólo 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 derecho" (CXV, pág. 87).

Toda la argumentación del recurrente para demostrar la existencia de la causal de nulidad que alega y por ende la viabilidad del motivo de casación que invoca, dice relación a cuestiones de fondo y en ningún caso de orden procedimental. Por consiguiente, no constituyen un vicio de que adolezca el juicio, que hubiera podido enmendarse decretando la nulidad correspondiente, ni que tenga ahora remedio a través de la causal cuarta.

En estas condiciones, el cargo no prospera.

Segundo cargo

"La sentencia del H. Tribunal Superior de Bogotá de fecha 2 de diciembre de 1966 —expone el censor— es violatoria de la Ley sustantiva tal como lo demostraré en el curso de este cargo, de varias disposiciones sustantivas por falta de aplicación, aplicación indebida y errónea interpretación a causa de errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, además de violación directa de varias disposiciones sustantivas".

A renglón seguido, ensaya precisar el alcance de la impugnación así:

"El Tribunal al estudiar la acción de restitución que se funda en el Título XII, Libro 2º, artículos 972 y ss. del Código Civil sobre acciones posesorias, no examinó, no vio, que la acción dirigida contra Elvira Fernández de Delgado era improcedente porque era derivada de un acto de autoridad porque la desposesión o despojo alegado aparecía en el supuesto de que fuera verdad lo planteado en la demanda, era de parte de la comunidad formada por los distintos condueños del inmueble en donde se dice ella se realizó". El recurrente menciona en seguida la diversas pruebas que obran en los autos, de las cuales estima indudable que quien era poseedor de los locales objeto del presente juicio era una comunidad y no la demandada Elvira Fernández de Delgado y afirma que tales pruebas, en cuanto tales, no fueron apreciadas ni tenidas en cuenta por el juzgador.

Agrega luego que el Tribunal "leyó los contratos de arrendamiento que alegaba tener el actor, por medio de los cuales ejercía la posesión, leyó la entrega que se hizo a Elvira Fernández de Delgado, pasando por alto que no recibía a nombre propio y sobre supuestos de lo que decían los contrarios, dice que Roberto Fernández estaba en posesión y fue desposeído injustamente. No analizó los demás hechos, no los valoró jurídicamente, los que dicen la entrega no era para Elvira Fernández de Delgado exclusivamente, menos que la posesión había sido suspendida era por acto de autoridad en el supuesto de que si estuviera en la posesión lo que no es verdad. Tampoco leyó que el bien sobre el cual se ejercía la restitución había sido objeto de un secuestro judicial, que por sí mismo probaba que no había sido verdad lo afirmado por el sentenciador 'de que Roberto Fernández estaba en posesión cuando se le hizo la entrega a Elvira de Delgado' ".

Dice también que "Fernández no es poseedor porque reconoce que el terreno es propiedad de los comuneros, que estos son titulares propietarios del inmueble, pues apenas dice ser titular de las mejoras. Mas no se puede tener sobre un terreno la tenencia y la posesión porque las mejoras o edificaciones en un inmueble forman una sola unidad la cual rigen por la regla del artículo 738 del Código Civil no tenido en cuenta por el fallador. Si esto lo hubiera considerado no habría dicho que Fernández era poseedor..."

A vuelta de repetir los mismos argumentos ya expuestos, en forma propia de un alegato de instancia, dice que el Tribunal "violó los citados artículos 762 y 775 por no haberlos tenido en cuenta a causa de haber pasado por alto las pruebas del citado cuaderno Nro 3., copias mencionadas en las que constaba que el demandante reconocía la propiedad de los comuneros o copropietarios del inmueble y a favor de los cuales se

hicieron las declaraciones judiciales del Juzgado Segundo Civil del Circuito sobre restitución, esto es, por errores en la apreciación de las pruebas, errores primero de hecho y luego de derecho (se subraya) por no haberles dado la valoración jurídica correspondiente, según el artículo 632 del Código Judicial y 593, 597, 613 y 604 del mismo Código". A renglón seguido expresa que, como consecuencia de "no haberse tenido en cuenta esas pruebas no se aplicó el artículo 739 del Código Civil, el Tribunal leyó los contratos de arrendamiento, pero no leyó las copias agregadas por la parte demandada al juicio, en que consta que la entrega se hizo fue a Elvira Fernández de Delgado en representación de una comunidad, que el inmueble estaba secuestrado en poder de Pedro P. Camargo que había sido demandado en el juicio de restitución". Resulta entonces que por no haber tenido valoración jurídica dichas pruebas, primero leyéndolas, luego dándoles el valor que les corresponde de acuerdo con los artículos 593, 597, 604, 607, 632 del Código Judicial, el Tribunal aparece violando los artículos 762, 775, 972, 974 y 977 del Código Civil, los tres primeros por falta de aplicación, por haberlos ignorado el fallador y los siguientes por haberlos aplicado indebidamente sobre supuestos errores de hecho que no existían en el expediente".

Finalmente dice el censor que "el Tribunal olvidó de paso el artículo 739 del C. C. sobre el derecho que tiene el ejecutor de mejoras y sobre el derecho del propietario del suelo; naturalmente desconoció este precepto por falta de aplicación"; más adelante agrega que "el Tribunal violó los artículos 762 y 775 del Código Civil por no haber considerado que si Fernández reconocía como dueños del terreno a los propietarios conforme a la escritura pública mencionada en la sentencia del Juez Segundo Civil del Circuito de Bogotá, mal podía ser poseedor exclusivo como lo exigen los artículos 972, 974 y 977 del Código Civil para decretar una restitución. Tampoco tuvo en cuenta el sentenciador el artículo 976 del mismo Código y exige que la posesión sea clara, no clandestina como sería la posesión ejercida por medio de los arrendatarios Mansi y Sanabria".

Consideraciones de la Corte

1º "Repetidamente lo viene diciendo la Corte, que de conformidad con los artículos 537 y 538 del Código Judicial, debe ella examinar todos los cargos que contenga la demanda de casación en su orden lógico, salvo el caso de que encuentre fundado alguno de ellos, lo que la exonera de analizar los restantes. Y que, para que se puede cumplir esta labor de estudio individual de cada una de las censuras propuestas, preceptúa el artículo 63 del Decreto 528 de 1964 que 'la demanda de casación debe contener un resumen de los hechos debatidos en el juicio, expresar la causal que se aduzca para pedir la infirmación del fallo indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella, y citando las normas sustanciales que el recurrente estime infringidas. Si son varias las causales del recurso se exponen en capítulos separados los fundamentos relativos a cada una (se subraya)'. Conclúyese de lo dicho que, como perentoriamente lo exige el texto legal últimamente citado, es deber del recurrente presentar cada cargo en capítulo separado, que debe contener en forma completa, clara y precisa la fundamentación y el señalamiento de las normas legales que se estimen infringidas. La inobservancia de esta preceptiva le impondría a la Corte la necesidad de ambular a todo lo largo de la demanda para entresacar de las varias censuras los elementos fundamentales de la que se haya formulado de modo incompleto, a lo que se opone la índole eminentemente estricta y dispositiva del recurso extraordinario" (Cas. Civil 1º de septiembre de 1970, aún no publicada; juicio ordinario de Danise Jazir de Márquez contra Jorge Márquez Velásquez).

Viene muy al caso la doctrina que acaba de transcribirse respecto de la demanda de casación presentada en este juicio. Los párrafos de ésta que se dejan copiados, demuestran sin lugar a la menor duda su absoluta falta de claridad, de técnica y de precisión en cuanto a los cargos formulados, los cuales aparecen entremezclados, reiterados y confundidos con otros, hasta el punto de que ni aún una cuidadosa interpretación de tan extenso escrito, que en vano ha

tratado de hacer la Corte, permite a ésta saber a ciencia cierta de qué se acusa a la sentencia del Tribunal.

2º Además, la demanda en cuestión contiene otros señalados errores de técnica, respecto de los cuales se ha dicho lo siguiente: que no es de recibo en casación, dentro del ámbito de la causal primera, acusar la violación de normas sustanciales simultáneamente por falta de aplicación, aplicación indebida e interpretación errónea (LXXX, pág. 687. CXV. pág. 103); que tratándose de la vía indirecta, tampoco es dable formular en un solo cargo acusación por errores de derecho y errores de hecho referentes a las pruebas sobre idéntico punto, ya que tales conceptos se excluyen recíprocamente (CXVII, pág. 126), porque mal pueden haberse violado normas de valoración probatoria (error de derecho) respecto de una prueba que o no existe en el proceso o que existiendo no fue tenida en cuenta por el sentenciador (error de hecho); que en cada cargo debe explicarse con claridad en qué consistió la violación de la norma sustancial y el concepto de ella cuando ésta se acusa por la vía directa, y otro tanto si se formula la censura por la vía indirecta, pero precisando claramente en este caso las pruebas respecto de las cuales se incurrió en error (CXV. pág. 121); (XCV. pág. 507): y finalmente, que no es de recibo en casación contraponer el criterio del impugnante al del Tribunal en cuanto a la valoración del acervo probatorio, porque prevalece el concepto del juzgador mientras no sea desquiciado por error de hecho evidente o por error de valoración legal (CXVII, pág. 127).

3º En el caso sub-judice, como fácilmente aparece de su simple lectura, la demanda de casación adolece de todos esos yerros, sin que la Corte haya podido entender siquiera en qué consiste el cargo que se formula a la sentencia del Tribunal. Ni aún ambulando, para emplear la expresión de la doctrina antes transcrita, a todo lo largo del extenso libelo que presentó el censor, es posible establecer cuáles son la naturaleza y el alcance del segundo cargo en estudio.

4º Por último, cabe agregar que el recurrente además de fundamentar su ataque, atribuyéndole a la sentencia errores de hecho y de derecho en forma simultánea, lo cual como se dijo, no es de recibo en casación, al tratar de sustentarlo por el segundo aspecto indicado, se abstiene de precisar, como ha debido hacerlo, en qué consistieron esos supuestos "errores de valoración jurídica" en que incurrió el Tribunal respecto de las pruebas y por qué lo llevaron a no darles "el valor que les corresponde de acuerdo con los artículos 593, 597, 604, 607 y 632 del Código Judicial".

La Corte ha dicho que "cuando de infracción indirecta se trata, el impugnante... debe señalar concretamente los medios probatorios en cuya apreciación cometiera el fallador el error de derecho o de hecho manifiesto que se le imputa y demostrar el cargo. Lo cual significa que tendrá que indicar en el primer caso, el precepto de la valoración probatoria violado y el sentido en que lo haya sido (se subraya)" (XCV. pág. 507).

De lo expuesto se concluye que el cargo no puede prosperar.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 2 de diciembre de 1966.

Condénase a la parte recurrente a las costas del recurso.

(Esta sentencia fue discutida y aprobada por la Sala como consta en el Acta Nº 117 de 14 de diciembre de 1970).

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

Ernesto Cediel Angel, Ernesto Blanco Cabrera, Germán Giraldo Zuluaga, Alfonso Peláez Ocampo, Eduardo Serna R., José María Esguerra Samper.

Heriberto Caycedo M. Secretario.

NULIDAD DE LA VENTA

Presupuestos procesales. La ausencia del presupuesto de capacidad para ser parte o el de demanda en forma no vicia de nulidad la actuación.

Incongruencia. Interés para alegarla.
Escritura Pública. Cómo desvirtuar su mérito probatorio.

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

(Magistrado Ponente: Doctor Ernesto Cediel Angel).

(Aprobación: Acta Nº 119 de 16 de diciembre de 1970).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 22 de julio de 1968, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Zipaquirá en el proceso ordinario de Inocencio Castillo Castillo contra Blanca Castillo Arias.

El litigio

El citado Inocencio Castillo Castillo demandó a Blanca Castillo Arias ante el Juez Municipal de Nemocón, a efecto de que se declarase nulo el contrato de compraventa de que da cuenta la escritura 120 de 4 de febrero de 1955, otorgada en la Notaría de Zipaquirá, celebrado entre demandante y demandada, por no reunir "los requisitos esenciales que exige el artículo 1849 del C. C. ya que ni el vendedor tuvo la intención de traspasar el bien de que trata la mencionada escritura, ni la compradora la de adquirirlo, ni hubo pago del precio", ni entrega real y material a aquella de los bienes materia del contrato; se ordenase, en consecuencia la cancelación del registro de dicha escritura en la oficina de Registro de Zipaquirá, y se condenase a la demandada en las costas del juicio.

En subsidio solicitó se declarase resuelto el referido contrato por falta de pago del precio estipulado, y se condenase a la demandada a pagarle al actor los perjuicios que le hubiere causado por el incumplimiento.

Como fundamento de su pretensión el demandante afirmó los siguientes hechos:

"PRIMERO. — Por coacción moral y estado de perturbación síquica, al señor Inocencio Castillo Castillo, el día cuatro de febrero del año de 1955, se allanó a firmar la escritura pública número 120 que hicieron extender en la Notaría del Circuito de Zipaquirá. La beneficiaria fue la señorita Blanca Castillo Arias, amante transitoria del señor Castillo a quien pretendió heredar en vida y explotar inmisericordemente.

"SEGUNDO. — La supuesta compradora no pagó el precio acordado que lo fue de veinte mil pesos ($ 20.000.00) ya que es pobre, nunca ha tenido en su poder tal suma ni por concepto de herencia, trabajo, o donaciones, menos por haberse ganado una lotería. El supuesto vendedor no se ha desprendido de sus bienes, los ocupa como señor y dueño, los explota por cuenta propia. De manera que la ficticia compradora no ha dado cumplimiento a la elemental obligación de pagar el precio como lo exige el artículo 1928 del C. C.

"TERCERO. — La señorita Blanca Castillo Arias, mal aconsejada, pretende traspasar los bienes que no le pertenecen. De ahí la necesidad de que la demanda se registre lo antes que sea posible.

"CUARTO. — La venta cuya nulidad solicito, como antes se expresó, consta en la escritura número 120 de febrero 4 de 1955 de la Notaría del Circuito de Zipaquirá".

Adelantado el trámite de la primera instancia con oposición de la demandada el juzgado le puso fin mediante la sentencia de 20 de marzo de 1968, en la cual resolvió:

1º Declarar "resuelto, y sin ningún valor ni efecto" el contrato de compraventa a que se hizo referencia, por falta de pago del precio estipulado y por no haber entregado el demandante los bienes que dijo vender, y ordenar la cancelación de los registros de la escritura respectiva en la oficina de Registro de Zipaquirá.

2º Condenar a la demandada a resarcir los perjuicios que el demandante hubiera recibido por el incumplimiento en el pago del precio. Y

3º Condenar a la demandada en las costas del juicio.

Recurrida esta providencia en apelación por la demandada, el Tribunal, mediante sentencia del 22 de julio de 1968, decidió:

"Primero. Confírmanse los numerales resolutivos primero y tercero del fallo de primer grado, o sea el proferido por el Juzgado Promiscuo Municipal de Nemocón con fecha veinte (20) de marzo del presente año de mil novecientos sesenta y ocho (1968).

"Segundo. Revócase el numeral segundo resolutivo del referido fallo.

"Tercero. Costas del recurso a cargo de la parte apelante. Decreto 0243 de 1951".

Este es el fallo materia del recurso de casación de que conoce la Corte y que hoy se decide.

Motivación de la sentencia impugnada

Luego de advertir que según doctrina de la Corte la acumulación objetiva de acciones en una misma demanda es inadmisible cuando se proponen en forma concurrente acciones contrarias entre sí, o cuando propuestas en forma subsidiaria se destruyan por elección o son incompatibles, expresa el Tribunal:

"En el caso de estudio y dada la compleja redacción de la demanda, la Sala interpreta que la petición de nulidad del contrato de compraventa se fundamenta principalmente en la falta de intención tanto en el vendedor para transmitir el dominio, como en el comprador para adquirirlo, y además por la ausencia del pago del precio, porque a su vez se afirma que la supuesta compradora es pobre y nunca ha tenido en su poder la suma pactada como precio. Pero, si a pesar de lo anterior se hace la afirmación de que el vendedor se allanó a firmar la escritura, para usar los propios términos de la demanda, por coacción moral y estado de perturbación síquica, entonces habría que interpretar la demanda en el sentido de que lo impetrado como principal es la nulidad del contrato de compraventa por los motivos que reseña el numeral primero de los hechos. Interpretación que a juicio de la Sala parece la más acertada, porque, además, en el supuesto de tener como petitum principal conjuntamente las acciones de simulación y la de nulidad, resultaría de bulto la contradicción e incompatibilidad, toda vez que sería jurídicamente imposible compaginar dos situaciones enteramente disímiles. Al paso que la acción de simulación implica la existencia del consentimiento, la acción de nulidad al tenor de los hechos en que se sustenta la demanda implica muy al contrario —ausencia de voluntad jurídica— falta precisamente de ese elemento esencial en los contratos: el consentimiento".

Y más adelante agrega:

"La declaración de nulidad de llegar a producirse sería el resultado de haberse demostrado que en el contrato de compraventa atacado intervino un incapaz —enfermo mental el vendedor—. En cambio la acción de resolución del contrato conlleva necesa-

riamente la existencia jurídica de un contrato legalmente celebrado por personas capaces de consentir en plenitud. Las situaciones así planteadas y con base en los propios términos de la demanda, son meridiana elocuencia para concluir en forma definitiva la improcedencia de la acumulación de acciones en el presente pleito, lo cual siguiendo la jurisprudencia nacional da lugar a la presencia de un impedimento procesal por falta del presupuesto correspondiente —demanda en forma—, que a su turno genera la inhibitoria del juzgador".

No obstante lo anterior, el Tribunal, en forma desde luego inconsecuente, dice que interpretando las acciones instauradas con criterio amplio y "teniendo en mente las alegaciones y probanzas aducidas y no siendo posible el fallo a fondo sobre la totalidad de dichas acciones, la Sala considera procedente entrar a estudiar la nulidad planteada por ser de mayor significación jurídica y como más adecuada y conforme con el proceso, y, si ésta no prosperare entonces sí considerar la acción subsidiaria impetrada".

Al estudiar la primera expresa el sentenciador que "el expediente se halla huérfano de elementos de juicio que lleven a la convicción acerca de la presencia de la coacción moral que hubiera inducido al vendedor a otorgar la escritura de la litis", y de pruebas tendientes a demostrar la insanidad mental del otorgante, y que, en consecuencia, "la petición de nulidad carece de sustentación legal para recibir despacho favorable".

En cambio, al examinar la subsidiaria de resolución encuentra probado, con la confesión de la demandada hecha en posiciones, que ésta no cumplió la obligación de pagar el precio estipulado, de donde concluye que la pretensión respectiva está llamada a prosperar. Agrega que como los bienes han estado en poder del vendedor, no se ordenará a la demandada restituirlos; y que como no se probó que el incumplimiento le hubiera causado perjuicios al actor, no se hará la condena que al respecto se impetra en la demanda.

"Y como consideración final —dice el Tribunal—, habida cuenta del escrito —alegato presentado en esta segunda instancia por el procurador judicial de la parte demandada, en que glosa el fallo de primera instancia por incompleto— toda vez que dejó de pronunciarse sobre la acción de nulidad invocada como principal y solamente decidió la acción subsidiaria de resolución del contrato, cabe observar que, en guarda de la economía procesal y sin que ello implique pretermisión de instancia, conforme a reciente jurisprudencia de la H. Corte, la omisión del inferior en dicho particular, en nada afecta el derecho de defensa de las partes".

La demanda de casación

Nueve cargos se formulan en ella a la sentencia del Tribunal: uno (el cuarto) con fundamento en la causal cuarta de casación, otro (el séptimo) con apoyo en la segunda, y los restantes dentro del ámbito de la causal primera. Como el despacho de los cargos en orden lógico impone examinar ante todo los que se fundan en errores in procedendo, y dentro de éstos, en primer término, los que denuncian la existencia de nulidades procesales, estudia la Corte en seguida la acusación que se basa en la causal cuarta del artículo 52 del Decreto 528 de 1964.

Cargo cuarto

Estima el censor que se ha incurrido en el primero de los motivos de nulidad que consagra el artículo 448 del C. J., puesto que siendo incompatibles las acciones de nulidad y de resolución ejercitadas en la demanda, como lo nota el Tribunal, esa incompatibilidad "que implica la imposibilidad de fallar el fondo del negocio, deja al juzgador, sin jurisdicción para dictar sentencia estimatoria". "En efecto —agrega— los presupuestos procesales son requisitos esenciales para que el juez adquiera jurisdicción en un negocio determinado. El juzgador no es competente para fallar un litigio si no existe demanda o ésta, lo que es equivalente, no está en forma. En otras palabras, sin una demanda en forma se halla

el juzgador desprovisto del poder de pronunciarse sobre el objeto de la controversia".

De donde concluye el recurrente que si no obstante faltar el presupuesto de demanda en forma el juzgador profiere sentencia de mérito, "cae en incompetencia de jurisdicción no saneable conforme al artículo 151 del C. J., y en la causal 1ª de nulidad del art. 448, misma obra".

La Corte considera

1. Denomínanse presupuestos procesales los requisitos que inexcusablemente han de concurrir en todo proceso para la constitución válida de la relación jurídica procesal, y cuya falta determina, según la índole del presupuesto, la nulidad del juicio o la inhibición del juzgador para desatar en el fondo la cuestión litigiosa. Son ellos: jurisdicción y competencia, capacidad para ser parte, capacidad para comparecer en el proceso y demanda en forma. La falta de jurisdicción o de competencia, o de capacidad procesal, produce la nulidad de lo actuado en los términos de los artículos 448 y siguientes del C. J.; y la ausencia del presupuesto capacidad para ser parte, o la del de demanda en forma, induce al pronunciamiento de un fallo inhibitorio con consecuencias de cosa juzgada formal únicamente.

2. De donde se sigue, en primer lugar, que los presupuestos procesales no son, como lo afirma el recurrente, "requisitos esenciales para que el juez adquiera jurisdicción en un negocio determinado", sino condiciones para la constitución válida de la relación jurídico-procesal, entre las cuales figura precisamente la de que el juez tenga jurisdicción y competencia; y, en segundo término, que cada uno de tales presupuestos tiene individualidad propia, de tal suerte que son independientes y distintos en cuanto a su naturaleza y a sus efectos. Así, la competencia del juez, o sea el poder que tiene para ejercer en determinado negocio, por encargo del legislador, la jurisdicción que corresponde al Estado (C. J. art. 143), depende exclusivamente de que concurran en él los factores que la determinan, tales como lo naturaleza del asunto, la calidad de las partes y el lugar donde debe instaurarse la demanda (ibídem, art. 150), sea que concurran o no los otros presupuestos procesales. Bien puede suceder, por tanto, que no obstante hallarse la demanda en debida forma, el juez carezca de competencia para conocer de ella; o que a pesar de los defectos formales de que el libelo adolezca el juez sí sea competente para conocer de la cuestión litigiosa.

3. La ausencia del presupuesto capacidad para ser parte o del de demanda en forma no vicia de nulidad la actuación, ni pueden viciarla ya que tal hecho no está erigido por la ley en causal de nulidad; por consiguiente, la circunstancia de que el juzgador profiera sentencia de mérito cuando debe ser inhibitoria, no entraña una nulidad de lo actuado por falta de compencia del juez, sino una violación, por indebida aplicación, de las normas que hizo actuar sin poder hacerlo. No se trata, por tanto, de un error in procedendo denunciable en casación con base en la causal cuarta, sino de un error in iudicando alegable dentro del ámbito de la primera. Por manera que si, como lo afirma el recurrente, el Tribunal dictó sentencia de mérito no obstante faltar el presupuesto de demanda en forma, tal hecho no entraña falta de competencia de aquel, y, por ende, la acusación que se formule al fallo de segundo grado con base en la causal cuarta ha de rechazarse por carecer de fundamento.

Cargo séptimo

Denúnciase en él falta de consonancia del fallo del Tribunal con las peticiones de la demanda. Hácese consitir aquella en que habiéndose propuesto como principal la acción de nulidad del contrato contenido en la escritura 120 de 4 de febrero de 1955, otorgada en la Notaría de Zipaquirá, y como subsidiaria la de resolución del mismo, el ad quem sólo falló ésta al confirmar la sentencia de primera instancia, dejando sin decidir la principal.

Se considera

1. Siendo la sentencia el acto por medio del cual el Estado decide qué tutela dispensa a un interés jurídico determinado, debe existir una estrecha armonía entre ella y las pretensiones o excepciones oportunamente deducidas por las partes, tal como lo preceptúa el artículo 471 del C. J. El fallo es incongruente, por tanto, cuando decide sobre puntos ajenos a la controversia (extra petita); o cuando provee más allá de lo pedido (ultra petita); o cuando deja de decidir algún punto de la demanda o de las excepciones (mínima petita). En esta última hipótesis y por lo que a las pretensiones deducidas en la demanda se refiere, cabe observar que la incongruencia se da, entre otros casos, cuando el sentenciador deje sin resolver alguna de las pretensiones acumuladas en forma concurrente, o cuando habiéndolo sido en forma eventual o subsidiaria, niega la principal y omite decidir la subsidiaria, o resuelve ésta sin haber rechazado la principal.

2. En la demanda introductoria de este proceso se acumularon en forma subsidiaria las acciones de nulidad y de resolución del contrato de compraventa recogido en la escritura 120 de 4 de febrero de 1955, otorgada en la Notaría de Zipaquirá. El juzgado omitió considerar la petición principal y contrajo su estudio y decisión a la subsidiaria de resolución. De ahí que la sentencia de primer grado no contenga ningún pronunciamento sobre la nulidad impetrada, y que sin haber rechazado previamente ésta hubiera declarado "resuelto, y sin ningún valor ni efecto" el contrato referido. En tales condiciones, era el demandante el único que podía manifestar su inconformidad con el hecho de que no se le hubiera decidido la acción de nulidad, en la cual radicaba su mayor interés desde luego que la propuso como principal; mas como no apeló de ese fallo, su silencio implicaba obviamente que se hallaba conforme con que se le hubiera decidido únicamente la subsidiaria de resolución. La competencia del Tribunal se hallaba limitada entonces, por ser el demandado único apelante, a revisar la sentencia de primer grado en lo desfavorable a aquel, o sea en cuanto declaró resuelto el contrato de compraventa mencionado. No podía pronunciarse sobre la petición de nulidad, puesto que de llegar a declararla incurriría en una reformatio in pejus que el artículo 494 del C. J. prohibe. Y si no podía pronunciarse sobre ese extremo, mal podía ser su fallo inconsonante por haber omitido decidirlo.

3. Mas en el supuesto de que la sentencia del Tribunal fuera incongruente por el motivo apuntado, es lo cierto que el demandado carece de interés jurídico para impugnarla en casación con fundamento en que al demandante no se le decidieron todas sus peticiones, y esa falta de interés hace necesariamente imprόspera la censura. "Es vano el cargo por inconsonancia —tiene dicho la Corte— cuando la sentencia no está acorde con las pretensiones deducidas por la parte demandante, si quien invoca la causal segunda por tal motivo no es esta parte sino el demandado, a quien no perjudica esa inconsonancia". (LXXIX, 855; LXXXIV, 400).

Se rechaza la acusación.

Ante la improsperidad de los dos cargos en que se denuncian errores in procedendo, corresponde a la Corte examinar los que se formulan con base en la causal primera de casación. Mas como de ellos encuentra fundado el propuesto como sexto, contrae a él su estudio.

Cargo sexto

Acúsase "la sentencia recurrida por aplicación indebida de los arts. 1608, 1849, 1928, 1930 y 1546, C. C., a consecuencia de error evidente de hecho en la apreciación de la demanda y de las posiciones absueltas por la demandada".

Con el propósito de fundarlo transcribe el censor pasos de la sentencia impugnada, de las cuales importa destacar los siguientes:

" 'Reza la escritura número 120 de febrero 4 de 1955, Notaría de Zipaquirá, cláusula segunda, 'que el precio de esta venta es por la cantidad de veinte mil pesos ($ 20.000.00) moneda corriente, suma esta que el exponente vendedor declara haber recibido de manos de la compradora, a su entera satisfacción'. La cláusula quinta habla de la entrega real y material que de lo vendido hace el tradente a favor de la compradora.

" 'En las posiciones absueltas por la compradora Blanca Castillo Arias, con fecha 2 de febrero de 1967 (fls. 6 a 8, C. 2º), confesó no haber tenido jamás cargos remunerados, ni cuentas de ahorros, ni haber heredado ninguna clase de bienes, ni haber hecho declaración de renta antes de la fecha de la escritura número 120 tantas veces mencionada. A la pregunta sexta 'Diga la absolvente cómo pagó el precio a que se refiere la escritura que obra en el expediente número 120 de la Notaría de Zipaquirá de 4 de febrero de 1955'? contestó: 'Yo pagué esos dineros como lo reza la citada escritura, y yo estoy de acuerdo con mi escritura'. A la 7ª pregunta 'Diga si en dinero, cheque o especie. Si en dinero debe decir cómo lo hubo y en dónde lo tenía guardado. Si en cheque, debe decir el Banco sobre el cual lo libró'?, contestó: 'Yo pagué con mi honor'.

"La forma de expresión de la absolvente entraña una paladina confesión del no pago del precio. Omisión en que incurrió, como parece inferirse de otras respuestas, debido a la carencia de patrimonio económico. De lo anterior se establece el incumplimiento por parte de la compradora de su principal obligación —pagar el precio—, lo que da lugar a estimar viable la prosperidad de la acción resolutoria". (fl. 16 y v. C. 4º)".

Critica luego el recurrente la conclusión a que llegó el Tribunal acerca de la prosperidad de la acción resolutoria ejercitada en la demanda, en los siguientes términos:

"Esta conclusión del sentenciador es ostensiblemente errónea: En efecto: de las citadas posiciones lo que surge es que la demandada PAGO. Más aún, admitiendo que la respuesta a la 7ª pregunta: 'Yo pagué con mi honor', implique la confesión del no pago del precio, jamás surge de esa confesión que mi mandante se hubiera obligado a pagarlo, o que esté en mora de hacerlo. Decir lo contrario es ir contra la evidencia que surge de esas posiciones, con solo leerlas.

"Si, como lo afirma el hecho 2º de la demanda, Blanca Castillo es una supuesta o ficticia compradora, es porque —como dice la súplica primera— no tuvo la intención de adquirir por compraventa el dominio de los bienes objeto de la escritura 120 ni de pagar el precio de esta supuesta compraventa.

"El art. 1849, en que se apoya el Tribunal, habla muy claramente de un contrato en que 'una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero'. Por lo que es evidente que una supuesta o ficticia compradora, que no tuvo intención de adquirir al título de compraventa, no se obligó a pagar precio alguno.

"A su vez el art. 1930, exige, para la prosperidad de la acción resolutoria, 'que el comprador estuviera constituído en mora' de pagar el precio, lo que evidentemente no surge de la confesión de la demandada, que analizo.

"Aunque se admita que no pagó el precio de la supuesta compraventa, ello no implica que esté en mora de hacerlo".

"... Afirmar que de la confesión de la demandada surge su mora en la obligación de pagar el precio, es contrariar, por tanto, la evidencia que de esa confesión surge, porque no sólo no aparece de ella la obligación de pagar dicho precio, sino que tampoco allí se dice que mi poderdante estuviera obligada a pagarlo dentro de un plazo determinado o hubiera sido requerida para ello o sólo pudiera pagarlo dentro de cierto tiempo y no lo hubiera hecho así".

Y remata su acusación en los siguientes términos:

"Este error evidente de hecho, cometido por el sentenciador al apreciar la demanda (hecho 2º y petición 1ª) y la confesión de la demandada (fls. 6 a 8 C. 2º), lo llevó a afirmar que ésta se hallaba en mora de pagar el precio de la supuesta compraventa contenida en la escritura 120, aplicando indebidamente el art. 1608 C. C., puesto que no se está en ninguno de los casos de mora allí especificados, y los arts. 1930 y 1546, misma obra, que exigen para la prosperidad de la acción resolutoria LA MORA del comprador en el pago del precio, mora que sólo el indicado error evidente de hecho llevó al Tribunal a dar por establecida".

Considera la Corte

1. Tiénese dicho que el error de hecho que la ley permite invocar como motivo de casación ha de consistir en que el sentenciador haya supuesto una prueba que no obra en el proceso, o ignorando la que en él existe, hipótesis éstas que respectivamente comprenden, por imperativo lógico, el caso de que aquel haya falseado la objetividad de un medio haciéndole decir algo que le es extraño o cercenando su real contenido. El yerro así configurado tendrá que traducirse en conclusión contraevidente y ser trascendente a la decisión.

Esto es precisamente lo que ocurre en el caso que se examina, pues el Tribunal vio en las respuestas de la demandada al interrogatorio que le formuló el demandante en posiciones, particularmente de las que dio a las preguntas sexta y séptima, la confesión de que no había pagado aquella el precio que en la escritura 120 memorada declara el demandante haber recibido, cuando es lo cierto que de tales respuestas no aparece acreditado ese hecho, como se pasa a ver.

2. Dice el Tribunal que la demandada confesó "no haber tenido jamás cargos remunerados, ni cuentas de ahorros, ni haber heredado ninguna clase de bienes, ni haber hecho declaración de renta antes de la fecha de la escritura número 120 tantas veces mencionada", y deduce de ahí que "debido a la carencia de patrimonio económico", no pagó el precio en ella estipulado. No vio, empero, el sentenciador que la demandante manifestó ser dueña de varios inmuebles, y que no tenía cuenta bancaria o de ahorros porque "los ahorros o dineros que tengo y que he tenido siempre los he tenido personalmente en mi poder", por lo cual resulta contraria a la evidencia que surge de las respuestas dadas por la absolvente, la afirmación hecha por el sentenciador, con base en ellas, de que la demandada no pagó el precio por carencia de patrimonio económico.

3. Es evidente, de otra parte, que la respuesta dada a la pregunta sexta del interrogatorio no contiene "una paladina confesión acerca del no pago del precio", pues en ella expresa la absolvente todo lo contrario cuando dice: "yo pagué esos dineros como lo reza la citada escritura, y yo estoy de acuerdo con mi escritura". Y tampoco puede verse en la expresión: "yo pagué con mi honor", contenida en la respuesta a la pregunta séptima, la confesión "paladina" de no haber pagado, como lo pretende el Tribunal, máxime cuando en la respuesta a la pregunta 14 dice la demandada que pagó el precio con los servicios que le prestó al vendedor, y cuando más adelante hace la aclaración de que "el valor de los inmuebles que le compró al señor Inocencio Castillo Castillo se lo pagó a él en servicios que le prestó a él mismo durante veinticuatro años", pues tales manifestaciones forman con las contenidas en las respuestas a las preguntas sexta y séptima un todo indivisible que, por lo mismo, hay que aceptarlo como cierto en su integridad dada la íntima relación que entre tales manifestaciones existe, y la falta de prueba que las contradiga.

4. Trátese de un contrato de compraventa, como lo denomina el demandante, o de un innominado, es lo cierto que el sentenciador incurrió de todos modos en un manifiesto error de hecho al ver en la declaración de la demandada de que pagó el precio del inmueble que adquirió de Inocencio con los servicios que le prestó durante veinticuatro años, la confesión inequívoca de no haberlo pagado, pues supuso una

prueba que no existía en realidad. Ese error llevó al Tribunal a decretar la resolución del contrato recogido en la precitada escritura 120 de 4 de febrero de 1955, y consecuencialmente a infringir, por aplicación indebida, el artículo 1546 del C. C. en cuanto establece que "en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado", caso en el cual "podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios", así como el 1930 del mismo estatuto, según el cual "si el comprador estuviere constituído en mora de pagar el precio en el lugar y tiempo dichos, el vendedor tendrá derecho para exigir el precio o la resolución de la venta, con resarcimiento de perjuicios".

Síguese de lo dicho que es fundada la acusación contenida en el cargo que se estudia y, por ende, que ha de casar la Corte el fallo recurrido para proferir, en su lugar, al que deba reemplazarlo.

Sentencia de reemplazo

1. Supuesto necesario para la prosperidad de la acción resolutoria que para los contratos bilaterales en general consagra el artículo 1546 del C. C., y que para el de compraventa en particular reitera el 1990, es la mora en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del demandado.

2. Como en la escritura 120 de 4 de febrero de 1955, pasada ante el Notario de Zipaquirá contentiva del contrato bilateral cuya resolución se impetra, dijeron los contratantes que el precio había sido pagado, hay que tener por verdadera esa declaración al tenor del artículo 1759 del C. C., mientras no sea desvirtuada en legal forma. No es, empero, con cualquier medio probatorio como uno de los contratantes puede destruir la plena fe que el artículo 1759 precitado otorga al instrumento público en cuanto la verdad de las declaraciones hechas por los interesados, pues se requiere para ello una prueba de igual fuerza de convicción a la del instrumento en donde consta la declaración. La estabilidad de los derechos y la seguridad del comercio exigen que cuando las partes han consignado por escrito sus convenios, no se les permita demostrar la insinceridad de las declaraciones hechas sino a través de medios de igual valor al que les sirvió para acreditar el contrato impugnado, esto es prueba escrita, confesión del otro contratante, o un principio de prueba por escrito complementado con otros medios probatorios. Así se desprende del contexto de los artículos 1766 del C. C. y 91 a 93 de la Ley 153 de 1887.

3. No adujo el demandante, para demostrar la falta de pago del precio estipulado, ni prueba escrita ni principio de prueba por escrito. Pretendió acreditar ese hecho a través del interrogatorio que le formuló en posiciones a la parte demandada, pero con resultado negativo, pues como se dejó visto la absolvente afirmó categóricamente haber pagado al demandante ese precio con el valor de los servicios que le prestó a aquel durante veinticuatro años. Trátase, por tanto, de un contrato relativamente simulado, en que bajo la apariencia de una compraventa se celebró realmente un contrato innominado, puesto que el precio se pagó con el valor de los servicios que la adquirente del bien le prestó al tradente del mismo, contrato que no puede declararse resuelto en razón de que la afirmación de la demandada de haber pagado el precio en la forma indicada no aparece contradicha en el proceso.

4. Agrégase a lo dicho que en el supuesto de que se tratara realmente de un contrato de compraventa y de que se hallara probado que la compradora no pagó el precio convenido, la pretensión del demandante resultaría igualmente impróspera, pues del proceso no aparece que aquella estuviera en mora de pagarlo ya que no se demostró que las partes hubieran fijado un plazo para ese efecto y que éste ya hubiera expirado, ni que hubiera sido judicialmente reconvenida por el vendedor, si no existía plazo, tal como lo exige el artículo 1608 del C. C. Y ya se vio que el art. 1930 de ese estatuto exige expresamente que el comprador se halle "constituído en mora de

pagar el precio" para que proceda la resolución de la venta.

Tiénese, entonces que de las acciones ejercitadas en la demanda, la de nulidad del contrato precitado escapa al conomiento de la Corte, como Tribunal de instancia por la razón ya anotada de no haber apelado el demandante de la sentencia de primer grado que omitió su decisión; y la de resolución ha de denegarla por no estar probada la afirmación de que la demandada no pagó el precio estipulado, que es su soporte fundamental.

Resolución

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justica en nombre de la República y por autoridad de la ley, CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Zipaquirá en el juicio ordinario seguido por Inocencio Castillo Castillo contra Blanca Castillo Arias, con fecha veintidós (22) de julio de mil novecientos sesenta y ocho (1968), y como Tribunal de instancia **revoca** la de primer grado dictada por el Juzgado Promiscuo Municipal de Nemocón el veinte de marzo de ese mismo ano, en la parte sujeta al recurso de apelación, y en su lugar resuelve:

Primero. Niéganse las peticiones subsidiarias de la demanda, de cuyos cargos se absuelve a la parte demandada.

Segundo. Condénase al demandante en las costas de la primera instancia.

Tercero. Sin costas la segunda instancia y el recurso de casación.

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

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

Heriberto Caycedo M., Secretario.

NULIDAD DE LA VENTA DE BIENES EN LITIGIO

Objeto ilícito. — Restituciones mutuas. — Elemento "a sabiendas"; la inscripción en el registro no hace presumir su conocimiento general.

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

(Proyectó el doctor Alberto Ospina Botero, Abogado Asistente).

(Aprobado según Acta número dos de trece (13) de enero).

Le corresponde a la Corte resolver el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, de fecha 3 de marzo de 1967, en el juicio ordinario de Benigno Antonio Ríos Osorio contra Rosa Berenice Burbano Ibarra de Santacruz y Mercedes Burbano Ibarra.

I. Antecedentes

A) Ante el Juzgado Segundo Civil Municipal de Popayán y por libelo de enero 11 de 1966 fueron demandadas Rosa Berenice Burbano Ibarra de Santacruz y Mercedes Burbano Ibarra por Benigno Antonio Ríos Osorio, con miras a que se hicieran las siguientes declaraciones:

"Primera: Es NULO el contrato de compraventa contenido en la escritura pública número 1.419 de 10 de septiembre de 1964, pasada ante la Notaría Primera de Popayán, en virtud de la cual las señoras Rosa Berenice Burbano Ibarra de Santacruz y Mercedes Burbano Ibarra, mayores y de este vecindario, transfirieron a título de compraventa al señor Benigno Antonio Ríos Osorio, igualmente mayor y de este mismo vecindario, los derechos hereditarios que les corresponden o puedan corresponder como herederas testamentarias del señor Luis Felipe Burbano Ibarra, derechos radicados sobre una casa de habitación y el terreno sobre el cual se halla edificada, sita en esta ciudad de Popayán, en la calle 8ª cruce de la carrera 6ª, distinguida en sus puertas de entrada con los números 6-09-35 y comprendida dentro de los siguientes linderos: "Oriente, calle en medio, con casa de los sucesores de Carlos Albán; Occidente, pared en medio, con casa de Bartolomé Sánchez; Sur, con casa de los mismos herederos y propiedad de Camilo Valdez; y Norte, calle en medio, con edificio del departamento, donde funciona la Escuela de Varones número 2.

"Segunda: Como consecuencia de la declaración anterior, las señoras Rosa Berenice Burbano de Santacruz y Mercedes Burbano Ibarra, en forma solidaria y mancomunada, deberán restituir a mi mandante, dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, la suma de ciento veinte mil pesos ($ 120.000.00), que recibieron por concepto del precio del inmueble materia del contrato de compraventa antes referido, y el señor Benigno Ríos Osorio a sus vendedoras el inmueble objeto del mismo contrato, pagado el valor de las mejoras que hubiere realizado hasta la fecha.

"Tercera: Subsidiariamente Ud. se servirá decretar la RESOLUCION DEL CONTRATO de compraventa contenido en la escritura pública número 1.419 de 10 de septiembre de 1964, pasada ante la Notaría Primera del Circuito de Popayán, por razón del incumplimiento de las obligacio-

nes legales y convencionales por parte de las vendedoras, señoras Rosa Berenice Burbano Ibarra y Mercedes Burbano Ibarra, de las condiciones civiles anotadas anteriormente.

"Cuarta. Las señoras Rosa Berenice Ibarra de Santacruz y Mercedes Burbano Ibarra, de las condiciones civiles indicadas, deberán pagar a mi mandante, en forma solidaria y mancomunada, el valor de los perjuicios que le han causado como consecuencia de la imposibilidad de éste para obtener la tradición legal del dominio del inmueble comprado y la subrogación en el juicio de sucesión del señor Luis Felipe Burbano Ibarra, mortuoria que cursa en el Despacho del Juzgado Segundo Civil Municipal de Popayán.

"Quinta. Como consecuencia de la declaración anterior, las señoras Rosa Berenice Burbano de Santacruz y Mercedes Burbano Ibarra, en forma solidaria y mancomunadamente deberán restituir a mi mandante, señor Benigno Antonio Ríos Osorio, dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria de la sentencia la suma de ciento veinte mil pesos ($ 120.000.00) que recibieron por concepto del precio del inmueble materia del contrato de compraventa a que se viene haciendo referencia, y el señor Benigno Antonio Ríos Osorio deberá restituir a sus vendedoras el inmueble objeto del mismo contrato, pagado el valor de las mejoras que hubiere realizado hasta la fecha.

"Sexta. Las demandadas pagarán las costas que ocasione este juicio".

B) Como hechos de la causa petendi, relaciona el demandante los que a continuación se resumen: a) Que por escritura pública número 1.419, de 10 de septiembre de 1964, de la Notaría Primera del Circuito de Popayán, Rosa Berenice Burbano de Santacruz y Mercedes Burbano Ibarra vendieron a Benigno Antonio Ríos Osorio los derechos hereditarios que pudiera corresponderles en la sucesión testada de Luis Felipe Burbano Ibarra, derechos radicados en una casa de habitación, situada en la ciudad de Popayán, en la calle 8ª Nº 6-09-35; b) Que según las cláusulas segunda, tercera y quinta de la escritura en mención, la venta se hizo por la suma de ciento cincuenta mil pesos, de los cuales quedó a deber el comprador la suma de sesenta mil pesos, acordándose además que se hacía sin reservas, ni restricciones, libre de gravámenes y responsabilizándose las vendedoras de la calidad de herederos; c) Que, posteriormente, el comprador solucionó o pagó a la "Sociedad Caucana de Representaciones Limitada" y con autorización de las vendedoras, la suma de $ 30.000.00; d) Que consta en el certificado número 1.648 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados, el registro de dos demandas civiles de paternidad natural y petición de herencia, de fecha 15 de junio de 1960 y 15 de diciembre de 1961, promovida la primera por Ligia María Dorado y la segunda por Bertha Julia Ruiz, una y otra dirigidas contra las vendedoras Rosa Berenice Burbano y Mercedes Burbano Ibarra; e) Que por razón de las inscripciones de las demandas antes referidas, el comprador de los derechos hereditarios Benigno Antonio Ríos Osorio no ha logrado obtener el registro de la escritura pública número 1419, de 10 de septiembre de 1964 y, por ende, no se ha efectuado la tradición, lo que le ha causado a este último serios perjuicios; f) Que el contrato de venta de los derechos de las Burbano a Ríos Osorio, es nulo, de nulidad absoluta, por lo que se debe hacer declaración en tal sentido y, consecuencialmente, deben ordenarse las restituciones mutuas a las partes, considerando al demandante de buena fe y, de mala fe, a las demandadas.

C) La primera instancia del juicio culminó mediante la sentencia de agosto 27 de 1966, favorable parcialmente al demandante, pues se accedió a la petición principal de nulidad y a parte de las prestaciones recíprocas.

D) Recurrido el anterior fallo por las partes, la segunda instancia culminó con la sentencia de 3 de marzo de 1967, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, mediante la cual confirmó las declaraciones referentes a la nulidad y revocó las atinentes a las prestaciones mutuas.

E) Inconforme la parte demandante con la anterior resolución, oportunamente formuló el recurso de casación, que por estar sustanciado ha llegado el momento de resolverlo.

III. Sentencia acusada

Fueron consideraciones fundamentales del fallo atacado, las siguientes:

a) Que se ha planteado como principal una acción de nulidad de un contrato de compraventa y, subsidiariamente, una de resolución del mismo, como consecuencia de que los vendedores enajenaron bienes que estaban fuera del comercio o, más exactamente, bienes sometidos a litigio;

b) Que para demostrar estos extremos se trajeron al juicio la escritura pública número 1.419 de septiembre 10 de 1964, de la Notaría Primera del Circuito de Popayán y certificado de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados, de fecha 24 de septiembre de 1965, documentos de los cuales se desprende que desde el 15 de junio de 1960 adquirieron la calidad de litigiosos los bienes enajenados por las demandadas, como consecuencia del registro de dos demandas civiles que contra estas últimas promovieron, ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Popayán, sobre paternidad natural y petición de herencia, Ligia María Dorado y Bertha Julia Ruiz;

c) Que la nulidad tiene como consecuencia dejar sin efectos el negocio jurídico y restablecer las cosas como si no hubiese existido el acto o contrato nulo, salvo cuando el vicio proviene de objeto o causa ilícita;

d) Que según los elementos de convicción, en el presente juicio no solo los demandados sino también el demandante se enteraron de la existencia del vicio causante de la nulidad al tiempo de la celebración del contrato, situación ésta que no propicia la pretensión de restituciones mutuas: "No hay duda entonces, dado el valor probatorio pleno que tienen estos documentos públicos, que las demandadas tuvieron conocimiento, desde mucho antes del otorgamiento de la escritura pública aquí cuestionada, de la existencia de los juicios memorados, dentro de los cuales se dispuso la inscripción de los libelos respectivos en el libro de demandas civiles y como consecuencia de ello se registraron, y en los cuales se sometió a un debate judicial no solo lo relacionado con la filiación natural de las actores respecto del causante Luis Felipe Burbano Ibarra, sino también las consecuencias patrimoniales de esa calidad derivadas, que conlleva la petición de herencia allí acumulada, y que afectan los derechos trasmitidos a Ríos Osorio, radicados en un inmueble de la universalidad hereditaria. De modo que si tuvieron conocimiento de dichos litigios, de un lado, y de otro, el registro mencionado, que de conformidad con el art. 2.637 del C. Civil produce entre otros efectos, el de darle publicidad a los actos registrados, "poniendo al alcance de todos" el estado o situación de la propiedad inmueble" (se subraya), estaba vigente cuando se otorgó la escritura de que aquí se trata, y aún lo está, no puede remitirse a duda que cuando celebraron este negocio sabían a ciencia cierta que se encontraba en litigio lo que fue objeto del mismo. No pueden, por ende, ser favorecidas ellas, exclusivamente ellas, con la orden restitutoria de lo que hayan dado al otro contratante como consecuencia de esa relación jurídica declarada nula por ilicitud en el objeto, efecto que naturalmente no trasciende a terceros en este juicio, como antes hubo de anotarse".

"En lo que respecta al demandante, ocurre que en la propia escritura pública número 1.419 de 10 de septiembre de 1964, se consignó que la sucesión del causante Luis Felipe Burbano Ibarra, en que se fincan los derechos hereditarios transmitidos, cursaba entonces en el Juzgado Segundo del Circuito de Popayán, y que la transferencia se hace para con la mayor parte del precio convenido pagar los impuestos fiscales de la aludida sucesión (cláusula primera y cuarta, folio 7º del cuaderno principal), transmisión que la adquiriente dice allí acepta "en su exclusivo favor, con

cuantas declaraciones contiene" (fs. 8 ibídem). Como las declaraciones que hacen los otorgantes de los instrumentos públicos hacen plena fe contra ellos (art. 1.759 del C. Civil), hay que deducir que el adquiriente y demandante Ríos Osorio sí conoció ese sucesorio y el estado en que se encontraba al momento de la celebración del contrato recogido en la escritura referida y si lo conoció en tales condiciones, no parece razonable pasara por alto la vinculación al mismo de la controversia que había surgido acerca de la calidad de herederos preferentes y con derecho predominante a recoger el haber sucesorial como consecuencia de las acciones de filiación natural y petición de herencia ya mencionadas, a las cuales se les dió publicidad para todos los efectos al registrarse en el libro correspondiente de Registro, que en las aludidas circunstancias no escapan aún a los hombres negligentes, siendo así que, por lo demás, ninguna prueba se ha aportado acerca de la imposibilidad en que pudo estar para reparar en la aludida circunstancia. Su situación es entonces la misma de las demandadas frente al aspecto que se estudia, que hace inadmisible el planteamiento que han hecho y que permite pregonar, por lo contrario, que celebraron el contrato debatido a sabiendas del carácter de litigioso que para ese entonces tenía lo que fue materia u objeto del mismo.

"Se dirá que a esa conclusión se opone la circunstancia de que la cláusula segunda de la referida escritura se estipula que la venta se hace "sin reservas ni restricciones de ninguna naturaleza y libres de toda clase de gravámenes", porque los dos primeros términos claramente aluden a la no delimitación de los derechos transmitidos en lo tocante a su contenido y ejercicio de sus propios atributos en favor de las vendedoras y el último, el de los gravámenes, al de cargas que pesen sobre esos mismos derechos y el bien singular sobre que se radicaron, pues no otro es el sentido que jurídicamente tiene el gravamen y como tal difiere de los impedimentos legales que hacen inválida la transferencia o la imposición de cargas sobre los derechos y los bienes, como el embargo y el litigio. De modo que cuando en la dicha escritura se habló de gravámenes hay que entender se hizo referencia a las cargas delimitantes del dominio previstas por el legislador en el libro de los Bienes del Código Civil y no al impedimento legal de la existencia de demandas civiles sobre lo que se estaba transmitiendo. Para poder darle una extensión mayor al término, como comprensivo también de los impedimentos legales para transmitir válidamente, habría sido necesario que se hubiera dicho, tal como se hace cada vez que hasta allá se quiere ir, que la venta se hacía libre de toda clase de gravámenes, embargos y demandas civiles, lo que no se hizo. Por consiguiente la conclusión sacada en el párrafo anterior hay que mantenerla".

e) Reflexiona luego el sentenciador en el sentido de que, si prospera la acción principal de nulidad del contrato, no ocurre lo propio con la pretensión de restituciones mutuas a las partes, pues dice: "La conclusión sacada indica que si bien son jurídicas las declaraciones 1ª y 2ª de la sentencia recurrida, no lo son en cambio, las 3ª y 4ª, sobre restituciones mutuas de las partes, las que por lo dicho deben revocarse, para en su lugar adicionar el 6º pronunciamiento, en el sentido de que tampoco hay lugar a hacer las declaraciones que sobre estos extremos se impetraron en la demanda".

f) Con esta motivación, el Tribunal resuelve en la siguiente forma:

"PRIMERO: CONFIRMANSE los puntos 1º, 2º, 5º, 7º y 8º de la sentencia revisada aquí proferida por el señor Juez Segundo Civil Municipal de Popayán el veintisiete de agosto de mil novecientos sesenta y seis.

"SEGUNDO: Revócanse los puntos 3º y 4º del fallo referido en la declaración precedente.

"TERCERO: Adiciónase el punto 6º de la aludida sentencia de primera instancia, en el sentido de que no hay lugar a hacer tampoco las declaraciones a que se contrae la segunda petición de la demanda.

"CUARTO: Condénase a la parte demandada a pagar a la demandante el cincuenta por ciento de las costas procesales causadas en la segunda instancia, cuya liquidación se hará por la Secretaría".

III. La impugnación

Dentro de la órbita de la causal primera y por infracción indirecta de la Ley sustancial, el recurrente sólo le formula un cargo a la sentencia del Tribunal.

Concretamente dice que la sentencia, a causa de "errores de hecho en la estimación de unas pruebas y por falta de apreciación de otras", viola los artículos 768 y 769 del C. C. y 607 del C. J., por falta de aplicación; y los arts. 1º y 2º de la ley 38 de 1945, en relación con los artículos 1.746, 1.521 Nº 4º, 1.525 y 2.637 del C. Civil, por aplicación indebida".

Según el censor los errores de hecho consistieron: "a) En dar por demostrado, no estándolo, que por el contenido de la escritura número 1.419 de 10 de septiembre de 1.964, pudo enterarse el actor tanto del juicio de sucesión de Luis Felipe Burbano como de la controversia existente sobre los bienes de su herencia; y que, por lo mismo, procedió a la celebración del contrato con las demandadas sabiendo que adolecía de objeto ilícito por hallarse fuera del comercio. b) En no dar por demostrado, estándolo, que en la celebración del contrato de venta de que se trata, el demandante obró de buena fe".

En el desarrollo del cargo considera como prueba mal estimada la escritura pública número 1.419, de 10 de septiembre de 1964, de la Notaría Primera del Circuito de Popayán y, como pruebas no estimadas, los certificados expedidos por el Secretario de la Corte, la demanda con que se originó el juicio sucesorio del causante Luis Felipe Burbano, el testamento del de Cujus, el auto de 2 de junio de 1958, dictado por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Popayán, por el cual declara abierto el juicio sucesorio del nombrado Burbano y reconoce como herederas testamentarias a sus hermanas Mercedes y Rosa Burbano y finalmente, la respuesta a los hechos 10, 13, y 15, de la demanda inicial del presente juicio.

A continuación y luego de transcribir las cláusulas Primera, Segunda y Cuarta de la escritura citada, se da a la tarea de demostrar el error del Tribunal, al subestimar algunas pruebas y la buena fe con que actuó el demandante, pues hace el siguiente comentario: "Con mirar el juicio de sucesión de Luis F. Burbano no habría podido informarse al demandante de los procesos sobre filiación natural y petición de herencia, porque éstos no hacían parte de aquel, ya que los de filiación, de tipo ordinario, siguen trámite distinto del sucesorio, sin posibilidad alguna de acumulación, a vista de lo dispuesto por el art. 209 del C. J.

"Que los procesos de filiación eran independientes del sucesario, lo demuestran los certificados procedentes de la Corte. En efecto, en ellos se habla de dos juicios ordinarios contra la sucesión de Luis F. Burbano, promovido uno por Bertha Julia Ruiz y el otro por Ligia M. Dorado, respectivamente, en tanto que el de sucesión, como lo acreditan los documentos que relaciona el ordinal b), puntos 2 y 3 cursa en el Juzgado 2º Civil Municipal de Popayán, donde se encuentra.

"Son distintas las fuentes de conocimiento, y, por tanto, habría sido necesario, para saber que los derechos hereditarios objeto de la venta se hallaban fuera del comercio, examinar los juicios de filiación, o que la cláusula primera del contrato hubiera hecho referencia al proceso mortuorio sino también a los ordinarios de filiación.

"Advierto que, si bien el Tribunal estima los certificados emanados de la Corte, lo hace para el único efecto de sostener que, con vista en ellos, las vendedoras sabían, al celebrar el contrato con el actor, que le transmitían bienes en litigio, fuera del comercio.

"Que conste en la escritura de compraventa el destino que las vendedoras pensaban darle al precio del negocio, no lleva en sana lógica a la conclusión de que Ríos Osorio hubiera tenido noticia de la prohibición legal de comprar bienes fuera del comercio. El razonamiento del Tribunal es especioso e inconsistente, porque la promesa en que se funda no apoya la conclusión a que arriba. No se ve relación alguna de causalidad entre el antecedente y el consecuente. Las vendedoras habían podido darle a la suma recibida cualquiera otra destinación, o guardar silencio sobre sus propósitos futuros, sin ninguna consecuencia. Lo que expresaron acerca del precio es indiferente para el comprador, y, por tanto, mal puede deducirse de tal circunstancia argumento alguno en contra de su comportamiento, como lo hace el Tribunal con extrema ligereza.

"No es acertado el análisis que hace el Juzgador de la cláusula segunda de la escritura de compraventa. Según sus términos las vendedoras le garantizan al comprador que los derechos hereditarios que le trasmiten se hallan libres de gravámenes, y la trasmisión la efectúan "sin reservas ni restricciones".

"Dejando de lado la palabra Gravámenes, la frase, "sin reservas ni restricciones", no tiene, en buen romance, otro significado que el de ausencia de trabas o impedimentos legales capaces de viciar el contrato. Restricción, según el Diccionario de la Lengua es limitación, de manera que al decir SIN RESTRICCIONES, se está indicando, sin limitaciones, desde luego no en sentido de limitaciones del dominio, porque materia del contrato no era el dominio sobre cosa singular, sino derechos hereditarios en ella, subordinados a la adjudicación que en la sucesión de Burbano se hiciera al comprador sobre el inmueble al cual se hallaban vinculados.

En apoyo de la mala fe que en la celebración de la venta le atribuye a mi mandante el fallador, dice éste que al aceptar la venta el comprador manifestó en el instrumento que la recoge, que la acepta "en su exclusivo favor, con cuantas declaraciones contiene".

"No hay ninguna manifestación de voluntad en las cláusulas primera y cuarta de la escritura de compraventa, ni en las restantes estipulaciones, desfavorables al comprador; al contrario, las cláusulas que destaca el sentenciador contemplan declaraciones en su beneficio, como aparece de su tenor literal. Como adverso a sus intereses no se puede considerar lo que dice la cláusula primera, la cual expresa el objeto del contrato y la calidad con que actúan las vendedoras, ni menos la cuarta, de interés exclusivo de las Burbano.

"La cláusula segunda contiene declaraciones en provecho del demandante. Así las cosas no es lógica la conclusión que de la confesión de Ríos Osorio consignada en el instrumento público de compraventa, extrae el sentenciador.

"Si el instrumento de compraventa no contiene estipulaciones adversas sino favorables al comprador, como lo he demostrado, no era del caso aplicar, contra mi mandante, el art. 1.759 del C. C. El desacierto en la apreciación de esa prueba, llevó a la sentencia a cometer el error ya puntualizado y al quebranto consiguiente, por aplicación indebida, de dicha disposición legal.

"Se puede entonces concluir que por la mala estimación de la escritura de compraventa y por la inestimación de los documentos que relaciona el ordinal b) en los puntos 1., 2., y 3., incurrió el Juzgador en el primero de los errores de hecho acusados.

"El demandante tuvo plena conciencia de que sus tradentes eran dueñas del bien al cual se hallaban vinculados los derechos materia de la compraventa, procediendo en la celebración del contrato sin fraude ni vicio alguno, e hizo la compra por medio de un título apto, conforme a la ley, para adquirir el dominio. En otros términos, su conducta en el negocio, estuvo ceñida rigurosamente a lo dispuesto por el artículo 768 del C. C.

"La conciencia de haber adquirido honestamente los bienes objeto del contrato, la adquirió a través del conocimiento del proceso sucesario de Luis F. Burbano, causante de sus vendedoras. En efecto, en ese proceso consta: que el nombrado Burbano otorgó testamento por la escritura pública Nº 455 de 1958, de la Notaría 2ª de Popayán; que en dicho acto instituyó a sus hermanas Rosa y Mercedes Burbano, como herederas universales; Que la demanda introductiva del juicio relaciona, como de propiedad de la sucesión, la casa de la calle 8ª con carrera 6ª, situada en Popayán, inmueble al cual se hallaban vinculados los derechos hereditarios materia de la venta, que el auto de apertura de la causa mortuoria, dictado por el Juzgado del conocimiento, Segundo Civil del Circuito de Popayán reconoció a las Burbanos como herederos del causante, al tenor del testamento.

"De los hechos en mención dan cuenta los documentos que detalla el ordinal B) puntos 2 y 3). No estimó estas pruebas el sentenciador, pues de haberlas apreciado, habría tenido que concluir que el demandante al celebrar el contrato de venta obró de buena fe. La inestimación de esas pruebas condujo al Tribunal al segundo de los errores de hecho denunciados.

"Otra prueba no estimada y que demuestra la buena fe del demandante es la respuesta a la demanda inicial (hechos 10, 13 y 15).

"Afirma el hecho 10º, que como consecuencia de los procesos sobre filiación natural y petición de herencia, quedó fuera del comercio el inmueble al cual se hallaban radicados los derechos materia de compraventa entre las partes, en virtud de la inscripción en el registro de las demandas correspondientes. La respuesta del apoderado de las demandadas, dice en lo pertinente: "...los derechos hereditarios de mi mandante no han sido embargados ni sacados del comercio".

"El hecho 13 dice que por razón de la inscripción de las demandas, el actor no ha podido obtener el registro de la escritura de compraventa. La respuesta fue la siguiente: "No es cierto".

"El hecho 15 afirma que las vendedoras, al suscribir la escritura que contiene el contrato de compraventa, obraron a sabiendas de que los bienes objeto del mismo se hallaban fuera del comercio por virtud de la inscripción de las demandas en los juicios sobre filiación natural y petición de herencia. A todo lo cual contestó el personero de las Burbanos: "No es cierto que aparezcan embargados los derechos hereditarios" de sus mandantes.

"Si es verdad que en el proceso obran pruebas que desvirtúan el contenido de las respuestas, sinembargo de la confesión surge la demostración de que el comprador Ríos Osorio obró de buena fe en la celebración del contrato de venta.

"Por no haber estimado la sentencia la confesión espontánea de que se trata, incurrió en error de hecho manifiesto. De haberla tomado en cuenta no habría podido sostener que el actor procedió de mala fe en el contrato que celebró con los Burbanos.

"Del certificado del Registrador de Popayán (fs. 4 y 5 del cuaderno principal) se vale el Tribunal para sostener que el actor conoció la situación litigiosa de los bienes objeto de la venta, a vista de lo dispuesto por el art. 2.637 del C. C., y que, por tanto, procedió a la celebración del contrato, a sabiendas del vicio de nulidad que lo afectaba. En la apreciación del documento erró de hecho el Juzgador, porque aquel es de fecha 23 de septiembre de 1965, posterior a la escritura número 1.419 contentiva del contrato de venta (10 de septiembre de 1964), y la conducta de las partes, frente a las prohibiciones legales, debe examinarse al tiempo de la creación del acto jurídico".

Agrega más adelante: "Las normas legales sobre objeto ilícito en la enajenación de bienes fuera del comercio (artículos 1º y 2º de la ley 38 de 1945, 1521 numeral 4º y 1525 del C. C.) no pueden aplicarse mecánica-

mente, como lo hizo el Tribunal, sino en armonía con los arts. 768 y 769 del C. C., tomando en cuenta que las circunstancias, acreditadas en el proceso, demuestran: la mala fe de las vendedoras Burbanos, porque a ellas se les notificó desde 1961, antes del contrato de venta que celebraron con el actor, las demandas en los juicios sobre filiación natural y petición de herencia, promovidos contra ellas como causahabientes universales de Luis F. Burbano. En cambio, las pruebas establecen la ignorancia del comprador respecto a la situación jurídica de los bienes de la sucesión del nombrado Burbano.

Finalmente expresa el recurrente: "... pido a la H. Corte se sirva casar parcialmente la sentencia recurrida, manteniéndola en cuanto hace a la nulidad del contrato de compraventa entre las partes, y, en decisión de instancia, confirmar el fallo del Juzgado a-quo en las demás ordenaciones consecuenciales a la nulidad".

IV. Consideraciones de la Corte

1. El ataque va orientado expresamente a obtener que se infirme parcialmente la sentencia de segundo grado, y en su lugar se decreten las restituciones mutuas consiguientes a la declaración de nulidad, por objeto ilícito de un contrato de compraventa.

2. Dispone el art. 1.521 del C. Civil que hay objeto ilícito en la enajenación: a) de cosas que no están en el comercio; b) de derechos o privilegios que no pueden transferirse; c) de cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el Juez lo autorice o el acreedor consienta en ello; y d) de especies cuya propiedad se litiga, sin permiso del Juez que conoce del asunto.

Cuando se trata de los casos comprendidos en los literales "c)" y "d)" del párrafo anterior, vale decir, cuando se refiere a bienes embargados o en litigio, en tratándose de bienes inmuebles, no puede hablarse de que exista "enajenación", si el contrato o título que contiene la voluntad de disposición no estuvo seguido del registro o tradición.

La locución "enajenación" es de contenido específico y difiere del contrato de compraventa, porque al paso que la primera constituye la transferencia del derecho de una persona a otra, el segundo apenas crea la obligación de transferir. "En un sentido estricto y más propio —sostienen los tratadistas Chilenos Arturo Alessandri y Manuel Somarriva— la enajenación es el acto por el cual el titular transfiere su derecho a otra persona. En otros términos, la enajenación es el acto que hace salir de un patrimonio un derecho ya existente para que pase a formar parte de otro patrimonio diverso (Curso de Derecho Civil. Bienes, página 157).

Como la enajenación implica incuestionablemente el desplazamiento de un derecho del patrimonio de una persona al de otra, se ha dicho por la doctrina y la jurisprudencia, conforme a la ley, que ella sólo se configura cuando concurren título y modo, mas no cuando apenas existe el primero.

3. En sentencia de 13 de mayo de 1968, aún no publicada, dijo la Corte: "La enajenación no se consuma por el simple otorgamiento del título traslaticio, sino por la ejecución del modo, aquí la tradición. En consecuencia dicho título, aunque sea otorgado estando vigente el decreto judicial de embargo, en nada afecta la situación creada por éste. Por el contrario, la tradición que se haga durante la existencia de la medida cautelar, es ilícita en cuanto contraría el mandato judicial y vulneradora de los intereses resguardados por él. Tal ilicitud es, desde luego, contingente, en cuanto pueda ser evitada por los medios que determina el ordinal 3º del art. 1.521 del C. C. y eliminada por el desinteresamiento del acreedor, única persona legitimada en principio para alegarla".

Luego en sentencia de 7 de mayo de 1969, tampoco publicada aún, reiteró la Corte su tesis, en los siguientes términos; "Primeramente, la simple razón formular, pues el

art. 1.521 en su inciso 3º sólo habla de haber objeto ilícito en la "enajenación" de las cosas embargadas por decreto judicial. Mas, la enajenación de las cosas por acto entre vivos, es decir, su traslado de un patrimonio a otro, no se produce sino por el modo de la tradición y, tratándose de inmuebles, ésta no se consuma sino mediante la inscripción del título correspondiente en el registro de instrumentos públicos (arts. 756, 759 y 2.037 inciso 1º C. Civil).

"Así que, en definitiva, lo que realiza la enajenación de un inmueble por actos inter vivos es el registro del instrumento que la estipula. Entonces, en el caso concreto de la venta de un inmueble embargado, mientras no se verifique la inscripción del título —lo que no podría hacerse sino cuando el embargo se haya cancelado o el Juez lo autorice o el acreedor consienta en ello—, por el solo otorgamiento de la escritura de venta, el bien no habrá cambiado de dueño, permaneciéndo en cabeza del ejecutado, sin detrimento de ninguno de los derechos del acreedor embargante. Vale decir que hasta ese momento no habrá ocurrido 'enajenación' alguna que caiga bajo la prohibición que se contempla".

Posteriormente, en sentencia de 27 de junio de 1970 igualmente no publicada, la Corte reafirmó el criterio anterior.

4. Estas apreciaciones muestran que el Tribunal no acertó en cuanto identificó las nociones de enajenación y venta. Sin embargo, como el propio recurrente restringe su recurso a las prestaciones mutuas y expresamente advierte que la demanda de casación va enderezada a que la Corte no toque la nulidad, ésta debe respetar tal resolución y partir incuestionablemente del presupuesto de ser nulo el contrato de compraventa contenido en la escritura pública número 1419, de 10 de septiembre de 1964, de la Notaría Primera del Circuito de Popayán.

5. Por mandato legal y como principio de orden general, la nulidad cualquiera que sea su especie —absoluta o relativa—, una vez declarada, consagra en pro de las partes contratantes el derecho de ser restituídas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, cumpliéndose este objetivo a través de las restituciones mutuas. Sin embargo se registran algunos casos en que no hay lugar a tales prestaciones, como ocurre cuando la nulidad se ha originado en objeto o causa ilícita, habiendo actuado las partes o una de ellas a sabiendas de la ilicitud (art. 1.525 C. C.).

6. Esta excepción es de un gran contenido ético, pues tiene por fuente el clásico principio in pari causa turpitudinem cessat repetitio.

Es perfectamente explicable que si una persona a plena conciencia interviene en un acto contrario al ordenamiento jurídico, se le niegue toda acción y derecho, porque la ley no puede utilizarse para obtener ventajas que tienen como soporte la ilicitud. Sin embargo, como la sanción es grave en cuanto impide la restitución de lo entregado en razón del contrato nulo, el legislador sólo reprime al contratante que actúa en el negocio jurídico "a sabiendas" de la ilicitud.

Ahora, ¿qué se entiende por "a sabiendas"? Cuando no se trata de palabras técnicas referentes a una ciencia o arte o palabras definidas por la ley, estas han de entenderse en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas, enseña una regla de interpretación (arts. 28 y 29 del C. C.). Sentido natural y obvio es el que a las palabras da el diccionario de la Academia Española.

En este orden de ideas, el adverbio "a sabiendas", según el diccionario de la Real Academia de La Lengua, significa "de modo cierto", "a ciencia segura", o, con otras palabras, a plena conciencia, a pleno conocimiento, con conocimiento inequívoco. Esto indica que se requiere un conocimiento objetivo o conocimiento-realidad frente a determinado hecho. Y, a esta categoría de conocimiento se refiere el artículo 1.525 del C. C. cuando utiliza la locución "a sabiendas", expresión esta empleada en otros ar-

tículos del Código Civil (477, 737, 955, 1029, 1480, 1675 Nº 1º, 1870, 1992, y 2017).

7. El Tribunal deduce que la parte demandante, en la fecha de la celebración del contrato de compraventa estaba enterada o tenía conocimiento de la ilicitud del objeto, según las reflexiones siguientes: a) Que el demandante-comprador se enteró de la existencia del juicio sucesorio del causante Luis Felipe Burbano Ibarra, por la referencia que a él se hace en la escritura pública número 1.419 de 10 de septiembre de 1964, de la Notaría Primera del Circuito de Popayán; b) Que, cuando la escritura pública antes mencionada expresa que la venta celebrada entre comprador y vendedor o, más claramente, entre los aquí demandante y demandado, se hizo "libre de gravámenes", esta expresión no puede entenderse en el sentido de que el comprador adquirió el derecho libre también de inscripción de demanda civil; c) Que el demandante sabía de la existencia del registro de dos demandas civiles de investigación de la paternidad natural y petición de herencia formuladas contra los aquí demandados por la publicación que el artículo 2.637 del C. C. le otorga a la inscripción.

8. Las consideraciones del Tribunal permiten inferir que erró manifiestamente en la apreciación de la prueba, porque ni a través de la mencionada escritura pública 1.419, ni a través del conocimiento de la existencia de un juicio de sucesión, una persona queda inequívocamente enterada del registro de dos demandas ordinarias sobre paternidad natural y petición de herencia, porque de estas últimas no siempre se toma nota en el juicio sucesorio. Menos no puede afirmarse que el artículo 2.637 del C. C. sirva de vehículo para derivar el elemento "a sabiendas" que exige el art. 1.525 ibídem. Sobre el particular ha dicho la Corte: "La inscripción en el registro público de un embargo y en general de cualquiera otro acto, título o documento, tiene por objeto entre otros fines el de darle publicidad a ese acto y permitir que sea conocido, pero no es un hecho erigido por la ley en presunción de conocimiento general del acto que se registra. En otros términos esa inscripción permite conocer el acto que se lleva al registro, pero no constituye presunción de que en realidad se le conoce". (Cas. Civ. junio 7 de 1966 aún no publicada).

9. Así las cosas, el fallo recurrido en casación acusa un evidente error de hecho al estimar mal la prueba anotada. En razón de este error, aplicó indebidamente los artículos 1.521 Nº 4º, 1.525 y 1.746, del C. Civil, lo que lleva a la Corte a casar la sentencia de segundo grado.

Sentencia de reemplazo

La Corte al proceder como sentenciador de instancia considera:

I. La escritura pública número 1.419 de 10 de septiembre de 1964 pone de manifiesto que entre demandante y demandados se celebró un contrato de venta, por la suma de ciento cincuenta mil pesos ($ 150.000.00), referente a unos derechos vinculados a un bien raíz y que, en razón de dicho negocio, el comprador Benigno Antonio Ríos Osorio recibió de las vendedoras Mercedes y Rosa Berenice Burbano el bien descrito en la demanda en el hecho primero y, a su vez, estas últimas recibieron de aquél la suma de noventa mil pesos ($ 90.000.00), como parte del precio, entregas éstas que efectuáronse el día 10 de septiembre de 1964, fecha del otorgamiento del mencionado instrumento.

II. En estas condiciones, declarada la nulidad del contrato celebrado entre Ríos Osorio y las Burbano Ibarra, y no habiéndose establecido en el juicio que el primero hubiera actuado "a sabiendas" de que existía sobre el bien comprado el registro de dos demandas civiles, incuestionablemente se debe ordenar las restituciones recíprocas que consagra para las partes contratantes el art. 1.746 del C. Civil, restituciones que deberán regirse por las reglas generales de las prestaciones mutuas consignadas en el capítulo 4º del Título 12, libro 2º, tal como lo dispuso el Juzgador de primer grado.

III. Al resultar infirmado parcialmente el fallo recurrido en casación, o sea, en

cuanto denegó la petición de prestaciones recíprocas, por las consideraciones precedentes se impone confirmar la sentencia de primera instancia.

Resolución

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, C A S A la sentencia de segunda instancia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, de fecha 3 de marzo de 1967, y, como fallador de instancia,

Resuelve

1º Confírmase la sentencia de primer grado de fecha 27 de agosto de 1966, dictada por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Popayán,

2º Costas en la segunda instancia a cargo de la parte demandada. No hay lugar a costas en el recurso de casación.

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

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

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

FILIACION NATURAL

La competencia no se pierde por haberse conferido comisión. El art. 597 del C. Judicial no es norma de valoración probatoria.

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

(Magistrado Ponente: doctor Germán Giraldo Zuluaga).

(Aprobado según Acta No. 8 de enero veintiséis (26) de mil novecientos setenta y uno (1971).

Decide la Corte el recurso de casación que la parte demandante interpuso contra la sentencia de 16 de agosto de 1968, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja en el juicio ordinario que la menor Gloria Nelly o Hersilia Ruiz propuso contra Saúl González o Flórez como heredero de Segundo Agustín Flórez Arenas.

El litigio

Ante el juez civil de Moniquirá, en escrito de 30 de mayo de 1964 y como madre natural de la demandante, Isolina Ruiz Ríos instauró juicio ordinario contra Saúl González o Flórez en su calidad de único heredero reconocido de Segundo Agustín Flórez Arenas, para que se declarara que:

Gloria Nelly Ruiz o Hersilia Ruiz, nacida en Moniquirá el 6 de agosto de 1949, cuya madre es Isolina Ruiz Ríos, tiene la calidad de hija natural de Segundo Agustín Flórez Arenas, por lo cual le asiste el derecho de intervenir, como legitimaria, en la sucesión de ésta.

La causa petendi se hizo consistir en los hechos, cuya síntesis es la siguiente:

1º Que Segundo Agustín Flórez Arenas falleció en Moniquirá, lugar de su último domicilio, el 15 de noviembre de 1963.

2º Que por el año de 1948, aquel e Isolina Ruiz Ríos sostuvieron relaciones sexuales notorias y estables, y que de ellas, el 6 de agosto de 1949, nació Gloria Nelly Ruiz, cuya acta civil de nacimiento se asentó en la notaría 2ª de Moniquirá el 24 de agosto del mismo año.

3º Que desde cuando nació Gloria Nelly, Flórez Arenas suministró todo lo necesario para la subsistencia y alimentación de aquella.

4º Tiempo después, Segundo Agustín Flórez llevó a la menor a vivir a su casa donde residían también sus hermanos Rosalbina y Enrique, a quienes la presentó como hija natural suya.

5º En esta misma calidad fue presentada, además a todos sus parientes, amigos y relacionados.

6º Desde un principio Flórez Arenas proveyó a la subsistencia, alimentación, crianza y educación, lo mismo que al establecimiento de su hija, ya que por cuenta suya estaba aprendiendo el oficio de modista.

7º En presencia de todos sus parientes y relacionados, Segundo Agustín Flórez Arenas y Gloria Nelly Ruiz se prodigaban el trato recíproco de padre e hija.

8º Por más de diez años y sin interrupción hasta la muerte de aquel, perduró este tratamiento.

9º En especial Rosalbina y Celia Flórez, hermanas del fallecido padre presunto, aún después de la muerte de este, atienden a la subsistencia y establecimiento de la menor.

10. El juicio de sucesión de Segundo Agustín Flórez fue abierto por auto de 27 de enero de 1964 y en calidad de hijo natural fue reconocido como único heredero Saúl González o Flórez.

Con oposición del demandado se adelantó la primera instancia que culminó con sentencia de 8 de marzo de 1958, por medio de la cual se absolvió a la parte demandada de todos los cargos. Contra este fallo, el demandante interpuso el recurso de apelación, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja en providencia de 16 de agosto del mismo año, lo confirmó.

Contra la sentencia de segundo grado, el demandante interpuso el recurso de casación que ahora se decide.

Fundamentos de la sentencia del Tribunal

Después de resumir los hechos y peticiones del libelo introductorio del juicio, dice el setenciador que "no se acreditaron los hechos de la demanda toda vez que si bien se adujeron unas pruebas, éstas no fueron ratificadas dentro del término probatorio", y que, como además, "El apoderado de la demandante solicitó pruebas fuera del término que la ley señala, el juzgado se las negó por tal motivo". Que en consecuencia, como "no hay prueba legalmente acreditada que lleve al juzgado a hacer las declaraciones solicitadas", procede la confirmación de la sentencia absolutoria de primer grado.

El recurso

Se impugna la sentencia del Tribunal por dos motivos: por haberse incurrido en nulidad por falta de citación o emplazamiento, y por infracción directa de ley sustancial a causa de error de hecho manifiesto. Los dos ataques se estudiarán en el orden lógico, que fue el propuesto en la demanda.

Primer cargo

Se hace consistir el ataque en que se incurrió en la nulidad que erige el numeral 3º del artículo 448 del C. Judicial, pues "el traslado de la demanda al demandado señor Saúl Flórez o González no se surtió en la forma legal, ya que según expresa el censor en el auto admisorio del libelo se ordenó que fuese por medio de comisionado y, estando en firme dicha diligencia, se surtió directamente por el a-quo". Que el juez del conocimiento "había delegado la jurisdicción" y que habiéndose hecho la notificación por él directamente, no se cumplieron las formalidades ordenadas por los artículos 739 y 312 a 318 del Código Judicial para el evento en que el demandado resida en otra jurisdicción.

La Corte considera

1. El motivo cuarto de casación sólo puede ser alegado por la parte en cuyo favor se ha establecido la respectiva causal de nulidad que le sirve de apoyo. El demandante, en ningún caso, podrá alegar como causal de nulidad la falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas al juicio. Si el demandado fue indebidamente citado o emplazado, ese suceso, como únicamente le produce agravio a él, sólo puede alegarlo él mismo como causal de nulidad, mas no el demandante. Sobre el particular la Corte ha dicho insistentemente: "El derecho de accionar o de excepcionar con base en la nulidad del juicio 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". G. J. LXIX,39).

Síguese de lo anterior que el recurrente demandante no podía alegar como causal

de nulidad la presunta indebida citación del demandado.

2. De los preceptos que integran el título VI del libro 2º del C. Judicial, atinente a notificaciones, claramente surge que al demandado debe notificársele personalmente el auto que le confiere traslado de la demanda y que esa notificación, como regla general, ha de hacerla el secretario del juzgado del conocimiento; mas si aquel o su representante no se hallaren en el lugar donde se sigue el juicio y se conoce su residencia, la notificación se hace por medio de juez comisionado, como lo establece el artículo 314 del C. Judicial.

De consiguiente, háyase o no conferido comisión para notificar al demandado el auto admisorio de la demanda, si él se encuentra en el lugar donde se sigue el juicio, así sea de paso, la notificación debe hacerla directamente el secretario del juzgado del conocimiento, pues la competencia no se pierde por el hecho de haberse conferido comisión para el efecto.

Grave error es sostener, como lo hace el censor, que el juez de la causa, por haber comisionado a otro para la notificación del auto que admitió la demanda, había delegado la jurisdicción y, por tanto, había perdido la facultad de hacer notificar en su despacho ese auto al demandado que estaba presente en el lugar del juicio. Ese hecho, como puede confrontarse en el título X del libro I del C. Judicial, no entraña usurpación de jurisdicción, no genera para el comitente pérdida o suspensión de jurisdicción, y, finalmente, no quebranta ninguno de los preceptos de los artículos 312 a 318 y 379 del C. Judicial, porque el comitente conserva la facultad de hacer notificar directamente el auto admisorio de la demanda, en cualquier momento, siempre que el demandado esté presente en el lugar del juicio, así se hubiera comisionado para ese efecto al de otro lugar donde residía aquel. Tal es lo acaecido en el caso sub lite.

El ataque, en consecuencia, no prospera.

Cargo segundo

La impugnación se hace consistir en quebranto, por infracción directa, de los artículos 1º, 4º (ordinal 5º), 6º y 7º de la Ley 45 de 1936, "a causa de error de hecho manifiesto en los autos como falta de apreciación de las pruebas acompañadas a la demanda, especialmente de los testimonios de los señores Alfonso Flórez, Juan Aguilera, Celia Flórez de Castro, Enrique y Rosalbina Flórez", con lo cual también se violaron los artículos 597, ordinal 1º, 696, 697 del C. Judicial y 398 y 399 del C. Civil.

Dice el censor que, aunque el artículo 693 del C. Judicial "exige la ratificación de la prueba testimonial de nudo hecho para estimarse como plena prueba, no es menos cierto que tal norma no debe interpretarse con criterio exegético", pues habiéndose aducido los testimonios con el libelo, "la parte contraria al surtirle traslado de la demanda tiene conocimiento de esa prueba y puede dentro del término legal pedir que se citen a los testigos para contrainterrogarlos o desvirtuar sus dichos", por lo cual, al tenor de los artículos 597, ordinal 1º y 697 del C. Judicial, deben estimarse esas declaraciones con las cuales está plenamente acreditado el estado de posesión notoria de hija natural que la recurrente tenía respecto a Segundo Agustín Flórez "en los términos de los artículos 398, 399 del Código Civil y 6º de la Ley 45 de 1936".

La Corte considera

I. Errado anda el censor al imputarle al Tribunal yerro fáctico consistente en que dejó de apreciar la prueba de testigos que se adujo junto con el libelo introductorio del juicio. Esa impugnación carece de base cierta, pues el sentenciador sí vio las declaraciones presentadas con la demanda. Porque no fueron ratificados, dejó de concederles valor probatorio en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 693 del C. J. que dice: "Salvo disposiciones especiales que permitan aducir meras declaraciones de nudo hecho, para apreciar los testimo-

nios se requiere que éstos o su ratificación se hayan pedido y decretado durante el término probatorio, a fin de que las otras partes intervengan en la diligencia, repreguntenten y ejerciten su derecho de infirmar la prueba".

El Tribunal, en consecuencia, dejó de darles valor a esos testimonios, no porque hubiera omitido verlos sino porque, a pesar de haberlos tenido presentes y de haber establecido su presencia material en el proceso, no podían ser valorados por falta de ratificación.

El hecho de que el demandante hubiera acompañado con el escrito demandatario las declaraciones referidas, no lo relevaba de la carga de probar los hechos de la demanda, ni trasladaba al demandado la carga de demostrarlos. El artículo 597 del Código Judicial no es norma de valoración probatoria, que confiera mérito persuasivo a determinados medios de convicción, sino que establece uno de los presupuestos indispensables para que el juez pueda estimar el mérito de las pruebas que forman parte del proceso.

Por ende, el cargo no prospera.

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 diez y seis (16) de agosto de mil novecientos sesenta y ocho (1968), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja en el juicio ordinario iniciado por Gloria Nelly o Hersilia Ruiz frente a Saúl González o Flórez como representante de la sucesión de Segundo Agustín Flórez Arenas, en calidad de heredero de éste.

Las costas del recurso quedan a cargo del recurrente.

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

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

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

RECURSO DE HECHO

Separación de bienes. — Inadmisibilidad del recurso de casación.

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

(Magistrado Ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga).

(Aprobado según Acta número 8 de enero 25 de 1971).

Decídese el recurso de hecho interpuesto por el demandado Jesús Mesa Pérez dentro del juicio especial de separación de bienes que le promovió Elvira Escobar de Mesa.

Antecedentes

Alegando el absoluto abandono de los deberes de esposo y de padre, ante el Juez Cuarto Civil del Circuito de Manizales y por los trámites del juicio especial regulado en el título XX del libro 2º del C. Judicial, Elvira Escobar de Mesa demandó a Jesús Mesa Pérez, su marido, para que se decretara la separación de bienes y la disolución y liquidación de la sociedad conyugal formada por el hecho del matrimonio.

El 14 de julio de 1970 desatóse la primera instancia con sentencia denegatoria de las peticiones de la demanda y consecuencial absolución del demandado. Apelada esta providencia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, por medio de fallo proferido el 27 de octubre siguiente, revocó el de primer grado y decretó la separación de bienes demandada.

Contra esta decisión, el apoderado del demandado, oportunamente, interpuso el recurso de casación, que le fue denegado por el Tribunal en auto de 19 de noviembre siguiente, por considerar que, de conformidad con el artículo 17 de la Ley 16 de 1968, las sentencias dictadas en los juicios especiales de separación de bienes no admiten ese recurso. De esta providencia, el mismo recurrente solicitó reposición y, en subsidio, pidió copia de lo pertinente para recurrir de hecho. El Tribunal negó el recurso de reposición y dispuso la expedición de las copias solicitadas.

El recurso de hecho

Lo sustenta el recurrente, en escrito presentado el 14 del mes en curso, diciendo que, no obstante que se trata de un fallo dictado en juicio especial de separación de bienes, no comprendido entre los que enumera el artículo 17 de la Ley 16 de 1968, el recurso de casación es admisible, pues el artículo 50 del decreto 528 de 1964, que estableció el recurso extraordinario contra las sentencias dictadas en aquel juicio, está vigente. Que esta conclusión emana del texto de la precitada ley, pues entre los artículos derogados expresamente por ella, no está el apuntado, y porque el artículo 17 se limitó a decir que el 50 del decreto 528 de 1964 "quedará" así..., lo que indica que será derogado posteriormente, por lo cual —dice— "en el caso concreto de si está o no subrogado o derogado el artículo 50 del decreto 528 de 1964, es posible decir que no".

La Corte considera

I. Es indudable que durante la vigencia del artículo 519 del C. Judicial estaban pri-

vadas del recurso de casación las sentencias proferidas por los Tribunales en los juicios especiales de separación de bienes. El texto de aquella disposición, sobre este aspecto, era de meridiana claridad.

II. Mas cuando el precitado artículo fue tácitamente derogado por el 50 del Decreto 528 de 1964, las sentencias de segunda instancia dictadas en aquellos juicios pudieron ser acusadas en casación, pues la nueva norma incluyó, entre los que admitían este recurso, las dictadas en segunda instancia por los Tribunales Superiores de distrito judicial en juicios especiales, siempre que el interés para recurrir no fuera menor de cien mil pesos ($ 100.000.00) y cuyo fallo no fuera revisable por la vía ordinaria, con las excepciones allí señaladas. No están incluídas en éstas los juicios de que trata el título XX del libro 2º del C. Judicial, que regula el especial de separación de bienes. De consiguiente, durante la vigencia de aquella norma sí pudieron ser acusadas en casación dichas sentencias.

III. Considerando, empero, que el artículo 50 precitado perdió su vigencia frente al 17 de la Ley 16 de 1968, que lo subrogó, como adelante se verá, y que limitó la admisión del recurso extraordinario, respecto de sentencias dictadas en juicios especiales, a las que señala en sus numerales 2º y 3º, los que no comprenden el de separación de bienes, es claro que desde el 29 de marzo de 1968, fecha en que fue promulgada la apuntada Ley 16 al ser insertada íntegramente en el Diario Oficial número 32467 de esa fecha, ya no es atacable en casación una sentencia de la naturaleza indicada, proferida cuando regía la nueva norma que excluyó del recurso de casación esos fallos.

La cuestión planteada por el recurrente, sobre si el artículo 17 de la Ley 16 de 1968, subrogó o no el 50 del Decreto 528 de 1964, es asunto que no ofrece mayor dificultad frente a las reglas de hermenéutica que da el C. Civil y ante los preceptos del capítulo 6º del título preliminar del mismo, que versa sobre derogación de las leyes.

Ningún avance jurisprudencial, como lo pretende el atacante, constituría el interpretar que la Ley 16 no modificó el artículo 50 precitado. Los jueces a quienes por habérseles confiado la delicada tarea de aplicar la ley, corresponde la de interpretarla, pues no de otro modo puede cumplirse su aplicación, no pueden, ni siquiera a pretexto de consultar su espíritu, desatender su tenor literal cuando el sentido de la ley sea claro (art. 27 del C. C.), como sucede en el caso presente.

Cuando el artículo 17 comentado dijo que el 50 referido "quedará así", implícitamente estaba ordenando que, a partir de la vigencia de la ley, el texto de ese último artículo estaba reemplazado por el que integra el 17. Uno y otro establecen cuáles son las sentencias que, en materia civil, pueden ser acusadas en casación. La citada ley fue expedida el 26 de marzo de 1968, el 28 del mismo mes fue sancionada y al día siguiente, 29, fue promulgada al ser insertada íntegramente en el Diario Oficial. De consiguiente, como el artículo 42 de la misma dispuso la vigencia de ella a partir de su promulgación, síguese que las normas contenidas en el artículo 17 sobre recurso de casación en materia civil, empezarían a regir el 29 de marzo de 1968, fecha de promulgación de la ley, y que el artículo 50 del decreto 528, por contener preceptos contrarios al nuevo, quedó sin vigencia, en cuanto permitía acusar en casación las sentencias de segunda instancia proferidas por los Tribunales superiores de distrito judicial en los juicios especiales de separación de bienes. El futuro empleado por el legislador en el texto del artículo 17, no puede interpretarse como lo insinúa el recurrente, sino en su sentido natural y obvio; indica que la vigencia de esa disposición empezaría con posterioridad a la fecha de expedición de la ley.

La tesis anterior es la que viene sosteniendo la Corte desde la promulgación de la citada Ley 16.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, estima bien denegado por el Tribunal de Manizales el recurso de casación en el juicio especial de separación de bienes deman-

dada por Elvira Escobar de Mesa frente a Jesús Mesa Pérez.

Comuníquese lo resuelto al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y archívese. Tiene personería para representar al demandado el doctor Jesús María Rincón Serna.

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

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

RENDICION DE CUENTAS

Elementos esenciales del mandato. — Exoneración de rendir cuentas o de documentarlas. — Partidas importantes, su calificación. — Objeciones a las cuentas; objeto de la litis; carga de la prueba, oportunidad de presentarla. — Los arts. 1501, 1618, 1621 y 2143 no son normas sustanciales. — El mandato comercial y el judicial son por su naturaleza remunerados.

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

(Magistrado Ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga).

(Aprobado según Acta número 9 de 3 de febrero de 1971).

Decide la Corte el doble recurso de casación interpuesto por las partes contra la sentencia que, el 18 de diciembre de 1964, profirió el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla dentro del juicio ordinario de rendición de cuentas promovido por William A. Traad, Lulú Traad Atta y Selma Traad Naar, contra Julio A. Traad Z.

El litigio

Ante el Juez 3º Civil del Circuito de Barranquilla, aquellos citaron a juicio a éste para que se le condenara a rendirles cuentas, desde el 16 de febrero de 1947, "como liquidador de Gabriel A. Traad & Cía. en C.; como mandatario de los demandantes en la liquidación del juicio de sucesión de Gabriel A. Traad Zattar y como administrador de los bienes adjudicados a los demandantes en la partición de bienes del mencionado sucesorio".

La causa petendi la constituyen los siguientes hechos, relatados en la demanda así:

"Primero. El 16 de febrero de 1947 falleció en Barranquilla intestado, don Gabriel A. Traad.

"Segundo. El juicio de sucesión se tramitó en el Juzgado 4º Civil de este Circuito y en él fueron recibidos como herederos las siguientes personas: Eva (Afife) Traad Vda. de Jobe, hermana del causante; Susana Traad, hermana del causante; Julio A. Traad, demandado, hermano del causante y William A. Traad, Lulú Traad de Atta y Selma Traad de Naar mis poderdantes, sobrinos del causante;

"Tercero. A solicitud del demandado, su hermana Eva (Afife) Traad Vda. de Jobe y mis mandantes William A. Traad, Lulú Traad de Atta y Selma Traad de Naar proveyeron al demandado de poderes generales para representarlos y hacerlos representar en el juicio de sucesión de Gabriel A. Traad Z.; en la compañía Gabriel A. Traad Z. y & S. en C. y para administrar sus intereses aquí;

"Cuarto. En ejercicio de esos solicitados poderes el demandado representó y|o hizo representar a sus mandantes en el juicio sucesorio de Gabriel A. Traad por el abogado doctor Julio Tovar Quintana; "administró" los bienes de la sucesión y los que fueron adjudicados a mis patrocinadores en su cartilla sucesoral;

"Quinto. En ejercicio de esos solicitados poderes, por medio de la escritura pública

número 2129 otorgada ante el Notario Tercero Principal del Circuito de Barranquilla el 22 de octubre de 1948, declaró disuelta la sociedad Gabriel A. Traad Z. & Cía. S. en C. y se autodesignó liquidador;

"Sexto. Hace 11 años y 10 meses que la sociedad fue disuelta, autonombrado el liquidador y en todo este tiempo dicho funcionario no cumplió con sus deberes;

"Séptimo. Desde el 16 de febrero de 1947 en que entró a "administrar" los bienes de la sucesión el demandado no cumplió con sus deberes;

"Octavo. Desde el 24 de marzo de 1952, en que por escritura pública número 773 otorgada en la Notaría Primera de este Circuito se protocolizó el juicio mortuorio de Gabriel A. Traad Z., del cual se extrajo la hijuela de mis patrocinadores William, Lulú y Selma, el demandado entró a administrar sus bienes, pero no cumplió con sus deberes de administrador;

"Noveno. El demandado no entregó los bienes ni las rentas por ellos producidos a sus legítimos dueños. Fue necesario que éstos designaran nuevo apoderado para hacerle los requerimientos necesarios;

"Décimo. Por la razón explicada en el hecho anterior, la señora Eva (Afife) Traad Vda. de Jobe, hermana del demandado, murió pobremente el 28 de noviembre de 1951 sin haber disfrutado un solo instante de sus bienes hereditarios porque su hermano "administrador" Julio A. Traad, los retuvo hasta febrero de 1958 en que entregó al abogado Hernando Juliao Moreno, para sus clientes, una fracción de sus bienes hereditarios;

"Undécima. Como resultado de su mala administración el demandado debe a mis mandantes la cantidad de cuatrocientos noventa y ocho mil pesos o la que se compruebe en el presente juicio".

Con oposición del demandado se desenvolvió la etapa inicial del juicio de cuentas, la que concluyó con sentencia de primera instancia, calendada el 3 de marzo de 1961, que resolvió:

"Ordénase al señor Julio A. Traad rendir cuentas a William A. Traad, Lulú Traad Atta y Selma Traad Naar como mandatario de ellos en la liquidación del juicio de sucesión de Gabriel A. Traad Z., como administrador de los bienes de dicha sucesión y de los que correspondieron a sus mandantes, y como liquidador de la Sociedad "Gabriel A. Traad & Cía. S. en C.".

La rendición de cuentas deberá extenderse desde el 16 de febrero de 1947 hasta el cumplimiento de esta ordenación.

"Señálese al demandado un término de treinta (30) días para la realización de lo ordenado".

El mandatario demandado apeló de esta decisión, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, en sentencia de 11 de octubre de 1961, la confirmó.

En escrito de 13 de diciembre de 1961 el demandado presentó y procedió a "rendir las cuentas correspondientes" y adjuntó cinco anexos explicativos. Los demandantes, al descorrer el traslado que de ellas se les dio, las rechazaron alegando que "tal escrito y tales documentos anexos en realidad no parecen ser una rendición de cuentas", y pidieron con base en lo dispuesto en el artículo 1125 del C. Judicial, que el Juzgado declarara que el demandado no había cumplido su obligación y "había dejado pasar el término sin rendir las cuentas". En subsidio solicitaron tener "como objetadas las cuentas en los términos de ese memorial" en el que, como objeciones, presentaron las seis siguientes:

"1ª El señor Traad habla de utilidad en la venta de un lote de terreno $ 5.800.00 siguiendo su procedimiento de no indicar ni decir de qué inmueble se trata. El señor

Juez ni nadie podrá saber de qué habla el señor Traad. Y esto es lo que llama dicho caballero rendición de cuentas. Pero se observa, además que para que en una venta haya utilidad, es menester conocer su valor de compra o de inventario y el de venta. La diferencia es la utilidad. Nada de esto se conoce y no hay manera de conocerlo en la seudo-rendición de cuentas (Anexo número 5).

"2ª El señor Julio A. Traad adquirió para su familia un lote de terreno en el cementerio universal de la ciudad y construyó en él un mausoleo. Apenas es natural pensar que esto era para su familia que vive aquí, y no para familiares de sus sobrinos, que son americanos, y porque siempre han vivido en su tierra, los Estados Unidos de Norte América. Además, así consta en un documento público en donde se lee "...se han localizado diversas partidas para la confección de un mausoleo en el cementerio universal para la familia Traad, partidas que fueron cubiertas, obviamente con dineros de la Sociedad" (se refiere a "Gabriel A. Traad y Cía. S. en C." en liquidación).

"3ª Cuando la sociedad "Gabriel A. Traad & Cía. S. en C." fue puesta en liquidación, se encontraba en The National City Bank la suma de $ 75.572.18. En el Banco de Bogotá la suma de $ 5.781.97. Y en el National City Bank of New York, en el momento de fallecer don Gabriel tenía US$ 7.631.37. Estas sumas no se ven explicadas en ninguna parte por el señor Julio A. Traad. Como es lógico tienen que ser devueltas o reembolsadas con sus respectivos intereses.

"4ª Como se dice anteriormente, el señor Julio A. Traad solicitó y rogó ahincadamente, hasta el punto de enviarlos redactados, listos para la firma, los poderes que sus parientes de Estados Unidos le otorgaron, haciéndoles ver que era un favor que les iba a prestar, ya que por ser pobres se hallaban necesitados y su hermana Eva estaba seriamente enferma. Qué sorpresa, señor Juez, para estos ingenuos parientes ver, en los anexos, al señor Traad cobrando la suma de $ 68.000.00 por un lado y por otro $ 10.600.00, como honorarios. Estas sumas son totalmente inaceptables. Totalmente, esto es, no se acepta ni un solo centavo.

5ª Cosas extramedamante curiosas se ven en los tales anexos, por las que se cae en la cuenta de que los conocimientos de aritmética de don Julio no son muy avanzados. Es por ello que, a pesar de haber estado constantemente fuera de Colombia, vemos que todo el tiempo lo suma a cargo de sus parientes. Y que aunque su autonombramiento de liquidador comienza el 6 de noviembre de 1948, los celebérrimos honorarios los hace efectivos desde el 15 de febrero de 1947.

"6ª La señora Elia Annichiarico, esposa de José Abuchaibe, era deudora, no puedo precisar si del finado Gabriel A. Traad personalmente o de la Sociedad ya nombrada, y dicha señora pagó el capital y los intereses al señor Julio A. Traad. Se trata de una partida de consideración. Pregunto, ¿dónde se encuentra dicha partida? El señor Juez no la verá ni en el escrito ni en los anexos.

"Ninguna de las partidas que figuran en la llamada rendición de cuentas, es aceptable. No se especifica nada, no se determina nada, no se sabe por qué se recibió algo ni se dice por qué se entrega. Como se dice al comienzo de este memorial, no se trata de una rendición de cuentas".

Del escrito de objeciones, el Juzgado ordenó dar traslado al mandatario demandado y en cuanto a la petición principal de declarar que éste había dejado pasar el término judicial sin rendir cuentas, dispuso que no era el "caso de dar aplicación al artículo 1125 del Código Judicial por cuanto las cuentas se presentaron oportunamente". Como esta providencia se ejecutorió, pues no fue recurrida, el demandado, en escrito de 27 de enero de 1962, al descorrer el traslado del pliego de objeciones, manifestó no asentir a ellas.

De aquí en adelante continuóse el juicio como ordinario. La primera instancia cul-

minó con la sentencia de 14 de julio de 1964, que resolvió:

"1º Apruébanse las cuentas presentadas por Julio A. Traad Z. que le fueron solicitadas por William A. Traad, Lulú Traad y Selma Traad Naar, con excepción de las partidas que a continuación se enumeran, las cuales no se aceptan, debiendo ser reintegradas por Julio A. Traad Z. a los demandantes, a saber:

"a) Las sumas de tres mil y once mil sesenta y cinco pesos con sesenta y seis centavos ($ 3.000.00) y ($ 11.065.66) empleados por el demandado en la compra de un terreno para un mausoleo y en su construcción:

"b) Las sumas de sesenta y ocho mil pesos y diez mil seiscientos pesos ($ 68.000.00) y ($ 10.600.00) que el señor Julio A. Traad se asignó como honorarios; y

"c) La cantidad de siete mil cuarenta y tres pesos con noventa centavos ($ 7.043.90) recibidos por Julio A. Traad por concepto de intereses de la deuda de Elia Annichiarico.

"Estos reintegros se harán quince días después de ejecutoriado el presente fallo.

"2º El señor Julio A. Traad Z. tiene derecho a percibir honorarios por su gestión como mandatario, y para su liquidación se seguirá el procedimiento previsto en el artículo 553 del C. J.".

Las partes interpusieron contra esta providencia el recurso de apelación, que fue decidido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en sentencia de 18 de diciembre de 1964, cuya parte resolutiva dice:

"1º Apruébense las cuentas presentadas por el señor Julio A. Traad Z., que le fueron solicitadas por los señores William Traad, Lulú Traad Atta y Selma Traad Naar, con excepción de las partidas que a continuación se enumeran, las cuales no se aceptan, debiendo ser reintegradas por el señor Julio A. Traad al haber de los sucesores de Gabriel A. Traad, en la proporción señalada en la motivación de este fallo. Esas partidas son:

"a) Las sumas de tres mil y once mil sesenta y cinco pesos con sesenta y seis centavos ($ 3.000.00) y ($ 11.065.66) empleados por el demandado en la compra de un terreno para un mausoleo y en su construcción.

"b) Las sumas de sesenta y ocho mil pesos y diez mil seiscientos pesos ($ 68.000.00) y ($ 10.600.00) que el señor Julio A. Traad se asignó como honorarios;

"c) La suma de siete mil cuarenta y tres pesos con noventa centavos ($ 7.043.90) recibidos por el señor Julio A. Traad como intereses de la deuda de la señora Elia Annichiarico; y

"d) La suma de siete mil seiscientos treinta y un dólares con treinta y siete centavos de dólar (US$ 7.631.37), o su equivalente en moneda colombiana al tipo oficial de cambio vigente a la época en que se efectúe su devolución.

"Estos reintegros se harán quince (15) días después de ejecutoriada esta sentencia.

"2º Declárase que el señor Julio A. Traad Z. tiene derecho a percibir honorarios por su gestión como mandatario, y para su liquidación se seguirá el procedimiento previsto en el artículo 553 del C. J., y se tendrán en cuenta los factores señalados en la parte motiva de esta sentencia.

"Sin costas en ambas instancias.

"En los anteriores términos queda revocado parcialmente, reformado y adicionado el fallo recurrido".

La sentencia impugnada

Luego de transcribir los hechos de la demanda y de historiar lo acaecido hasta quedar en firme la orden judicial de que el demandado rindiera cuentas, y después de

narrar los distintos episodios de la etapa ordinaria del juicio de cuentas que culminó con la sentencia que aprobó las presentadas por Julio A. Traad Z., entra el sentenciador a sustentar su fallo diciendo que los administradores de bienes ajenos, entre ellos el mandatario (artículo 2181 C. C.), están obligados a rendir cuentas; que si no las rinden voluntariamente, siguiendo el trámite establecido en el título XXXVIII del libro 2º del C. Judicial se logra "un pronunciamiento judicial en tal sentido". Que este juicio tiene dos etapas: la primera para decidir si el administrador está obligado a rendir cuentas; y la segunda, que ocurre cuando el mandatario demandado, no asiente, en todo o en parte, a las objeciones presentadas por el demandante, tiene por finalidad "establecer la veracidad de las cuentas, y, por consiguiente, determinar quién es el acreedor y cuál el deudor".

Entra luego el fallador en el análisis de cada una de las objeciones, así:

Respecto a la primera, dice que no prospera, como lo decidió el a quo, por cuanto un lote de terreno, inventariado en el juicio de sucesión de Gabriel A. Traad, fue avaluado en la suma de $ 700.00 y luego vendido en la suma de $ 6.500.00 lo que produjo una utilidad de $ 5.800.00, que es la diferencia que resulta de restar del precio de venta, el de compra. Que esa ganancia fue la denunciada por el mandatario.

Respecto a la segunda objeción, dice que prospera, como también lo decidió el a quo, por cuanto las partidas de $ 11.065.66 y $ 3.000.00 que se gastaron en la construcción de un mausoleo para la familia Traad, no puede cargarse a los demandantes, pues el lote de terreno del Cementerio Universal, donde se levantó la citada obra, fue adquirido por el mandatario para sí y no para sus comitentes, como reza el respectivo título de propiedad.

En cuanto a las objeciones tercera y sexta, despachadas conjuntamente, dice que el demandado recibió la suma de ciento cinco mil ochocientos cincuenta y cuatro pesos con quince centavos ($ 105.854.15), pues, durante su administración, recibió de la señora Elia Annichiarico la suma de $ 24.500.00 que debía al causante Gabriel A. Traad, y tomó de los Bancos The National City y Bogotá los depósitos que el causante dejó al morir y que eran de $ 75.572.18 y $ 5.781.97, respectivamente. Que "como quiera que el abogado de la parte demandada afirma que esa suma fue aplicada a los gastos del juicio de sucesión, procede examinar la realidad procesal". Que, en verdad, de los gastos relacionados en los anexos que obran a fs. 46, 47, 48 y 49 del cuaderno principal y que fueron aducidos, como explicación, con el escrito de rendición de cuentas, "estima que muchos de ellos están debidamente comprobados en el juicio". "En efecto, la parte demandada allegó a los autos los recibos de Caja de la Administración de Hacienda Nacional, hoy de Impuestos Nacionales, por diferentes conceptos; de pago de honorarios de Abogado y de Peritos; y recibos de las Empresas Públicas Municipales sobre pago de impuestos, etc. Que todos los demás gastos, que son de menor importancia, "se justifican, los unos porque corresponden al giro ordinario de los negocios a que se refieren, y los otros, por ser indispensables para la conservación de las cosas". Que la ley, como lo ha dicho la jurisprudencia, no exige respecto de cada una de las partidas de una cuenta que se aduzca una plena prueba y que, como no es dable comprobar en la mayor parte de los casos las pequeñas operaciones, el artículo 2181 del C. Civil tan sólo impone al mandatario la obligación de documentar las partidas importantes de su cuenta; y que no es lo mismo cuenta documentada que cuenta plenamente demostrada.

Que la primera relación de gastos, la correspondiente a Gabriel A. Traad Sucs." (fs. 48, 49 y 50), asciende a $ 54.861.81, y la segunda, que corresponde a "Gabriel A. Traad & Cía. S. en C., en liquidación (fls. 51, 52 y 53), asciende a $ 84.323.54, lo que da un gran total de gastos de $ 139.185.35.

Que, de acuerdo con el dictamen pericial (fl. 11 a 18 del cuaderno de pruebas número 1), los ingresos por arrendamientos y utilidad en la enajenación del lote de terre-

no son, en total, $ 90.775.57. Que restando esta cantidad del total de gastos, la diferencia, que es $ 38.409.78, "viene a constituir el déficit que tenía que ser cubierto". Que como en poder del mandatario estaba, además la cantidad de $ 105.854.18 por concepto de saldos bancarios y pago de la obligación de la señora Annichiarico, se deduce de ella el déficit de $ 38.409.78 por concepto de gastos, y queda un resto de $ 67.444.40 "que viene a constituir el saldo existente en poder de Julio A. Traad. Que como este en el año de 1957 repartió entre los herederos la cantidad de $ 67.490.16 "las cuentas presentadas se ajustan a la realidad procesal". Y agrega el sentenciador que "se hace tomando en cuenta todas las partidas de gastos, pero sin perjuicio de las objeciones que por separado se han hecho a algunas de ellas". Que, por tanto, las objeciones tercera y sexta no prosperan parcialmente. Que de la objeción tercera queda por dilucidar lo relativo a la suma de U.S. $ 7.631,37 depositados en Banco Norteamericano. Que no hay prueba alguna de que esos dólares hayan sido repartidos entre los herederos como lo afirma el mandatario demandado; que el a quo erró al conceder valor probatorio a la carta escrita en inglés (fls, 146 del cuaderno de pruebas de la parte demandada), por cuanto no se llenaron los requisitos exigidos por el artículo 657 del C. Judicial en relación con documentos extendidos en el extranjero, pues a la carta le falta la autenticación y no está traducida; que, además, ese documento no fue aportado en la oportunidad señalada por el artículo 597 ibídem. Que, en consecuencia, se ordenará que el demandado devuelva a los herederos de Gabriel A. Traad esos dólares o pesos colombianos que a tal cantidad equivalgan, "al tipo de cambio oficial vigente en la época en que se haga su devolución".

Respecto a las objeciones cuarta y quinta dice el Tribunal que acoge los conceptos del a quo, pues no existe ninguna prueba en el juicio de que se hubiera señalado alguna suma "como honorarios o sueldo para el administrador y liquidador", pero que de allí no puede colegirse que los servicios del mandatario eran gratuitos, pues esto tampoco se acordó. Que "lo usual y corriente es que el mandato sea remunerado", pues así lo estatuye, respecto de comisionistas, el artículo 379 del C. Co. Que el artículo 2143 del C. C. dice que el mandato puede ser gratuito o remunerado. Que hay que concluir que "los servicios del liquidador" "deben ser onerosos", pero que la remuneración no podía fijarla el mandatario por lo cual la fijación la hará el Juzgado mediante el trámite legal. Que la Corte, en caso similar, dijo que como los mandantes, para rechazar la cuenta del mandatario, aseguraron que el mandato era gratuito, a ellos tocábales esa demostración y como no la comprobaron quedó en pie la presunción de que el mandato era remunerado. Que para la liquidación de los honorarios del señor Julio A. Traad, como liquidador, se tendrá en cuenta lo siguiente: "1º Tiempo razonable que debería emplear el señor Julio A. Traad para hacer la liquidación de la Sociedad Comercial "Gabriel A. Traad & Cía. S. en C."; 2º Capital de la sociedad en liquidación; 3º Trabajo ejecutado por el señor Julio A. Traad como liquidador de la Sociedad referida".

Que en los alegatos de las dos instancias el apoderado de los demandantes ha dicho que rechaza otras partidas de gastos no incluidas en las objeciones, como las atinentes a recargos por mora en el pago de impuestos. Que como estas objeciones no se hicieron oportunamente en el escrito en que se descorrió el traslado de la rendición de cuentas, no tienen valor en este juicio, por extemporáneas, pues, como ha dicho la Corte: "El memorial de objeciones a las cuentas presentadas por el demandante, es el que sirve de base a las declaraciones de la sentencia, pues él hace las veces de demanda en el juicio ordinario que sigue al espacial sobre cuentas".

Que el saldo a cargo del mandatario no debe ser pagado a los mandantes, como lo resolvió el a quo, sino a la sucesión de Gabriel A. Traad, en la cual el demandado tiene un derecho de 50% y los demandantes uno de 25%, pues la cuarta parte restante corresponde a los herederos de Eva (Afife) Traad, que no se hicieron parte en el juicio.

Que la condena por intereses "sólo procede a partir de la fecha en que el señor Julio A. Traad se constituya en mora de devolver las sumas de dinero de que se viene tratando".

Los recursos de casación

En primer término se entrará al estudio de la demanda propuesta por la parte demandante, en la que se levantan siete cargos, todos en el ámbito del motivo primero de casación.

Cargos formulados por el demandante

Primer cargo

"Infracción directa de los artículos 2155, 2157, 2181 y 2183 del Código Civil; 353, 384, 537, 538, y 540 del Código de Comercio Terrestre". Se funda en el primer motivo de casación a que hace referencia el art. 52 del Decreto 528 de 1964.

Dice el recurrente que el sentenciador "rechazó la objeción fundamental formulada por los demandantes" consistente en que las partidas de gastos carecen de justificación y "no fueron documentadas". Que los demandantes, en el memorial de objeciones, en vista de que con la relación de gastos no se acompañaron los respectivos instrumentos que la documentaran, lo que les permitió inferir que no se trataba de una rendición de cuentas, pidieron al Juzgado que, con fundamento en el artículo 1125 del C. J., declarara que el demandado dejó pasar el término que le prefijaron "sin rendirlas". Que como los mandantes no eximieron al demandado de la obligación de rendir cuentas, éste debió presentarlas como ordena el artículo 2181 del C. C., documentando las partidas importantes en el acto de rendirlas, pues no cumple con ese deber el mandatario que las documenta o comprueba "posteriormente en el curso del juicio ordinario a que da lugar la objeción de las cuentas". Que "era obvio que los demandantes no pudieran objetar pormenorizadamente unas cuentas que no eran tales" por no estar documentadas; que, entonces, la objeción "tenía que referirse a totalidad de los descargos", aceptando las partidas que integran el activo y rechazando "todos los gastos que carecen de justificación". Trae luego cita de la obra de don Fernando Vélez y de doctrina de la Corte en orden a demostrar que no basta que el mandatario lleve las cuentas, sino que es indispensable que respalde con documentos las partidas importantes cuando no está eximido de esta obligación, y que cuando el mandatario no documenta sus cuentas, lo que no es igual a decir que deba comprobarlas plenamente, el mandante puede objetarlas. "Entonces aquel deberá comprobar la partida por medio del respectivo documento o de otra manera eficiente, si carece de él". Que el Tribunal sostuvo que muchos de los gastos discriminados estaban "debidamente comprobados en el juicio" y "en cuanto a los demás de menor importancia se justifican, los unos porque corresponden al giro de los negocios a que se refieren y los otros, por ser indispensables para la conservación de las cosas".

Concretando el cargo dice; "La violación directa de la ley a que me refiero en este cargo no reside, pues, en suponer que debiera exigirse la plena prueba de todas y cada una de las partidas de las cuentas, sino en que la sentencia admitió, infringiendo al hacerlo normas sustanciales, que la rendición de cuentas se hiciera sin que ninguna partida se documentara, se comprobara o se fundamentara". Que como la rendición de cuentas se hizo "sin ninguna documentación", este vicio original no puede sanearse en el debate posterior que se presentó ya en el juicio ordinario. Que el demandado no presentó la documentación de las cuentas dentro del término que le fijaron los fallos que lo condenaron a rendirlas y que, por tanto, "al admitir el fallo acusado presentación de cuentas no fundamentadas, infringió los textos legales citados". Que la violación de estas normas también se produjo porque "no podía autorizar la sentencia partidas importantes, sin ninguna documentación, esto es, sin documentos que las fundamenten, aunque no constituyan plenas pruebas".

La Corte considera

1º Es incuestionable que el procurador o mandatario tiene, entre sus obligaciones, la de dar cuenta de su administración, presentando, al comitente o mandante, una relación pormenorizada del giro de aquella, que constituye la rendición de cuentas, y documentando las partidas que tengan la calidad de importantes, "si el mandante no le hubiere relevado de esta obligación".

2º No es de la esencia del contrato de mandato que el procurador rinda cuentas, ni lo es que al rendirlas deba documentar las partidas que son de importancia. El mandante puede eximir al apoderado no solamente de su obligación de documentar, es decir, de respaldar con escritos justificatorios las partidas importantes, sino que puede relevarlo también de rendir cuentas. Lo anterior, como lo dice el artículo 2181 del C. Civil, in fine, "no exonera al mandatario de los cargos que contra él justifique el mandante", pues de otro modo, esa amplitud conllevaría una condonación del dolo futuro, la que expresamente está prohibida por la ley (art. 1522 del C. C.). Por consiguiente, el contrato de mandato no degenera en otro por el hecho de que al procurador se le exima de la obligación de rendir cuentas o de la de documentar las partidas importantes.

3º No existe norma legal que permita calificar, en cada caso, cuáles partidas son importantes y cuáles no tienen esta calidad. Compete, en cada caso particular, al fallador de instancia esta apreciación y determinación, pues, como lo ha dicho la Corte, aquel concepto es relativo, ya que las mismas cuentas no están rodeadas siempre por iguales circunstancias de tiempo, lugar, objeto, valor, costumbres, etc., "pues suelen ser muy variadas y cambiantes las situaciones y circunstancias en que una persona recibe el cargo de gerenciar lo ajeno".

"¿Qué se entiende por partida importante? No podía decirlo la ley, porque se trata de un concepto esencialmente relativo, que depende de circunstancias que cambian de un lugar a otro, del objeto del mandato, del valor o valores que se muevan, de las prácticas o costumbres en el respectivo ramo de actividades, etc. En consecuencia, saber si una partida es importante o no, es de la autónoma apreciación del juzgador de instancia". (Casación Civil de 31 de enero de 1955, G. J. Tomo LXXIX, número 2150, página 446).

4º Por la confianza que, en principio, tiene el comitente en la persona a quien encarga la gestión de uno o varios de sus negocios, se explican los preceptos de la ley que autorizan al mandante relevar al mandatario de la obligación de documentar las partidas importantes de las cuentas que rinda y aún de eximirle de rendir éstas. Pero esa relevación o exoneración no tiene que pactarse antes de la celebración del mandato o al momento de perfeccionarse éste; bien puede el comitente concederla durante la ejecución de los negocios confiados y aún después de haber terminado el mandato. Como la rendición de cuentas y la documentación de partidas importantes son hechos que miran al personal interés del mandante, bien puede éste renunciar a esos derechos, pues de otro lado no está prohibida esa renuncia. (Art. 15 C. C.). Estas las razones para la relevación autorizada en el artículo 2181 ibídem y para que el artículo 1128 del C. Judicial disponga que, no haciéndose objeción alguna a las cuentas presentadas, lo que también puede entrañar exoneración de aquellas obligaciones, se les debe impartir aprobación y que "la decisión no es apelable".

5º Pero esta última disposición no puede entenderse en el sentido de que, al dársele traslado de las cuentas, el comitente demandante no tiene otra alternativa que objetarlas íntegramente, o aprobarlas totalmente, ya en forma expresa como cuando por escrito hace saber al juez que las acepta, ya en forma tácita como cuando deja vencer el término legal del traslado sin hacer objeción alguna. En este último evento, su silencio tiene valor de un asentimiento total.

Pero pudiendo también el mandante presentar objeciones parciales, cuando esto

ocurra, sólo se entenderán impugnadas las partidas claramente objetadas, y tácitamente aprobadas las que no fueron materia de objeción. Entonces, el litigio queda delimitado al campo de las partidas que fueron objetadas, y cuyas objeciones no fueron asentidas por el mandatario. En este evento, se abre a prueba y se sigue el juicio por los trámites de la vía ordinaria (art. 1132 del C. J.).

Síguese de lo anterior que todas las partidas de la rendición de cuentas que no sean objetadas, quedan fuera del campo de la litis, pues el hecho de que no hayan sido materia de objeciones indica claramente que el mandante las aprueba en forma tácita al guardarse de impugnarlas. Por tanto, si quien examina las cuentas, al descorrer el traslado que de ellas se le dió, hace críticas generales sobre la manera como fueron rendidas y expone su pensamiento al respecto rechazándolas en forma global, y en el mismo escrito y de manera concreta formula cada una de las objeciones, individualizándolas, y además, numerándolas de tal manera que cada objeción pueda distinguirse nítidamente de las otras, porque tiene entidad autónoma y definida, está diciendo que, no obstante las fallas o defectos que encuentra en la totalidad de las cuentas, sin embargo, limita su rechazo, por su propio querer, por la facultad que tiene de relevación o exoneración, al contenido de las objeciones. De otro modo, se violaría el deber de lealtad procesal que impone al demandante la obligación de manifestar, expresa o tácitamente, cuáles partidas acepta, y decir, ya de manera expresa, no tácita, cuáles objeta, indicando el fundamento de su rechazo, pues esto tiene singular importancia para determinar la carga de la prueba. La aceptación puede ser expresa o tácita, como quedó visto; en cambio, las objeciones sólo pueden proponerse en forma expresa y concreta.

6º Es doctrina constante de la Corte que si el demandante objeta una de las partidas debidamente documentadas, a él compete la carga de probar su objeción, porque el mandatario cuentadante ya había cumplido su deber legal al respaldar en constancias escritas la partida citada, que es en lo que consiste la obligación que le impone el artículo 2181 citado, en su segundo inciso, pues no es lo mismo partida documentada que partida plenamente comprobada. Por el contrario, si el cuentadante no documentó las partidas importantes o algunas de ellas y se presenta una objeción con fundamento en que falta la constancia escrita que respalde la partida, entonces, la carga de la prueba recae en el mandatario, porque ese es su deber, siempre que se trate de partida de importancia, ya que las que carecen de esta calidad no requieren documentación y, en ese evento, la carga de la prueba también recaería sobre el objetante. En sentencia de 31 de enero de 1955, la Corte dijo: "El citado art. 2181 dispone que el mandatario documente las partidas importantes. Procediendo así cumple su deber en relación con tal clase de asientos. Si deja de documentarlas, el mandante puede objetarlas. Entonces aquel deberá comprobar la partida por medio del respectivo documento o de otra manera suficiente, si carece de él. Pero, si acompaña el documento, el mandante, puede objetar la cuenta? No, si alega que no cumplió lo ordenado por el artículo 2181, de documentarla. La podrá objetar por otros conceptos, v. gr.: que la partida no existió total o parcialmente, esto es, que el documento está alterado, interpolado o falsificado en alguna forma; y aún que habiendo existido la inversión, ésta no se justificaba, o que fue efecto de la mala o descuidada ejecución del mandato... Es obvio que no podrá obligarse al mandatario a probar las partidas importantes en forma distinta a la que establece la ley.

Por tanto, la prueba de los hechos en que se fundan tales objeciones, corre en principio a cargo del mandante, por tratarse de hechos verdaderamente exceptivos, tendientes a destruir la posición de quien ha justificado las partidas importantes por los medios legales. Lo cual es aplicación llana del artículo 1.757 del C. C. La carga de la prueba, empero, podrá pasar al mandatario en aquellos casos en que la objeción envuelve una negación indefinida (art. 595 del C. J.), o le sea imposible al mandante

demostrar la objeción, por la circunstancia de ser el mandatario quien tiene a su alcance los datos y elementos sobre la existencia real de la partida". (G. J. Tomo LXXIX, número 2.150, página 447).

Y en sentencia de 4 de febrero de 1956, dijo:

"Conforme al artículo 1.763 del C. Civil, los asientos, registros y papeles domésticos, únicamente hacen fe contra el que los ha escrito o firmado, pero sólo en aquello que aparezca con toda claridad, y con tal que el que quiera aprovecharse de ellos no los rechace en la parte que le fuere desfavorable. Se advierte, entonces, que el principio allí consignado es el mismo con que está regida la confesión indivisible. Las anotaciones privadas envuelven, en efecto, un reconocimiento extrajudicial para quien las hizo, y le obligan en la misma medida de lo que aparece: tanto en lo adverso como en lo favorable, y nada más.

"Por lo cual, si llega a presentarse la situación de que faltan otras pruebas, quien invoca las partidas favorables de la cuenta privada, no puede a la vez rechazar las que le fueron contrarias" (G. J. LXXXII, números 2163, 2164, página 23).

7º **Cuando, por haberse presentado objeciones en alguna de las cuales no conviene el cuentadante, se convierte en ordinario el juicio especial de cuentas, la demanda y la respuesta, están constituídas, respectivamente, por el escrito en que el mandante formula las objeciones y por el de respuesta en que el mandatario no asiente a todas o parte de aquellas. Por tanto, la sentencia con que culmina el juicio, debe estar en consonancia con aquellos dos escritos que hacen las veces de demanda y respuesta.**

En sentencia de 13 de noviembre de 1955, (G. J. Tomo LXXXIII, pág. 801) dijo la Corte:

"...El juicio ordinario de cuentas resulta de las objeciones que formule el que examine las cuentas presentadas, si el responsable no asiente en tales objeciones. De consiguiente, el pliego que contiene los motivos por los cuales se impugnan las cuentas, demarca los límites de interés jurídico que el objetante propone y deduce para la decisión del juzgador, y la respuesta que el responsable o cuentadante dé a esas objeciones, marca el interés deducido por éste.

"Por tanto, el fallo que pone término al juicio ordinario de cuentas por razón de la materia que en tal caso se contempla, ha de versar sobre las objeciones y las explicaciones que fueron objeto del debate en la instancia... las objeciones formuladas a las cuentas y la respuesta que el cuentadante dé a tales objeciones comprende la litis en el juicio".

Y en casación de 7 de abril de 1960, dijo que cuando hay objeciones no asentidas por el procurador demandado, el juicio de cuentas da lugar a dos etapas: "la especial en que se discutió sobre la obligación de rendirlas, la cual precluyó con la sentencia que dispone la presentación de ellas; y la ordinaria, originada en haberse formulado las objeciones a las cuentas por el demandante y la no aceptación de ellas por el demandado. El memorial de objeciones es el que hace las veces de demanda en el juicio ordinario, que sigue al especial, y que se traba con la respuesta de no aceptarlas el demandado" (G. J. Tomo XCII, números 2223, 2224, pág. 425).

8º Como arriba se dijo, no es de la esencia del mandato la gratuidad, ni lo es la remuneración, pues las partes pueden convenir una u otra. Además, nada se opone a que el mandato que en su origen fue gratuito, se torne remunerado. El legislador en la segunda oración del artículo 2143 autoriza que la remuneración se determine "antes o después del contrato". Estas estipulaciones no alteran la esencia del mandato, pues con ellas o sin ellas, el contrato sigue siendo el mismo, no degenera en otro y continúa produciendo efectos.

9º **Si presentan unas cuentas sin documentación alguna, y el juez, dando aplicación al artículo 1126 del C. J., da traslado de ellas al demandado, ningún precepto le-**

gal viola, pues, de un lado, no hay norma imperativa que disponga, como lo pretende el recurrente, que la documentación de las cuentas no pueda llevarse a cabo después de rendidas, y que, en el mismo momento en que se rinden, deban estar respaldadas con las constancias escritas respectivas. Esta interpretación contradice el espíritu del artículo 1126 citado que permite al demandante objetar las cuentas apoyándose unas veces, como quedó visto, en que las partidas importantes no están documentadas, y otras en que a pesar de tener documentos adjuntos, estos son falsos o están adulterados, o que el gasto proviene de administración fraudulenta, etc. Agrégase a lo anterior, como quedó visto en el número tres, que es al fallador de instancia a quien compete calificar qué partidas son importantes, y que el momento procesal oportuno para esa calificación no es aquel en que se da traslado de las cuentas rendidas, sino cuando se pronuncia la sentencia, después del amplio debate donde las partes adujeron las pruebas conducentes a determinar quién debe a quién y cuánto. Es en la sentencia donde el fallador puede calificar debidamente qué partidas son importantes; antes de vencerse el respectivo término probatorio, sería apresurado exigir aquella calificación, pues el juez aún carece de medios de convicción sólidos, ya que a la demanda para que se rindan cuentas apenas "debe acompañar el demandante una prueba, siquiera sumaria, en que apoye su derecho", como lo dice el artículo 1120, y como el mandante, en cualquier tiempo, puede relevar al mandatario de la obligación de documentar las cuentas importantes, si el Juez para dar traslado de las cuentas rendidas exigiera previamente al cuentadante que instrumentara las partidas calificadas de importantes, menoscabaría aquel derecho del mandante, y el que tiene el mandatario para que sus cuentas no objetadas, aunque carezcan de respaldo documental, se entiendan aprobadas. En ninguna parte ordena la ley que el cuentadante tenga que presentar los documentos en la primera etapa de la rendición de cuentas, etapa que consiste en presentar al juez, dentro del término prefijado, la relación pormenorizada de ingresos y egresos, que, como lo ha dicho la Corte, es una historia escrita de la administración ejecutada en lo que respecta al movimiento de dineros y bienes en general, por activa y por pasiva, con el saldo correspondiente. Bien puede el mandatario, para cumplir su obligación de documentar las cuentas, presentar, durante el período probatorio que sigue al momento en que éste rechaza alguna o algunas de las objeciones presentadas por el comitente, las constancias escritas o documentos que prestan apoyo a las partidas importantes.

10. Aunque el mandato, en principio, descansa en la confianza que tiene el mandante en su procurador, lo que también explica que la ley no exija la documentación de las partidas que no son importantes y que autorice la exoneración de documentar las que sí lo son, y aún de la de rendir cuentas, es apenas lógico pensar que el apoderado debiera presentar con la relación de las cuentas la documentación de las partidas importantes. Pero ello no está imperado así por la ley.

De todo lo anterior conclúyese que ninguna disposición sustancial se viola cuando el Juez ordena dar traslado de las cuentas, rendidas por medio de una relación pormenorizada de ingresos y egresos que aún no está documentada, porque la documentación puede allegarse legalmente en el período probatorio y aún antes del fallo, como quedó visto en el punto 9º.

Como lo fundamental del cargo radica en que no fueron documentadas algunas partidas importantes, se observa:

El demandado rindió las cuentas en escrito de 13 de diciembre de 1961, y al darse traslado al demandante, éste, en escrito de 16 de enero de 1962, con fundamento en que no habían sido documentadas, pidió que el juzgado, aplicando el artículo 1125 del Código Judicial, declarara que el demandado dejó pasar el término sin rendir las cuentas, "para los efectos indicados en la aludida disposición"; en el mismo escrito formuló seis objeciones a las cuentas, que le permitieron hacer la petición de que si no se accedía a dar aplicación al artículo

antes citado, se tuvieran "como objetadas las cuentas en los términos de este memorial". En providencia de 23 de enero de 1962, el juzgado dispuso dar traslado de las objeciones, y resolvió que no era aplicable el artículo 1125 citado, "por cuanto las cuentas se presentaron oportunamente", providencia contra la que no se interpuso recurso alguno.

Conclúyese de lo anterior que si el objetante hubiera persistido en su tesis de que las cuentas habían sido mal rendidas, había encontrado errada esta decisión del a quo y había interpuesto contra ella el recurso de apelación. El no haber recurrido de esa providencia entraña asentirla, es decir, aceptación de que las cuentas fueron presentadas en legal forma.

El cargo en consecuencia, se rechaza.

Segundo cargo

Denúnciase "violación indirecta de los artículos 2155, 2157, 2158, 2183 del Código Civil; 353, 383, 384, 537, 538, 540, del Código de Comercio Terrestre, proveniente de errores de derecho, y de errores de hecho, que aparecen de modo manifiesto en los autos, en la apreciación de las pruebas". Alégase el primer motivo de casación.

Dice el recurrente:

A) Que el Tribunal infringió los artículos 1.757 del C. C. y 595 del C. J., relativos a la carga de la prueba y a que, en principio, las negaciones no se demuestran por medio de pruebas, pues como "el apoderado de los demandantes objetó en su conjunto las relaciones de gastos, por carecer de toda comprobación y señaló en seis numerales los vicios más protuberantes", "no correspondía a los demandantes comprobar sus objeciones, sino al demandado documentar los gastos correspondientes y justificarlos. Al menos en cuanto a las partidas importantes..." Que el sentenciador trató las objeciones como si el mandatario hubiera presentado sus cuentas debidamente documentadas; pero que como éste al rendirlas no las documentó, entonces la carga de la prueba a él correspondía.

B) Que "la presentación de cuentas por el mandatario, en cuanto a las partidas que forman el activo, equivale a una verdadera confesión judicial", por ser afirmación del hecho que le perjudica; que no puede predicarse lo mismo de las partidas que integran el pasivo, pues los gastos "constituyen, en cambio, hechos distintos y separados, que no tienen íntima conexión con la circunstancia de haberse recibido otros bienes o dinero". Que, en efecto, después de que el mandatario recibe bienes o efectos, sea del mandante, sea de terceros, y efectúa gastos para pagar servicios, impuestos, etc., tales gastos constituyen hechos separados e independientes del recibo de bienes y deben ser acreditados por el mandatario. Que hay "error de derecho en la apreciación de la prueba de la confesión", porque el Tribunal aceptó partidas de cargo del mandatario no documentadas, explicadas y aún individualizadas". Que la sentencia partió de la base falsa "de que las cuentas así presentadas libertaban al mandatario de la obligación de comprobarlas, fundamentarlas o al menos individualizarlas y explicarlas, según la naturaleza del gasto correspondiente". Cita los artículos 604 y 609 del C. Judicial como normas de valoración probatoria infringidas.

C) Que el escrito de rendición de cuentas con los 5 anexos, carece de toda documentación "ya que no se allegó documento alguno para justificar ninguna partida", ni de las importantes, "ni de las pequeñas". Que "el mandatario no debe comprobar o justificar posteriormente "ex post facto", durante el juicio las partidas, sino que debe rendir su cuenta documentada". Que el sentenciador incurrió en error manifiesto de hecho "al aceptar como prueba de rendición de cuentas un memorial que no contiene ni los elementos del activo ni del pasivo, sino el análisis incompleto de algunas cifras, y unos anexos en papel común, que no constituyen documentación alguna de la cuenta, sino simples relaciones de entradas y gastos, sin pruebas ni explicaciones de ninguna naturaleza".

D) Que el sentenciador cometió errores de derecho y de hecho manifiesto en la

apreciación de las pruebas de inspección ocular y pericial", pedidas por el demandante y que "tenían por finalidad" acreditar la existencia de otras partidas que hubieren aumentado los activos", "justificar observaciones u objeciones a las relaciones de gastos presentadas por el demandado y poder discutir aquellas partidas respecto de las cuales aparecieran pruebas que aparentemente las justificaban". Que "dichas pruebas se utilizaron erróneamente por el Tribunal para justificar con ellas los descargos del demandado". Que la inspección ocular nada demuestra, pues el juez no comprobó la existencia de partidas o comprobantes de gastos, ni "expresó concepto alguno sobre hechos o circunstancias que hubiera observado". Que violando el artículo 730 del C. J. esta prueba fue tenida en cuenta para justificar descargos del demandado, lo que da "lugar a un claro error de derecho, y aún a error de hecho manifiesto, pues dicha prueba no produce elemento alguno de juicio".

Que la prueba pericial tenía que fundarse en los datos de la inspección ocular a que iba anexa; que los peritos, como el demandado, se limitaron a presentar relaciones de entradas y salidas, pero sin documentación ni explicaciones; que "las partidas respectivas figuraban ya en las relaciones de entradas y gastos que forman los anexos de la rendición de cuentas"; que no se sabe si un gasto fue originado en un inmueble de la sucesión o de la sociedad en comandita; que "las partidas señaladas en el dictamen pericial no solamente carecen de pruebas, sino que tampoco fueron documentadas en su mayoría"; que no se sabe qué trabajo interno realizaron los peritos, pues no se traduce en el dictamen. Que fueron violados los artículos 721 y 723 del C. Judicial, al valorarse el dictamen pericial, ya que "carece de los requisitos legales que lo hacen admisible como prueba, pues no está fundamentado" y que "el demandado en el curso del juicio comprobó algunas partidas de gastos", pero que la inspección ocular y el dictamen de peritos "nada agregaron al resto de las pruebas".

Y la censura concluye así: "Al haberle dado valor al dictamen que no está fundamentado ni explicado, o por lo menos en aquellas partes en que no lo está, incurrió el Tribunal en error de derecho en la apreciación de esta prueba... incurrió asimismo la sentencia en error manifiesto de hecho al considerar documentadas las partidas que no lo están, aunque no tuvieran que estar plenamente probadas, y al aceptar como explicado y fundamentado un dictamen en aquellos puntos respecto a los cuales no hay ninguna documentación... Basta leer las partidas del dictamen que carecen de toda explicación para comprender que tales partidas no pueden aceptarse por el juzgador ni por ninguna persona razonable".

La Corte considera

A) Dejóse visto que el mandatario, cuando no ha sido relevado de ella, tiene la obligación de documentar las partidas importantes de su cuenta, y que documentándolas cumple con el deber que le impone el artículo 2.181 del C. Civil, sin que también pueda exigírsele que las compruebe plenamente.

Por tanto, como ya se explicó bajo el punto 6º, del despacho anterior, objetada una partida de aquellas por carecer de documento que la respalde, la carga de la prueba, para desbaratar la objeción, corresponde al mandatario que aún no ha cumplido con su deber de instrumentarla; mas si la objeción fúndase en causa distinta a la falta de documentación, entonces, la carga de la prueba, salvo las excepciones de ley, corresponde al objetante, pues no puede obligarse al mandatario a que demuestre las partidas importantes con pruebas distintas a los simples documentos indicados por el artículo 2.181 citado.

Del mismo modo quedó dicho bajo el punto 9º que la obligación de documentar las partidas importantes se satisface presentando las constancias escritas que las respalden, ya en el momento de presentar la relación de ingresos o egresos o con posterioridad al en que la partida fue objetada por falta de documentación.

Síguese de esto, para contestar el cargo de error de derecho formulado bajo la letra A), que ninguna norma de valoración probatoria se viola al permitir que las partidas importantes de una cuenta sean documentadas con posterioridad al momento en que las cuentas fueron rendidas, pues es claro que si una partida de aquellas fue objetada por falta de respaldo documental, aportando el escrito que le sirve de apoyo, la objeción se destruye, porque no se puede exigir prueba distinta a la que la ley exige y que consiste en respaldar en constancias escritas las partidas y no en probarlas plenamente.

Como la obligación legal no consiste en la demostración plena de las partidas importantes, sino en documentarlas, y no siempre, sino cuando no ha sido relevado de esa obligación, despréndese que no es constitutivo de error alguno el hecho de aceptar que la documentación se presente en el período probatorio o, en todo caso, con posterioridad al momento en que se presenta la relación pormenorizada de entradas y salidas.

En ningún pasaje de la sentencia impugnada afirmó el Tribunal que el demandado hubiera rendido sus cuentas debidamente documentadas desde cuando se entregó el escrito contentivo de las partidas que demuestran el movimiento de la gestión del mandatario, por lo cual no existe el fundamento del cargo.

Finalmente observa la Corte que el recurrente se limitó a denunciar una violación indirecta de ley sustancial, mas omitió decir si el quebranto se produjo por falta de aplicación o lo fue por aplicación indebida, suceso que también determinaría la improsperidad del cargo, pues la Corte no está facultada para elegir entre las distintas formas de infracción.

B) Denúnciase también, bajo la letra B), la comisión de un error de derecho consistente en que el fallador aceptó "partidas de descargo del mandatario no documentadas, explicadas ni aún individualizadas", como si fuere indivisible la confesión que entraña la relación de las partidas de ingresos y egresos, siendo que las salidas son hechos exceptivos que deben ser demostrados por el cuentadante.

Obsérvase, en primer término, que lo relativo a la indivisibilidad de la confesión es cuestión de hecho que sólo puede impugnarse alegándose error fáctico y no error de derecho, como lo hace el recurrente.

De otro lado, el ataque no indica, individualizándolas, cuáles fueron las partidas que, contrariando la ley, aceptó el Tribunal. Esta acusación en forma global no se ajusta a la técnica, e impide a la Corte entrar en el estudio por falta de demarcación del ámbito en que puede moverse. Además, se dejó dicho, que el cuentadante no está obligado a probar plenamente todas las partidas de su cuenta; su deber legal queda satisfecho con documentar las partidas importantes cuando no ha sido relevado por el mandante de esa obligación. De consiguiente, el aceptar partidas no documentadas, cuando estas no son de las que el fallador califica como importantes, no reviste ninguna infracción legal, lo mismo que aceptar las importantes que han sido documentadas, aunque no estén plenamente probadas. Igual cosa se predica de partidas, que aunque importantes y no documentadas, no fueron materia de objeción por el mandante.

Lo anterior indica que no existe el error de derecho denunciado bajo este literal.

C) En cuanto al error de hecho alegado bajo este literal, se observa que ninguno de esa naturaleza, que sea manifiesto, cometió el sentenciador "al aceptar como prueba de la rendición de cuentas el escrito en que ella se formula" y unos anexos en papel común, que, al decir del recurrente, "no constituyen documentación alguna de la cuenta, sino simples relaciones de entradas y gastos". Conviene repetir, como lo tiene sentado la jurisprudencia, que el mandata-

rio tiene la obligación de documentar las partidas importantes de su cuenta, aportando escritos que, prima facie, sirvan razonablemente para respaldarlas. Mas ese no es un requisito indispensable para la admisibilidad de las cuentas, desde luego que está previsto por la ley cómo el mandante, antes o después, puede relevar al mandatario de ese deber. Además no es imprescindible que la documentación tenga que presentarse con la relación de ingresos y egresos que se da en traslado al demandante; los documentos que deben respaldar las partidas importantes, como ya se vió, pueden aportarse posteriormente.

De otro lado, como la acusación se hace consistir en que se dio un valor de prueba documental, de que carecerían el escrito y los anexos que integran la rendición de cuentas, entonces la acusación debió formularse por error de derecho y no de hecho.

D) En cuanto al ataque consistente en que "en la medida en que la inspección ocular ha sido tenida en cuenta para justificar descargos del demandado, da lugar a un claro error de derecho y aún a error de hecho manifiesto, pues dicha prueba no produce elemento alguno de juicio", es necesario rechazarlo por falta de técnica en su formulación, ya que no pueden coexistir los dos errores respecto a una misma prueba y por un mismo motivo. Si la prueba de inspección ocular fue valorada por el sentenciador, así haya sido desacertado su juicio, es porque vio su presencia material en el proceso y por tanto, no pudo cometer error de hecho.

El mismo defecto técnico se le apunta al cargo de error respecto a la prueba de peritos, que el recurrente formula así: "Al haberle dado valor al dictamen en lo que no está fundamentado ni explicado, o por lo menos en aquellas partes en que no lo está, incurrió el Tribunal en error de derecho en la apreciación de esta prueba... Incurrió asimismo la sentencia en error manifiesto de hecho... al aceptar como explicado y fundamentado un dictamen en aquellos puntos respecto a los cuales no hay ninguna documentación".

Añádese que tampoco podría prosperar este cargo, por cuanto no se indica cuáles son las partidas que están sin documentar ni se las determina, y bien es sabido que el demandado no está obligado a la documentación de todas, sino de las que tienen carácter de importantes. Finalmente, el Tribunal, para aprobar las cuentas, no solo tomó en consideración los medios probatorios impugnados bajo este literal, sino otros que no fueron atacados, razón por la cual no puede prosperar el ataque, pues cuando una decisión descansa separadamente en varias pruebas, la impugnación eficaz de una no es suficiente para infirmar el fallo en virtud de que éste sigue sustentándose sólidamente en las otras no combatidas.

Por lo expuesto, resulta que este segundo cargo es ineficaz.

Tercer cargo

"Violación directa del artículo 2155 del Código Civil". Se funda en el motivo primero de casación.

En desarrollo de esta impugnación se dice que la violación alegada ocurrió porque el Tribunal no dedujo responsabilidad al demandado por "las multas, intereses y recargos" que la sucesión de don Gabriel Traad tuvo que pagar por incuria del demandado en el ejercicio del cargo. Que al no aceptarse el reclamo que los demandantes hicieron por este concepto, se permitió al demandado "cobrar a sus mandantes el valor de multas y recargos, debidos exclusivamente a su negligencia", pues tenía a su disposición dineros suficientes para hacer oportunamente los pagos de impuestos. Que fue su culpable demora la que originó el gasto por esos conceptos.

Se considera

Ha sido jurisprudencia constante de la Corte que el memorial de objeciones, cuando se torna en ordinario el juicio de cuentas, hace las veces de demanda, y que, por tanto, allí es donde están contenidas las peticiones del demandante, como se vio en el número 7, al despachar el cargo primero.

Pasada la etapa del traslado dentro del cual el comitente puede formular objeciones contra las cuentas, pues, de lo contrario, éstas se dan por aprobadas, no puede a su arbitrio formularlas, ya, por estar precluida la oportunidad para hacerlo y encontrarse trabada la relación procesal con el memorial en que el demadado no asiente a todas las objeciones o a parte de ellas.

Precisamente, en estas razones se fundó el Tribunal para no dar acogida a ese pedimento extemporáneo. En ningún paso de la sentencia dice el fallador que no haya existido culpa del procurador; su decisión se basó en que ese extremo no fue alegado en el escrito de objeciones, lugar que era el único oportuno para ello, y que, por tanto, no puede ventilarse en este juicio.

Consiguientemente, como no era dable aplicar el artículo 2.155 del C. Civil, pues no fue materia del juicio lo atinente a responsabilidad por culpa del mandatario, el cargo no prospera.

Cuarto cargo

"Violación indirecta del artículo 2155 del C. C. como consecuencia de errores de derecho y de errores manifiestos de hecho en la apreciación de las pruebas literal, especialmente de instrumentos y documentos públicos, y pericial".

Dice que el Tribunal desconoció el valor de los recibos de pago por concepto de "recargos, intereses y multa" (fls. 5, 17, 19, 29, 41, 53, 92, 101 y 103) del cuaderno de pruebas del demandado, y el de fl. 111, recibo número 40983 de 19 de julio de 1951; que al desconocer e ignorar esas pruebas, el sentenciador incurrió en errores de derecho en su apreciación, "ya que les desconoció su fuerza jurídica a la luz de los artículos 630 y 631 del C. Judicial en cuanto a la copia de la escritura pública, y 532 respecto de los demás documentos expedidos por funcionarios oficiales". Que también en error de hecho en la apreciación de aquellos documentos, pues el Tribunal desconoció tales pruebas, pues no las analizó, "prescindiendo la sentencia recurrida aún de referirse al cargo probado" con esos documentos.

La Corte considera

No se dice el motivo de casación en que este ataque se funda y se omitió precisar si la violación de norma sustancial se produjo por falta de aplicación o aplicación indebida. La Corte no tiene facultad para hacer esta elección. Obsérvese también que respecto a unas mismas pruebas y por el mismo motivo se acumularon censuras por errores de derecho y de hecho, que se oponen y se destruyen, como se dejó dicho antes.

Repítese que, como el escrito de objeciones a las cuentas rendidas hace las veces de demanda en la etapa ordinaria del juicio de cuentas, el sentenciador no puede resolver puntos que no le fueron sometidos allí, pues excedería sus facultades. Por tanto, las objeciones inoportunamente presentadas, como las contenidas en los alegatos de instancia, dejadas de formular en el escrito de objeciones, no pueden ser despachadas por el juzgador, pues su decisión no puede salirse del itinerario que le marcan la demanda y su respuesta.

Basta leer la sentencia recurrida para concluir que el Tribunal no solo no pasó por alto las pruebas dichas, ni les negó valor probatorio, sino que expuso con claridad la razón que le inhibe para entrar en el análisis del rechazo propuesto. Allí se lee: "En el alegato de fondo de primera instancia y en el presentado ante el Tribunal, el abogado demandante dice que no acepta como gastos legalmente hechos por el señor Julio A. Traad algunas partidas como por ejemplo, los recargos por mora en el pago de impuestos. Aclara la Sala que los puntos básicos de la decisión están contenidos en el memorial de objeciones, tal como lo prescribe la jurisprudencia de la Corte". "En consecuencia, las partidas no objetadas oportunamente, como sucede con la del recargo por mora en el pago de impuestos, no pueden ser materia de examen". (Fl. 18 vto. del cuaderno número 10).

No prospera el ataque, en consecuencia.

Quinto cargo

"Infracción directa de los artículos 1501, 1618, 1621 y de la primera parte del 2143 del Código Civil; interpretación errónea e indebida aplicación de la segunda parte del artículo 2143 y del artículo 2184 del mismo Código". Se funda en el primer motivo de casación.

Dice el recurrente que, en Roma y en la antigua legislación española, el mandato era esencialmente gratuito; que posteriormente se admitió que fuera remunerado, si había estipulación expresa. Que, en Francia, el mandato era naturalmente gratuito; que Don Andrés Bello introdujo una innovación al decir que podía ser gratuito o remunerado. Que algunos han creído que en Colombia ese contrato es naturalmente oneroso, porque a falta de pacto de gratuidad, se debe remuneración, tesis que sostuvo la Procuraduría General de la Nación en 1956 y que es acogida por el Tribunal de instancia.

Que el sentenciador declaró que el mandato es un contrato naturalmente oneroso, pues dijo en el fallo: "... del hecho de no haberse pactado esa estipulación no puede colegirse que los servicios del mandatario tenían que ser gratuitos, puesto que esto tampoco se acordó... Lo usual y corriente es que el mandato sea remunerado. Que, en consecuencia, el fallo acusado al considerar que pertenece a la naturaleza de todo mandato el ser oneroso o remunerado, violó directamente los artículos 1501, 1618, 1621 y la primera parte del 2143, todos del C. Civil, por infracción directa o falta de aplicación; y que por "interpretación errónea e indebida aplicación" fueron vulnerados los artículos 2143, en su segunda parte, y el 2184 del mismo código.

La Corte considera

Nótase, en primer término, que los artículos 1501, 1618, 1621 y 2143, acusados, no son normas de carácter sustancial, entendiendo por estas las que, en presencia de la situación fáctica que ellas mismas contemplan, declaran, crean, modifican o extinguen derechos subjetivos, o imponen obligaciones a las personas. El artículo 1501 enseña que, en cada contrato, son distintas las cosas de su esencia, las de su naturaleza y las puramente accidentales, y da la definición de cada una. Los artículos 1618 y 1621 consagran reglas para la interpretación de los contratos, y, finalmente, el 2143 preceptúa que el mandato puede ser gratuito o remunerado y que la remuneración, que puede ser fijada antes o después del contrato, se determina por la convención de las partes, por la ley o por el juez.

No obstante lo anterior, la denunciada falta de aplicación de esos preceptos no aparece configurada, pues como ya se dijo al despachar el primer cargo (punto 8º), la gratuidad no es de la esencia del mandato, ni lo es la remuneración, puesto que la ley permite pactar una u otra. En el mandato civil, cuando no existe la costumbre de remunerarse se entiende que es naturalmente gratuito, siempre que las partes no hayan pactado remuneración; pero, en cambio, en el mandato comercial y en el judicial, "es de la naturaleza la retribución", cuando no se ha celebrado pacto de gratuidad. También se dejó explicado allí que la remuneración, como lo establece la segunda oración del artículo 2143 del C. Civil, puede ser determinada por convención de las partes, anterior o posterior a la celebración del mandato.

Además, si el Tribunal, apoyándose en pruebas que obran en el proceso, dedujo que el mandato no había sido gratuito, sino remunerado, entonces la acusación debió formularse por la vía indirecta y no por la directa, como lo hizo la censura.

En cuanto a la acusación por "interpretación errónea e indebida aplicación" de los artículos 2143 y 2184, obsérvase que entraña una notoria contradicción y constituye una falta de técnica que conduce al fracaso de la impugnación. En efecto, si las citadas normas fueron interpretadas erróneamente, ello quiere decir que sí eran las aplicables al caso controvertido, pero

que el fallador les dio un sentido o un alcance de que carecen; y, en cambio, si las mismas fueron indebidamente aplicadas, quiere decir que se las empleó en su justo sentido y alcance, pero a un caso que no está regulado por ellas. Una cosa no puede ser y no ser simultáneamente; ello entraña violación del principio de contradicción. Por tanto, si las normas acusadas eran las llamadas a resolver el conflicto, al mismo tiempo no se puede afirmar que fueron indebidamente aplicadas.

Lo anterior indica que la censura no puede prosperar.

Sexto cargo

"Violación indirecta de los artículos 1501, 1618, 2143 y 2184 del Código Civil como consecuencia de errores de derecho y de errores manifiestos de hecho en la apreciación de las pruebas". Se funda en el motivo primero de casación.

Dice que el Tribunal, al sostener que "el mandato es siempre remunerado, salvo que la parte que sostiene la gratuidad la pruebe, infringió las normas sustanciales citadas y lo hizo violando las normas sobre pruebas, así:

a) Que violó el sentenciador "las normas sobre carga de la prueba" pues los demandantes no están obligados a probar la gratuidad del mandato; que por las circunstancias especiales de este juicio debiera corresponder al mandatario, más bien, probar la remuneración.

b) Que al establecer que el mandato se presume remunerado, salvo prueba en contrario, "la sentencia desconoce el principio de que la presunción debe ser legal, según el artículo 66 del Código Civil y el 661 del Código Judicial".

c) Que el Tribunal "desconoció todas las declaraciones hechas por el demandado en correspondencia con las partes y con terceros... y conforme a las cuales resulta que el mandato debía ser gratuito". Que, como dejaron de apreciarse todas aquellas cartas, el Tribunal "violó el valor que la ley le asigna a todo el haz probatorio en esta materia, y al dejar de tener en cuenta todas esas pruebas incurrió en error manifiesto de hecho. Tales errores llevaron, asimismo, a la violación de las normas sustanciales citadas".

La Corte considera

No puede prosperar un ataque por violación indirecta de la ley sustancial cuando fundándose en error de derecho, no se citan las normas de valoración probatoria que se estiman infringidas. Tal es lo que sucede en este cargo bajo las letras a) y c), y si de error de hecho se trata, es necesario determinar e individualizar las pruebas que echó de menos el sentenciador, no obstante su clara existencia en el proceso o cuáles supuso.

Añádese a lo anterior que para la prosperidad de un cargo por la vía indirecta se le exige al impugnante expresar en qué consiste la violación de la ley sustancial y especificar si el quebranto se produjo por falta de aplicación o por aplicación indebida.

Ninguno de aquellos requisitos llena el ataque, por lo cual el cargo no prospera.

Séptimo cargo

"Infracción directa de la primera parte del artículo 2182 del C. Civil y aplicación indebida del segundo inciso de la misma norma. Este texto se violó asimismo indirectamente como consecuencia de errores de derecho y de errores de hecho manifiestos en la apreciación de las pruebas". Se funda en el motivo primero de casación.

Dice el recurrente, después de transcribir el artículo acusado, que "el demandado hizo uso desde un principio de todos los dineros de la sucesión de don Gabriel A. Traad en su propia utilidad", dando como razón de esto el hecho de que, desde el comienzo, trasladó "los fondos de la sucesión a su cuenta particular"; que como nunca llevó cuenta corriente de la sucesión "pudo uti-

lizar libremente no sólo los saldos existentes al fallecimiento de su hermano, sino todas las entradas por frutos". Que "los gastos que realizó, sólo tuvo que hacerlos a medida que se causaban, y, aún así, dejó vencer los plazos para pagar impuestos". Que la sentencia para negar el reconocimiento de intereses, diciendo que sólo se deben a partir de la mora en entregar el saldo, invoca la norma del inciso 2º del artículo acusado, lo que determina su indebida aplicación", "ya que ella regula los intereses por saldos que el mandatario no ha tenido a disposición o no ha podido usar", y la falta de aplicación del primer inciso que obliga a pagar intereses de los dineros que haya empleado en utilidad propia.

Dice que el Tribunal "incurrió en errores de derecho y de hecho manifiesto en la apreciación de las pruebas, especialmente "la documental y la de confesión", que lo llevaron a desconocer que el demandado utilizó los dineros de la sucesión en su propia utilidad. Que en carta que, en fotocopia, obra en el cuaderno principal, dice él que no tomó dineros en préstamo, sino que los traspasó "a su cuenta particular como depositario responsable... a fin de proteger los intereses de los herederos..." (fl. 84), y agrega que "no entregó los dineros a los herederos porque no habían venido a reclamarlos" (fls. 85). Que al responder la pregunta duodécima del pliego de posiciones sólo menciona haber entregado a los herederos unos dólares, "pero no la entrega de suma alguna en moneda colombiana". Que el hecho de no poder enviar dólares al exterior "no lo inhibía para poner los dineros de los demandantes en inversiones productivas que produjeran frutos, los cuales, a su turno, habían podido capitalizarse".

Dice que la jurisprudencia ha establecido que el mandatario es responsable si los bienes que administra no producen utilidad. Que aquí no se exige una responsabilidad contractual sino la condena al pago de intereses por haber usado el mandatario en su provecho los dineros de los mandantes. Que, en fin, "la sentencia desconoció las pruebas que demuestran claramente que las partes no entendieron pactar un mandato remunerado".

La Corte considera

Simultáneamente y en este mismo cargo denúnciase violación directa e indirecta del artículo 2182 del C. Civil, lo que es contradictorio a todas luces, pues, en tratándose de un quebranto directo, necesariamente supónese que existe conformidad del censor con el análisis que de la prueba hizo el Tribunal; de consiguiente, existiendo aquella consonancia de criterio que es presupuesto de la denuncia por violación directa, no puede al mismo tiempo atacarse la apreciación que de las pruebas hizo el Tribunal, para formular consecuencialmente una impugnación por la vía indirecta, en la cual el quebranto de ley sustancial resulta siempre a través de falta de apreciación o de apreciación errada del material probatorio. Por el solo aspecto anterior, el cargo no podría prosperar.

Igualmente nota la Corte, que respecto a un mismo punto y a una misma prueba, denunciáronse errores concomitantes de hecho y de derecho, los que no pueden coexistir, pues la ocurrencia del uno impide la existencia del otro, circunstancia que propicia también la improsperidad del ataque. Obsérvese, así mismo, que el recurrente no explicó en qué consiste el alegado error de hecho, ni demostró la contraevidencia que, en tratándose de errores de facto, debe demostrarse siempre. Finalmente, y aunque fueron debidamente determinadas las dos pruebas que se dicen mal apreciadas, es necesario apuntar que, no obstante haberse denunciado la comisión de error de derecho, la censura no menciona una sola norma de preceptiva probatoria que haya sido violada, y es bien sabido que, para que en este evento, triunfe la impugnación, requiérese también la cita de las disposiciones de esa índole que constituyen la violación medio y explicar en qué consiste ese quebranto.

Todo lo anterior induce al rechazo de este último ataque.

Cargos formulados por el demandado

Dos cargos formula este recurrente, ambos dentro del motivo primero de casación; el uno por la vía indirecta y el otro por la directa, aquel por errores evidentes de hecho que determinaron la falta de aplicación de ley sustancial, y el segundo por infracción directa o falta de aplicación. La Corte entrará únicamente en el análisis del primer cargo, por encontrarlo fundado.

Cuatro errores de hecho alega el recurrente y dice "que se originaron en falta de apreciación de las pruebas oportunamente determinadas y condujeron al Tribunal a violar indirectamente, por indebida aplicación, los arts. 2183 del C. C., porque hizo responsable al mandatario de lo que no recibió; 382, numeral 3º del C. de Co. por cuanto en lo relativo al depósito de dólares si se considera como acto de comercio obliga al mandatario a reintegrar un saldo que no resulta a favor del mandante, pues ya les fue entregado; 395 del C. de Co. porque los demandantes y mandantes no tienen el derecho al reintegro de dichos dólares por igual razón; 540 ibídem en cuanto no se aprobaron las cuentas de don Julio Traad como liquidador de la sociedad Gabriel A. Traad y Cía., en lo pertinente a los dólares depositados en el National City Bank de Nueva York, no obstante estar acreditado que se entregaron en la parte correspondiente a los demandantes y por tanto no existir la partida en el momento de rendir aquellas; 2157 del C. C. por igual motivo respecto a la calidad de mandatario de dicho señor en el juicio de sucesión de Gabriel A. Traad y administrador de bienes de los actores".

Que el primer error de hecho evidente, de los cuatro que denuncia, consiste en que el Tribunal no consideró el dictamen pericial que obra a fs. 137 a 145 del cuaderno del demandado, en el que los expertos, de común acuerdo, afirman que al morir Gabriel A. Traad tenía un depósito en el National City Bank de Nueva York de 7.831,37 dólares, y dicen que "esta suma no fue registrada en los libros de contabilidad ni tampoco aparece en las declaraciones de renta y patrimonio, pero según carta del First National City Bank Nº SCD-3, cuya fotocopia adjuntamos a este informe, fue distribuída entre los herederos del finado Gabriel A. Traad Z. en la proporción correspondiente... "Que este dictamen se solicitó y decretó oportunamente, para inspeccionar los libros y declaraciones de renta del finado y de la sociedad que llevaba su nombre, y dictaminar, entre otros puntos, "si la cuenta presentada en 13 de diciembre de 1951 y sus anexos corresponden a las partidas contabilizadas en dichos libros". Que el dictamen acredita, conforme al artículo 722 del C. J., que la cantidad en dólares echada de menos en la 3ª objeción, si bien existió en una fecha determinada, fue entregada a los demandantes, y en todo caso que los actores la recibieron, no obstante lo cual la exigen de nuevo, de modo que al mantenerse la orden de la sentencia acusada se produciría un verdadero empobrecimiento también sin causa del grupo demandante". Que el Tribunal no tuvo en cuenta el dictamen ni siquiera para desecharlo, pues, en ese aspecto, únicamente se fundamentó en que la carta del National City Bank "no es prueba porque está escrita en idioma inglés, porque no es auténtica y porque no se adujo al proceso en las oportunidades del art. 597 del C. J.". Que no era indispensable que los peritos hubieren aportado esa carta, así como no presentaron los libros de contabilidad y otros documentos, "pues eran materia del dictamen".

Que en un segundo error de hecho manifiesto incurrió el sentenciador al pasar por alto la ampliación del dictamen pericial que obra a fl. 34 del cuaderno referente a la acción exhibitoria, de donde surge con plenitud demostrativa que el saldo en dólares no podía figurar como activo al rendirse las cuentas, pues ya había sido repartido entre mandantes y mandatario, en proporción a sus derechos hereditarios; que los peritos en esta ampliación dijeron: "En cuanto al saldo del National City en la ciudad de Nueva York, que no figura en los libros de contabilidad de Gabriel A. Traad ni en sus declaraciones de renta y patrimonio puede comprobarse con la car-

ta SCD-3, cuya fotocopia aparece en el expediente".

Que un tercer error de hecho manifiesto se presenta en la sentencia recurrida al no haberse tenido en cuenta la carta del señor James W. Jobe (fs. 87 y ss. del cuaderno principal), apoderado de todos los demandantes, en la que confiesa con poder para ello que los dólares depositados en el National City Bank fueron distribuídos en junio de 1952, por el citado banco y en proporción a los derechos de cada uno.

Que un nuevo error surge de no haberse visto por el sentenciador la pregunta octava del pliego de posiciones, que absolvió el demandado el 11 de agosto de 1960 ante el juez 2º civil del Circuito de Barranquilla (fs. 5 vto. del cuaderno de pruebas del demandante), en la que los demandantes confiesan el hecho de la previa repartición de los dólares que estaban depositados en el National City Bank de Nueva York. Que esta pregunta "fue ignorada por el Tribunal y constituye el reconocimiento de la distribución de los dólares que no puede aceptarse por partes (C. J. art. 609), por lo cual comprende lo desfavorable, o sea la totalidad de la distribución".

La Corte considera

De la simple lectura de la sentencia acusada, se deduce indudablemente que el sentenciador pasó por alto tanto el dictamen pericial que obra a fs. 137 a 145 del cuaderno de pruebas del demandado, como la ampliación que se encuentra a fs. 34 del cuaderno referente a la acción exhibitoria. El Tribunal afirma el recurrente, al no ver estas pruebas, las que no tuvo en cuenta ni siquiera para desecharlas, cometió el error de hecho denunciado.

El artículo 722 del C. Judicial, estatuye que es plena prueba el dictamen uniforme de dos peritos sobre los hechos sujetos a los sentidos y también sobre lo que expongan según su arte, profesión u oficio, sin lugar a la menor duda, como consecuencia de aquellos hechos. No es necesario, como lo pretende el opositor, que los hechos, en que los peritos estriban su dictamen, hayan sido constatados en la diligencia de inspección ocular, cuando el peritazgo se pidió como prueba anexa a la vista judicial. Sobre el particular, la Corte, en sentencia de 6 de febrero de 1965, aún no publicada en la Gaceta, dijo: "Es claro que el dicho artículo 730 del C. J. no entraña la consecuencia de que lo que no conste en el acta de inspección no pueda probarse por otros medios adecuados, entre estos el propio dictamen de los peritos de que para aquella diligencia se asesoró el Juez, todo lo contrario, pues precisamente el concurso de los técnicos tiene entonces por objeto esclarecer, precisar o ilustrar las cuestiones en relación con las cuales se verificó la inspección judicial misma".

Cabe observar que los peritos que rindieron el dictamen y la ampliación referidos, tienen el título de contadores públicos juramentados. A fs. 137 del cuaderno de pruebas del demandado, aquellos dicen:

"En cumplimiento de nuestro cometido estuvimos en la oficina del señor Julio A. Traad Z. donde a nuestro requerimiento nos fueron entregados los libros de contabilidad y demás documentos pertinentes, elementos que hemos examinado cuidadosamente, para rendir el dictamen requerido...".

En la ampliación, a fs. 34 del cuaderno correspondiente a la acción exhibitoria, los peritos, que también son contadores públicos juramentados, dicen:

"Hemos contestado todas las preguntas que nos fueron formuladas y en nuestro informe se indican las fuentes que nos sirvieron de base para formar nuestra opinión. Las normas de auditoría universalmente aceptadas, indican al Contador Público el procedimiento que debe seguir para el fiel cumplimiento de sus funciones y sólo a ellas y a las normas de ética debe ajustarse, no a las sugerencias de profanos en la materia... al contestar el cuestionario que nos fue sometido no solo hicimos las pruebas elementales a que se refieren los demandantes sino muchas otras a

que nos obligan las normas de conducta de nuestra profesión y los procedimientos mínimos de auditoría universalmente aceptados". Y agregan: "En cuanto al saldo del National City Bank en la ciudad de New York, que no figura en los libros de contabilidad de Gabriel A. Traad ni en sus declaraciones de renta y patrimonio, puede comprobarse con la carta Nº SCD-3, cuya fotocopia aparece en el expediente".

Resulta de lo anterior que el dictamen de los peritos, en aquel aspecto, por referirse a hechos de su profesión de contadores públicos y por estar debidamente fundamentado, como se dejó visto, no podía dejarse de apreciar por el sentenciador de segundo grado, sin incurrir en un error evidente de hecho.

Por tanto, prospera el cargo, lo que obliga a la casación de la sentencia y a dictar la de reemplazo, a lo cual se procede con base en las siguientes consideraciones:

1ª Desde el momento mismo en que el mandatario demandado contestó el memorial de objeciones, afirmó el hecho de que a los demandantes se les había entregado por The National City Bank de Nueva York el cincuenta por ciento (50%). Ninguna gestión hicieron aquellos para demostrar lo contrario, si disentían de aquella afirmación. Si, en verdad no se hubiera hecho la distribución de esos dólares en la forma dicha, fácil hubiera sido a los demandantes demostrar que ese saldo estaba aún en el Banco apuntado o que había sido repartido de una manera distinta a la aseverada por el mandatario.

2ª Observa la Corte que era a estos a quienes correspondía la prueba de tal distribución, pues la existencia de esos dólares se probó inicialmente sólo con la confesión del demandado quien al contestar la tercera objeción dijo:

"El saldo en dólares en el National City Bank de Nueva York fue repartido entre los herederos, habiendo recibido los demandantes el 50% que les correspondía directamente del mismo Banco". (fs. 59 vto. del cuaderno principal). Esta confesión judicial que, a golpe de ojos, es indivisible, no fue infirmada en todo el proceso, y antes bien fue respaldada por el dictamen pericial, como se dejó visto.

De lo expuesto resulta la prosperidad del cargo y el fundamento para la sentencia de reemplazo en la parte que será casada la del Tribunal.

En mérito de lo dicho, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de diez y ocho (18) de diciembre de mil novecientos sesenta y cuatro (1964), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla dentro del juicio ordinario de rendición de cuentas promovido por William A. Traad, Lulú Traad, Atta y Selma Traad Naar contra Julio A. Traad Z. y como Tribunal de instancia CONFIRMA la de primer grado dictada por el Juzgado 3º Civil del Circuito de Barranquilla el 14 de julio de mil novecientos sesenta y cuatro (1964), pero con la reforma de que el reintegro ordenado se hará a la sucesión de Gabriel A. Traad y no a los demandantes.

Las costas del recurso de casación corren a cargo de éstos.

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

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

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

FILIACION NATURAL

Coadyuvancia. — Facultades del coadyuvante en el proceso. — Capacidad jurídica y capacidad legal; capacidad para ser parte y capacidad procesal. — Guardas: Tutela y curatela. — Curaduría de bienes: No confiere la representación extrapatrimonial del propietario.

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

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

(Aprobado según Acta número 8 de fecha primero de febrero de mil novecientos setenta y uno).

Se decide el recurso de casación interpuesto por Efraín Dallos Córdoba, como coadyuvante del demandado, contra la sentencia del 9 de octubre de 1968 dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio ordinario instaurado por Blanca Imelda Peña de Alvarez contra Abelardo Dallos Córdoba.

II

El litigio

1. Mediante libelo del 31 de mayo de 1966 Blanca Imelda Peña de Alvarez demandó ante el Juzgado Décimo Sexto Civil Municipal de Bogotá a Abelardo Dallos Córdoba, "representado por la señora Socorro Jaime de Dallos, en su condición de curadora de bienes y en consecuencia como representante legal", para que se declare que la demandante es su hija natural para todos los efectos legales y se ordene la anotación de ello en la correspondiente partida de nacimiento.

2. Los hechos que la demanda invoca como constitutivos de la causa petendi, quedan sintetizados en los siguientes:

Que Blanca Imelda Peña de Alvarez, nacida en Belén (Boyacá) el 7 de abril de 1934 y bautizada en la Iglesia Parroquial de esa localidad en junio siguiente, es hija natural de Helena Peña, como consta en su acta de nacimiento; que es igualmente hija natural de Abelardo Dallos Córdoba como lo acreditan varios escritos provenientes de éste contentivos de confesión inequívoca de la paternidad, además de que el demandado la ha tratado en tal condición, ha proveído a su subsistencia, educación y establecimiento y la ha presentado a sus deudos y amigos como hija suya, todo ello durante un período mayor de diez años; que en virtud de ignorarse la residencia del demandado porque se encuentra ausente de su domicilio, el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Bogotá le designó curadora de bienes a su esposa Socorro Jaime de Dallos; y que, —dice la demanda— en razón al cargo de que se invistió la cónyuge es la representante legal del ausente demandado.

3. Oportunamente la curadora Jaime de Dallos, que limitó su actividad en el proceso a este único acto, ya que con posterioridad a él asumió una conducta totalmente pasiva, contestó la demanda negando algunos de los hechos en ella invocados, dijo que estaría a lo que se demostrara en relación con otros; y finalmente expresó: "me opongo a las pretensiones de la demandante, solicito desde ahora sentencia desestimatoria y condena en costas a la actora".

Con la inicial oposición de quien fue citada como representante legal del deman-

dado se adelantó el trámite del juicio, en el cual, cuando se había surtido el término probatorio, con base en el artículo 233 del C. J. y a instancia suya, se reconoció a Efraín Dallos Córdoba derecho a intervenir en el proceso para "defender la causa del demandado", en su calidad civil de hermano legítimo de éste.

4. Concluyó la primera instancia del juicio con fallo de 20 de septiembre de 1967, mediante el cual el Juzgado del conocimiento resolvió:

"1º Declárase que la señora Blanca Imelda Peña de Alvarez, nacida en Belén (Boyacá), el 7 de abril de 1934, es hija natural del señor Abelardo Dallos Córdoba.

"2º En firme la presente sentencia, ordénase tomar nota del estado civil de la señora Blanca Imelda Peña de Alvarez en la margen de la partida de bautismo de la misma, conforme se dispone en el Decreto número 1003 de 1939.

"3º Condénase en costas a la parte demandada".

Por apelación interpuesta por el coadyuvante el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el que, con el salvamento de voto de uno de los Magistrados integrantes de la repectiva Sala de Decisión, profirió la sentencia de 9 de octubre de 1968, por la cual se confirmó la apelada y se condenó en costas al apelante, quien interpuso contra dicho fallo el recurso de casación.

III

Cuestión previa

1. Plantea el opositor, primera y principalmente, el punto referente a la admisión del recurso extraordinario, pues en su sentir estuvo mal admitido y en consecuencia solicita que se declare improcedente, por falta de interés legítimo del impugnador, ya que, dice, dado su carácter de coadyuvante no puede ejecutar actos procesales que su coadyuvado no ejercitó.

Sobre la base de que, como lo ha sostenido esta Corporación, el auto que admite el recurso de casación, por no tener fuerza vinculante, es susceptible de revisión aún después de ejecutoriado, entra la Corte a reconsiderar tal cuestión, no porque estime ilegal ese proveído, sino en procura de fundamentos para el rechazo que habrá de darse a la pretensión ahora deducida por este litigante.

2. Ha sostenido la jurisprudencia nacional, interpretando el contenido del artículo 523 del Código Judicial, que el derecho a interponer el recurso de casación sólo corresponde a la persona que, teniendo la calidad de parte en el juicio, haya sufrido agravio con la sentencia. Pero como en el campo del derecho procesal la expresión "parte" es genérica, ella requiere, a efecto de precisar su real significado, algunas consideraciones sobre su alcance.

3. La doctrina del derecho universal se ha ocupado intensamente, dentro de la teoría general del proceso, de determinar la posición que las partes han de tomar en él. Se dice que en tratándose de juicios contenciosos, para el desarrollo de la relación, es necesaria la presencia cuando menos de dos personas que ordinariamente asumen en ella posiciones antitéticas: el demandante y el demandado. Siendo aquel el sujeto que propone la demanda incoativa del proceso, y éste la persona contra la cual es propuesta, adquieren, por ese solo hecho la calidad de partes iniciales en el juicio.

4. Quienes in limine son terceros en la relación procesal, pueden, sin embargo, intervenir en ella 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 ella el interviniente no se limita a mediar en la causa 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 ellos o con interés común a aquel o a éste, lo cual le apareja una legitimación principal en el proceso y por ende facultad 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 pretensión 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 ella porque sabe que la derrota de la parte que coadyuva viene a repercutirle 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 ellos 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 con la parte a cuya pretensión adhiere, sino que puede llegar también 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 con ella" (Derecho Procesal Civil, Tomo III, pág. 39, 3ª Edición). En el mismo sentido se expresan Enrico Redenti, Piero Calamandrei, Manuel de la Plaza y Eduardo Couture, cuyas citas omite la Corte por razones de brevedad.

Para Leo Rosenberg, 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 ella 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 solo 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, en fin, realizando un acto procesal que, in abstracto, no se opone al interés de éste que se discute en el juicio.

9. De todo lo anteriormente expuesto resulta que el auto que admitió el recurso de casación, interpuesto en este juicio por Efraín Dallos Córdoba, como coadyuvante del demandado Abelardo Dallos Córdoba, es legal; y que, por tanto, debe la Corte entrar a la consideración de dicho recurso.

III

La sentencia del Tribunal

1. Luego de reconocer en el juicio interés jurídico al apelante, con base en ser hermano legítimo del demandado, y de encontrar por consiguiente bien concedida la alzada, entra el Tribunal a considerar la personería adjetiva del demandado, la que halla legítima, pues que en sentir del sentenciador el curador de bienes del ausente es el representante legal de éste, y por ende quien lo debe representar en todos los juicios en que figure como parte, sin consideración a la cuestión patrimonial o extrapatrimonial que en ellos se controvierta.

2. Como fundamento de su conclusión el fallador, después de citar los artículos 1.505 y 62 del Código Civil, en cuanto define y clasifica la representación, el primero, y atribuye al curador el carácter de representante legal, el segundo, dice que "no puede sostenerse que la disposición que se acaba de transcribir se refiere únicamente a los curadores generales, puesto que como el artículo 62 del C. C. no hace distinción alguna, ni en su letra ni en su espíritu, entre curadores generales, adjuntos y especiales, el intérprete no puede distinguir entre unos y otros para sostener que solo los primeros tienen la calidad de representantes legales; distinción que constituiría un absurdo, porque llevaría a concluir que los otros curadores son representantes convencionales, ya que la representación solo tiene por fuentes la voluntad y la ley".

Agrega el ad-quem, previa transcripción del artículo 96 del C. C., que si de acuerdo con esta disposición "representan al desaparecido, durante el período de la ausencia, sus representantes legales, debe admitirse que, en la Legislación Colombiana, el curador de bienes representa al ausente en toda clase de actos —procesales y materiales— en que éste deba intervenir, pues, dicho curador es un representante legal y como sus funciones no fueron limitadas, en cuanto a la representación, como sí lo fueron en cuanto a la administración del patrimonio, debe admitirse que el señor Abelardo Dallos Córdoba debía ser citado a este juicio por conducto de Socorro Jaime de Dallos, por tener ésta la calidad de curadora de bienes de aquel".

También observa el Tribunal, comentando el contenido del artículo 578 de la misma obra, que si esta norma estatuye que está a cargo de los curadores de bienes "el ejercicio de las acciones y defensas judiciales de sus respectivos representados", no es dable hacer caso omiso de los claros términos en que dicho texto se halla concebido, para restringir la función representativa de estos guardadores únicamente a los procesos referentes a los bienes del ausente.

Advierte además el fallador que es el mismo espíritu de la institución sobre curadurías de bienes, el que también permite sostener que tal clase de curatelas encarna una representación legal general, puesto que, dice, "si de acuerdo con el artículo 561 del Código Civil se requiere que el ausente no haya dejado un procurador general para que haya lugar a nombrarle un curador de bienes, éste debe tener las mismas facultades de aquel en cuanto a representación procesal se refiere y como el apoderado general actúa en los juicios en que deba intervenir su poderdante, el curador de bienes tendrá la misma función respecto del ausente".

3. Enseguida pasa el Tribunal a estudiar la pretensión deducida en la demanda, encontrando acertados, por lo cual los prohija, el análisis y la valoración que el a-quo hizo de la prueba testimonial incorporada al proceso, la cual acredita la posesión notoria del estado civil de hija natural que alega la demandante.

Nota además que los certificados del Administrador de Impuestos Nacionales de Bogotá que se allegaron al juicio con la demanda, "según los cuales Abelardo Dallos Córdoba solicitó en sus declaraciones de renta y patrimonio correspondientes a los años de 1958, 1959, 1960, 1961 y 1962 una

exención por su hija Blanca Dallos, como persona a cargo", pueden tenerse también "como un dato indicativo de la ayuda que le prestaba el demandado a la demandante en consideración a la paternidad reclamada".

IV

La demanda de casación

1. Contra la sentencia de segundo grado se formulan tres cargos, el primero con fundamento en la causal 4ª del artículo 52 del Decreto 528 de 1964, y los dos restantes dentro del ámbito de la causal 1ª.

Cargo primero

2. Estima el recurrente que el proceso se halla viciado de nulidad por ilegitimidad de personería, vicio que hace consistir en que Abelardo Dallos fue citado al juicio representado por persona que carece de representación procesal para comparecer en su nombre, Socorro Jaime de Dallos, que no es mandataria ni la representante legal suya, sino simplemente curadora de los bienes de quien ha sido declarado ausente.

3. En desarrollo del cargo dice el acusador que el Tribunal consideró al ausente demandado, erradamente puesto que no lo califica así la ley positiva, como persona incapaz, y que sobre esta premisa falsa aplicó el artículo 240 del Código Judicial para deducir que el demandado ha comparecido en el juicio conforme lo ordena dicho precepto.

Y después de sostener, apoyándose en citas doctrinarias y jurisprudenciales, que la masa de bienes del ausente constituye un patrimonio que puede ser parte de una relación procesal, advierte que en ella el curador actúa no en nombre ajeno ni en nombre propio sino en virtud de la calidad de que está investido. "Por tanto, —dice— su gestión no puede entenderse sino por razón de los bienes que el curador administra, o sea que está excluida para las cuestiones de orden jurisdiccional que no versen en el patrimonio, sino que pertenecen a otra categoría cuales son las referentes al estado civil, como las acciones de filiación natural, por ejemplo.

"Lo que quiere decir —continúa el censor— que el presupuesto procesal capacidad para comparecer en juicio o legitimatio ad processum no es regular si se demanda a dicho curador, como en este caso sucedió, en acciones de tal índole, y se origina conforme al artículo 448, numeral 2º del C. J., ilegitimidad de personería".

4. Se detiene luego en el estudio de la naturaleza jurídica de las curatelas de bienes, concretando sus consideraciones a la de los del ausente, para afirmar, con fundamento en los conceptos que sobre la materia exponen los comentaristas del derecho civil, especialmente los chilenos, que dadas las peculiares características de ellas no pueden extenderse a los curadores respectivos ni el cuidado personal, ni la representación judicial, que en su orden consagran los artículos 430 y 480 del C. C. para los guardadores generales.

V

El alegato de oposición

1. En extenso escrito, el opositor, después de suplicar la abstención de la Corte para decidir en el fondo el recurso de casación, pues que en su sentir fue indebidamente admitido, pasa a refutar los cargos formulados a la sentencia del Tribunal.

2. Acerca del primero, concretado a la causal de nulidad por ilegitimidad de personería, advierte, después de citar algunas jurisprudencias de esta Corporación sobre la materia, que como la persona del coadyuvante, la única que ha interpuesto el recurso, no es la misma persona demandada como presunto padre natural, que es la que se dice mal representada, no es el litigante llamado a utilizar esa garantía que la ley reconoce exclusivamente para el mal representado, y que, como personal, no es comunicable a los demás litigantes.

3. Nota luego que las curadurías, aún las de bienes, son instituciones que no pueden desvincularse "del centro o eje de las relaciones y situaciones jurídicas, a cuya regulación y protección proveen las leyes, que es la persona"; que por

que forma parte integrante del Libro Primero del Código Civil, en el cual se reglamenta la administración de los bienes de determinadas personas, no porque la ley los considere como res nullius o res derelictae, sino en cuanto respecto de esos bienes "hay derechos que no pueden ser ejercidos por sus dueños, por incapacidad legal, como en el caso del menor o por incapacidad simplemente física, como en el caso del ausente".

Agrega que cuando el artículo 428 del Código Civil define las guardas lo hace en forma genérica, comprendiendo, por consiguiente, "todas las especies de curadurías, pues que todas ellas, aún las de bienes, están ordenadas a la protección de las personas con derechos sobre los bienes, ya que esta protección más que a los bienes en sí mismos, aisladamente de sus dueños, se dirige a éstos, respecto de esos bienes y de su patrimonio, en general". Dice además que como la curaduría de bienes del ausente no puede entenderse al margen de la persona a cuyo favor está orientada, a ella se debe aplicar la representación legal que consagra el artículo 480 del C. C., por tratarse también de una guarda de carácter general, en primer lugar, y en segundo término, porque el artículo 578 ibídem, que es norma especial para esta clase de guardas, dispone que "toca a los curadores de bienes el ejercicio de las acciones y defensas judiciales de sus respectivos representados".

De estos planteamientos deduce el opositor al recurso que el Tribunal interpretó y aplicó correctamente las disposiciones legales en que fundó su fallo, al considerar a la curadora de bienes del demandado ausente como representante suyo para estar en juicio a su nombre, "porque el artículo 62 del Código Civil da carácter de representante legal de una persona al curador, sin limitar expresamente ese carácter a determinada especie de curaduría o sin privar expresamente de ese carácter al curador de los bienes del ausente".

VI

Consideraciones de la Corte

1. El Código Civil distingue la capacidad jurídica de la capacidad de hecho, siendo la primera la aptitud que corresponde a toda persona para ser sujeto de derechos y obligaciones; y la segunda en la habilidad que la ley le reconoce para intervenir en el comercio jurídico, por sí misma y sin el ministerio o autorización de otras. Por cuanto el proceso no es más que un tipo particular de intervención jurídica, estas dos nociones se proyectan del derecho sustancial al derecho procesal, en el cual reciben los nombres de capacidad para ser parte y capacidad procesal, respectivamente

La primera, que consiste en la capacidad para ser sujeto de una relación procesal, corresponde a las personas, naturales o jurídicas; la capacidad para comparecer en juicio, que se traduce en la aptitud para ejecutar y recibir con eficacia todos los actos procesales, se identifica con la capacidad legal del derecho civil, y como tal solo la tienen las personas que sean legalmente capaces.

Así como la capacidad sustancial que en general tiene toda persona no implica su habilidad para usar de ella en forma personal y libre, así también su capacidad para ser parte en un proceso no implica que siempre pueda intervenir en el juicio de manera personal y directa. Pero aquí como allá imperan los mismos principios generales: es capaz para comparecer en juicio toda persona que la ley no haya declarado incapaz; y quienes sean incapaces procesalmente, comparecen en juicio por intermedio de sus representantes legales (arts. 230 y 240 del C. J.).

2. El ausente mayor de edad no es, por el solo hecho de haber desaparecido del lugar de su domicilio sin que se tenga conocimiento de su paradero, un incapaz legal, puesto que no lo cita como tal el artículo 1.504 del Código Civil, ni norma especial alguna le atribuye ese carácter. No es, por consiguiente, persona que deba estar sometida a representación legal mientras no se desvirtúe la presunción de capacidad que lo ampara. Por ello, y en virtud de que aún

cerle aptitud para ser parte en un proceso, ni capacidad para actuar en él: solo que, por razones de orden puramente material o físico, en los juicios en que figure como demandado, el juez deberá, previo emplazamiento, designarle un curador para el litigio, que es la forma de citar a los demandados inciertos o a aquellos cuya residencia se desconoce, según lo preceptuado por el artículo 317 del Código de Procedimiento Civil.

3. En orden a velar por los intereses de los incapaces el legislador coloca estos sujetos al cuidado de ciertas personas, a las cuales inviste de atribución para actuar en su nombre, y a quienes llama "representantes legales". Así, según lo imperado por el artículo 62 del Código Civil, la representación del hijo de familia la lleva el padre o madre respectivo; y la del pupilo, el tutor o el curador correspondiente.

4. Las guardas son, según las disposiciones que integran el Título XXIII del Libro I del Código Civil, de varias clases, que es preciso conocer a fin de determinar en cuáles va anexa la facultad representativa del pupilo.

Las guardas se clasifican en tutelas y curadurías. Corresponden las primeras a los impúberes; están sometidos a curatela general los menores adultos, los dementes, los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito, y los pródigos en interdicción (arts. 431 y 432 del C. C.). Pero al paso que la tutela es siempre de carácter general y como tal mira al cuidado de la persona y al de los bienes del incapaz, siendo por tanto de un solo tipo, la curaduría en cambio, según la extensión de las facultades del guardador, es de dos clases: general y especial.

La curatela general se caracteriza porque confiere al guardador simultáneamente la representación del pupilo, la administración de su patrimonio y el cuidado de su persona. Las demás formas de curadurías no se refieren directamente a la persona del pupilo sino solo a su patrimonio, o a parte lado de su actividad jurídica (arts. 428, 430, 431, 432, 433 y 435 del C. C.).

5. Dentro de estas guardas especiales emergen con perfiles propios e inconfundibles las llamadas "curadurías de bienes", las que, como su nombre lo indica, no se refieren a la guarda de las personas, dueñas actuales o eventuales de un patrimonio, sino principalmente a los bienes de éstas. Dado el objetivo propio de esta guarda especial, el curador de bienes tiene también reducidas las facultades administrativas que corresponden al guardador general, y limitadas, en principio, a los actos de mera custodia y conservación de los bienes que se le han entregado.

No es permisible sostener, como lo pretende el opositor al recurso, que al curador de los bienes del ausente corresponde "representar o autorizar al pupilo en todos los actos judiciales y extrajudiciales que le concierman", atribución general que para los guardadores consagra el artículo 480 del Código Civil; porque tratándose de una curaduría especial, en la determinación de sus efectos deben regir preferentemente las modificaciones consignadas en las disposiciones especiales, según las claras voces del artículo 429 ibídem.

Contribuye a advertir la inexistencia de representación extrapatrimonial en el caso de los curadores de bienes, lo estatuído por el artículo 580 del C. C. Porque si según esta norma tales curadurías terminan "por la extinción o inversión completa de los mismos bienes", siempre que el hecho ocurra cesarán las funciones del curador y consiguientemente no podrá continuar actuando en esa calidad en los procesos en curso, ni en los que posteriormente se adelanten.

Comentando el sentido y el alcance de los artículos 487 y 490 del Código Civil Chileno, —iguales en su contenido a los artículos 575 y 578 del Código Colombiano—, dice Luis Claro Solar: "el curador de bienes ejerce únicamente ciertas facultades que la ley le confiere y que llevan anexa la representación del propietario de los bie-

presentación es necesaria para la ejecución del acto y para evitar los perjuicios que la falta actual de propietario pudiera ocasionar al mismo patrimonio y a terceros. En el momento en que se ejecuta un acto dado, el cobro del crédito, por ejemplo, el ausente puede haber fallecido, se ignora quién es el heredero que aceptará la herencia, la criatura que está en el vientre materno puede no llegar a existir, pero el acto se ejecuta en provecho del dueño de los bienes, en definitiva en virtud del mandato legal que la ley confiere al curador, persiguiendo el interés social de que los bienes no permanezcan abandonados y de que las riquezas que representan económicamente no se pierdan para la sociedad. En este sentido figurado ha hablado la ley de sus respectivos representados en los artículos 487 y 490" (Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, Tomo V, pág. 213).

6. La curaduría de bienes del ausente puede estar relacionada con la presunción de muerte por desaparecimiento, pero sin ser etapa esencial en el proceso respectivo. En él, como es sabido, existen tres períodos básicos: el de la mera ausencia, que se da por el solo hecho del desaparecimiento; el de la posesión provisional; y el de la posesión definitiva de los bienes. En el primero de estos períodos cuidará de los bienes del ausente su mandatario general; pero, si éste no existe, entonces sí procede nombrarle curador a los bienes del desaparecido, quien los administrará.

El legislador estableció la curaduría para los bienes del ausente no solo tomando en cuenta los intereses del dueño del patrimonio, sino también los derechos de terceros. En virtud de tales objetivos el curador puede, cuando de acciones patrimoniales se trate, demandar o ser demandado, como representante del ausente y como administrador de un conjunto de bienes que se le ha entregado para su cuidado; pero no es legal que actúe en los procesos en que se ejerciten acciones extrapatrimoniales, como lo son las de estado y en las cuales figure como parte el ausente, eventos éstos en que se impone, por razón de la ausencia que imposibilita materialmente su intervención en el juicio, designarle un curador ad-litem, previo emplazamiento.

7. Viene de todo lo anteriormente expuesto la conclusión de que, habiendo actuado en este juicio de filiación natural Socorro Jaime de Dallos, curadora de bienes del ausente, como representante legal del demandado Abelardo Dallos, la personería de aquella resulta ilegítima por carecer de facultad legal para representarlo judicialmente. Y como este defecto procesal está erigido por el artículo 448 del C. J. en causal de nulidad para todos los juicios, síguese que este proceso se encuentra viciado en su totalidad por tal motivo, y, consecuencialmente, que el cargo formulado con apoyo en la causal cuarta del artículo 52 del Decreto 528 de 1964 ha de ser acogido.

8. Es verdad que, como lo ha sostenido reiteradamente la Corte, la causal de nulidad por ilegitimidad de personería no puede ser invocada en casación sino por quien ha estado ilegítimamente representado en el juicio, pues que estando tal motivo de invalidación del proceso establecido para proteger los fueros de la defensa del mal representado, es a éste a quien corresponde el interés jurídico para hacerla valer.

Ocurre, sin embargo, que si el coadyuvante interviene en el juicio para apoyar las razones de un derecho ajeno, y si, como quedó dicho en la primera parte de esta providencia, a él le asiste legitimación en el proceso para ejercitar todos los actos que, sin colocarlo en posición contraria a la que asume el coadyuvado, busquen una colaboración con éste y aún los que tiendan a suplir su actividad, el principio doctrinario referido no se quiebra cuando es el interviniente adhesivo quien invoca como nulidad la indebida representación de la parte principal a la cual adhiere, desde luego que al actuar así, lejos de ponerse en contraste con la posición de aquella, está obrando en beneficio de ella y en defensa del derecho que a ella corresponde.

VII

Resolución

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, adminis-

trando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de fecha nueve (9) de octubre de mil novecientos sesenta y ocho (1968), proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, y en su lugar DECLARA NULO todo lo actuado en él a partir del auto admisorio de la demanda, inclusive, por haberse incurrido en la segunda de las causales de nulidad contempladas en el artículo 448 del Código de Procedimiento Civil.

Las costas de la actuación anulada son de cargo del Juez responsable y de la demandante, por partes iguales.

Sin costas en el recurso extraordinario.

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

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

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

FILIACION NATURAL

Incongruencia. No la hay en fallo inhibitorio.

Presupuesto procesal. La falta de prueba de la calidad de heredero del demandante o del demandado constituye ausencia del presupuesto procesal de capacidad para ser parte y no falta de legitimación en la causa.

Prueba del estado civil, no es admisible la de confesión.

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

(Magistrado Ponente: doctor Alberto Ospina Botero).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandante en este juicio, contra la sentencia de treinta de mayo de mil novecientos sesenta y seis proferida por el extinguido Tribunal Superior del Distrito Judicial de El Espinal.

El litigio

Ernesto, Leonor, Mercedes, Ana Hilda y Teresa Tautiva demandaron ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Melgar a la "Sucesión Intestada e ilíquida" de Carlos Julio Ortiz Lozano "representada por sus hermanos" Luis Alfredo, Aureliano y Jerónimo Ortiz Lozano, para que por los trámites de un juicio ordinario se les declarase hijos naturales y herederos legitimarios del causante, y se condenase a los demandados a restituir los frutos naturales y civiles que "hayan percibido con mediana inteligencia en las fincas dejadas por el causante", y en las costas del juicio. Solicitaron, además, la suspensión de la partición de los bienes de la herencia en el evento del artículo 1387 del C. C.

La causa petendi puede resumirse así: Carlos Julio Ortiz Lozano quien falleció en Fusagasugá el 27 de junio de 1964 hizo vida marital continua y estable por más de treinta años con Irene Tautiva, quien al unirse a Carlos Julio era soltera y cuya vida común duró hasta la muerte de éste; Carlos Julio trató a Irene como a manera de esposa, en forma correcta y solícita, proveyó a su subsistencia, techo y vestido lo mismo que a sus demás necesidades, y dicho trato se lo daba ante el vecindario, amigos y relacionados; durante su unión estable y continua en las zonas rurales de Iconozo, procrearon a Teresa, Ernesto, Leonor, Mercedes y Ana Hilda, quienes nacieron el 2 de octubre de 1949, 23 de julio de 1933, 20 de enero de 1938, 20 de mayo de 1943 y 25 de noviembre de 1939, respectivamente; Carlos Julio trató a sus mencionados hijos naturales como a tales por más de 20 años, proveyó a su subsistencia, educación y mantenimiento; los presentó ante el vecindario, relacionados, amigos y parientes como sus hijos naturales, y ese mismo vecindario, relacionados y amigos los consideraron siempre como hijos de Carlos Julio merced a la atención, solicitud y deferencia que como padre les prestó hasta la fecha de su muerte; Carlos Julio los denunció en sus declaraciones de renta, como hijos naturales, desde 1958; matriculó a Ana Hilda como hija suya en el Gimnasio Femenino de Bogotá, y en calidad de padre firmó la matrícula respectiva; Car-

los Julio los reconoció expresamente como hijos naturales suyos ante la Inspección de Icononzo, y se comprometió a seguir alimentándolos.

Los demandados contestaron así: Jerónimo, que no se oponía a las declaraciones pedidas en la demanda y que los hechos no le constaban; Luis Alfredo y Aureliano se opusieron a las peticiones y negaron los hechos.

Tramitado el juicio, el Juzgado Promiscuo Municipal de Icononzo lo decidió por sentencia de 18 de diciembre de 1965, por medio de la cual declaró hijos naturales de Carlos Julio Ortiz a Ernesto, Leonor, Ana Hilda, Mercedes y Teresa Tautiva; ordenó la inscripción del reconocimiento en la Notaría que eligieran los interesados; declaró "herederos legitimarios" respecto del causante a sus hijos naturales citados; y condenó en costas a los opositores.

Los demandados apelaron de esa providencia y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de El Espinal la revocó por sentencia de 30 de mayo de 1966, y en su lugar se inhibió para resolver en el fondo "por falta de legitimatio ad causam en la parte demandada". No se conformaron los demandantes con esta decisión por lo cual interpusieron el recurso de casación que entra a decidir la Corte.

La sentencia impugnada

El Tribunal relata los hechos y peticiones de la demanda, y luego de referirse al estudio que hizo el a quo sobre las pruebas aducidas por los demandantes para acreditar la posesión notoria de su estado de hijos naturales, expresa que "toda persona que instaura una acción o contra la cual ésta se dirige tiene una calidad o condición especial que la legitima en la causa"; que "faltando dicho elemento, que es presupuesto de la acción, bien sea por activa o por pasiva, la acción aparece mal configurada y no puede en consecuencia producir sus naturales efectos, hasta el punto de que el Juez no podrá proferir fallo de fondo o mérito, sino simplemente sentencia formal o inhibitoria; que "no es pues la falta de legitimatio ad causam como tampoco lo es la falta de legitamatio ad processum, una excepción en el verdadero sentido de la palabra; la primera es un presupuesto de la acción y la segunda del juicio. Pero tanto la una como la otra pueden ser alegadas por la parte interesada, o declarada de oficio por el fallador, no a título de excepción sino a título de presupuesto indispensable"; que "en juicios como el presente es necesario acreditar que los demandados están ligados, por vínculos de sangre, con el presunto padre, o que son los herederos de éste. Solamente cuando se haya acreditado esta calidad se habrá establecido el presupuesto, porque solamente los herederos del presunto padre pueden ser llamados a responder en juicios de filiación"; que "por consiguiente, como de autos no obran las partidas que acreditan parentesco alguno entre los demandados y el presunto padre, ni testamento, ni providencia de la cual se desprenda que tales demandados tienen la condición de herederos del presunto padre, es evidente que falta el presupuesto denominado legitimatio ad causam, defecto que ya anotó en su alegato el señor apoderado de los recurrentes"; que por consiguiente el Tribunal no puede fallar en el fondo y debe proferir sentencia inhibitoria.

La impugnación

Dos cargos se formulan contra la sentencia del Tribunal, con base en las causales primera y segunda del artículo 52 del Decreto 528 de 1964. Por razones de orden lógico se considera en primer término el de incongruencia de que trata el segundo.

Cargo segundo

Se hace consistir en que el Tribunal sentenciador, al proferir un fallo inhibitorio, incurrió en inconsonancia con las pretensiones de la acción, violando los artículos 471 y 481 del C. Judicial.

Para sustentarlo dice el censor que la sentencia es incongruente, porque al ser contentivo de una resolución inhibitoria, "nada proveyó sobre los puntos en litigio",

reservando para otro juicio la decisión sobre "las cuestiones propuestas en la demanda".

La acusación finaliza expresando que "el fallador tomó equivocadamente, la carencia de partidas referentes al estado civil, o del testamento, o del auto de declaratoria de herederos, como carencia de un presupuesto procesal. El fallador confundió la capacidad para ser parte, y la capacidad para obrar procesalmente, con la legitimatio ad causam".

La Corte considera

1. Es motivo de casación, de conformidad con la ley, no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes. Según reiterada jurisprudencia, la falta de consonancia tiene lugar "cuando se ha resuelto más de lo pedido (decisión ultra petita); cuando se ha sentenciado sobre algunos puntos que no ha sido materia del litigio (decisión extra petita); y cuando no se ha fallado sobre algunas de las pretensiones alegadas oportunamente por las partes, entre las cuales se encuentran las excepciones propuestas (decisión mínima petita)".
(Cas. Civil, marzo 4|69, CXXIX-37).

2. Así mismo ha sostenido la Corte que, cuando el fallador de segundo grado profiere una sentencia meramente formal o inhibitoria, porque no existen los presupuestos indispensables para proveer sobre el fondo del litigio, no es posible alegar incongruencia frente a tal decisión, porque este motivo de casación sólo se da en presencia de fallos de mérito estimatorio y ante la ocurrencia de una de las hipótesis ya dichas.

3. Por vía de rectificación doctrinal se aclara que la falta de prueba de la calidad de herederos de los demandados constituye ausencia del presupuesto procesal de capacidad para ser parte y no falta de legitimación en la causa.

La Corte precisando algunos conceptos sobre el particular, dijo en reciente fallo: "Hasta el pronunciamiento de la sentencia de 21 de julio de 1959 (G. J. XCI, 22, 14, 51 ss.) la Corte había considerado que la calidad de heredero de quien actúa con ese nombre por pasiva o por activa, constituía uno de los elementos estructurales o condiciones de la acción, y que, por tanto, la falta de la prueba de esa calidad entreñaba ausencia de la legitimación en causa y determinaba pronunciamiento de sentencia absolutoria. Mas a partir de aquel fallo, enseñose que quien actúa en su calidad de heredero no lo hace ni a nombre propio ni a nombre de otra persona, pues la sucesión no es sujeto de derechos y de obligaciones por carecer de personalidad jurídica, sino que lo hace en virtud de la calidad de heredero de que está investido. Allí se lee: 'Lo que indica, como lo anóta Enrico Redenti, que existe una tercera categoría dentro del presupuesto procesal, capacidad para ser parte, que es precisamente el caso de quien no comparece en su propio nombre, ni en representación de otro, sino por virtud del cargo o calidad, es decir, en el evento contemplado, por ser heredero. Por ende, queda demostrado que todo lo relacionado con este aspecto de la cuestión, pertenece al campo procesal y no al sustancial, vale decir, que corresponde a uno de los presupuestos del proceso y no a una de las condiciones de la acción civil como se había venido considerando por la doctrina. De lo cual se infiere que la ausencia de prueba sobre el carácter de heredero, implica sentencia inhibitoria, con consecuencia de cosa juzgada formal, y no sentencia de mérito, con consecuencia de cosa juzgada material'.

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

El cargo no prospera.

Cargo primero

Se presenta así: "Acuso o impugno la sentencia de fecha treinta de mayo de mil novecientos sesenta y seis proveniente del Tribunal Superior de El Espinal, dictado en el juicio ordinario de la referencia ..., con base en la causal primera del art. 52 del Decreto 528 de 1964, por violación indirecta de la ley sustancial... La sentencia mencionada viola los artículos 604, 606, y 607 del C. J. y por ello mismo los artículos 1º, 2º, 6º y 20 de la Ley 45 de 1936 y especialmente el art. 4º de la misma ley en sus ordinales 3º, 4º y 5º, por error de derecho en la apreciación de las pruebas al no dar valor alguno a la confesión hecha por los apoderados de la parte demandada al dar contestación a la demanda donde afirman los mismos demandados que son hermanos del causante Carlos Julio Ortiz Lozano y adoptan la calidad de herederos como tales, posición que conservaron a todo lo largo del juicio".

Al desarrollar el cargo expresa el impugnante que "el Tribunal parte de la base de que no hay prueba alguna en el juicio que demuestre que los demandados son herederos de Carlos Julio Ortiz Lozano, lo que implica que desecha para el caso la prueba de la confesión de los demandados por creer que solamente se prueba la calidad de heredero con las partidas, o el testamento o el auto que los declare como tales, por confundir en forma lastimosa la calidad de heredero con la demostración del estado civil, la prueba de que se tiene vocación hereditoria con la prueba de que se es heredero".

Expresa que "la calidad de heredero no puede demostrarse con las partidas, pues ellas solo acreditan el parentesco, la posible vocación" y nunca el carácter de tal; que dicha calidad tampoco se demuestra con el testamento, "pues este también demuestra la posible vocación y nada más"; que en últimas la copia del auto sobre reconocimiento de herederos no "demuestra sin lugar a dudas que se es heredero", pues dicho reconocimiento no excluye que haya otro ni otros con mejor derecho, por lo que muchas veces en el mismo auto advierte que "se hace sin perjuicio de terceros"; que hay algo más grave en la exigencia de la copia del auto de reconocimiento para acreditar la calidad de heredero, y es que coloca a los hijos naturales "en la imposibilidad de demandar en juicio de filiación" a los presuntos herederos, pues estos no tendrían interés en abrir el juicio de sucesión y hacerse reconocer como tales, sino que se limitarían a tomar posesión de los bienes de la herencia eludiendo así afrontar el juicio de filiación natural; que "como se ve, siendo totalmente equivocado el que la calidad de heredero se demuestre con los documentos que enumera el Tribunal en su parte motiva del fallo, y no quedando otra prueba mejor para evidenciar dentro de un determinado juicio que los demandados son herederos de una persona determinada sino la confesión de las partes, es ella la que debe admitirse, lo que no hizo el fallador de segunda instancia"; que los demandantes "afirmaron en la demanda que demandaban a la sucesión de Carlos Julio Ortiz Lozano representada por sus hermanos legítimos Luis Alfredo, Aureliano y Jerónimo Ortiz Lozano, y estos señores desde la contestación de la demanda aceptaron que eran hermanos y herederos, tomaron actitudes propias de tales, se opusieron en tal calidad a las pretensiones de mis mandantes, pidieron pruebas, etc., de modo que en tal caso debe darse aplicación a los artículos 604 y 607 del C. Judicial que establece que la manifestación de una parte de ser cierto el hecho que le perjudica, afirmado por la otra, reviste el carácter de confesión, y que vale la confesión del apoderado judicial hecha en los escritos de demanda y excepciones y en las respuestas correlativas". Critica luego la doctrina de la Corte sobre prueba de la calidad de heredero; expresa que al cambio social debe corresponder una actualización de la jurisprudencia si no se quiere dejar sin tutela los derechos de grandes masas humanas; que exigirle a quienes tengan que hacer efectivos sus derechos contra una sucesión la presentación de los documentos que expresa el fallo del Tribunal es colocarlos en la imposibilidad de de-

mandar pues "ignoran lógicamente en donde pueden hallarse dichas partidas, cómo puede producirse en determinados casos la prueba supletoria a más de que tampoco pueden hacer que se produzca el auto de declaratoria de herederos", por lo que en casos como el sub-lite en que no existe duda sobre que los demandados son realmente herederos y "han confesado ser hermanos del causante y ... actuado en forma tal que descarta toda posibilidad de acuerdo doloso con los actores", es forzoso que se acepte la validez de la confesión, y se tenga a los demandados como herederos de Carlos Julio Ortiz. Concluye el recurrente que "rechazada en el fallo del Tribunal la prueba de confesión", y "sentada la premisa ilegal de que no está demostrada la calidad de heredero en relación con las personas señaladas en la demanda como tales, el fallador se abstuvo de fallar en el fondo el negocio, violando así en forma indirecta los artículos 604, 606 y 607 del C. Judicial y los artículos primero, segundo, sexto y 20 de la Ley 45 de 1936 y el artículo 4º de la misma ley, al abstenerse de reconocer a mis poderdantes como herederos del causante" y declarar que los demandantes son hijos naturales de Carlos Julio Ortiz.

Se considera

1. Cuando se ataca la sentencia del Tribunal por violación indirecta de la ley sustancial a causa de un error de derecho en la apreciación de las pruebas, reiteradamente ha dicho la Corte que la técnica del recurso exige no solo que se señale en concreto la prueba mal apreciada y que se citen en forma individual tanto el precepto de carácter probatorio que se dice quebrantado como la disposición sustancial infringida a consecuencia del yerro de valoración, sino que también el censor debe explicar el sentido en que resultó violada esta última, vale decir, si lo fue por falta de aplicación o por aplicación indebida.

2. Con todo la demanda no ser clara en la indicación del sentido en que resultó quebrantada la norma sustancial, del contexto general se deduce que lo fue por falta de aplicación, por lo que la Corte procede a despachar de fondo el cargo.

3. Dada la trascendencia del estado civil de las personas en sus relaciones con la familia y la sociedad y, estando de por medio el orden público, la demostración del estado se rige por pruebas específicas.

Cuando se trata de demostrar la calidad de heredero con respecto a un causante en razón del parentesco que con él pueda tener otra persona, la prueba de confesión no es el medio idóneo, como la ha proclamado reiteradamente la jurisprudencia. "La prueba de confesión —dice la Corte— no es admisible en ningún caso para establecer el carácter de heredero de una persona con respecto a otra. Estas pruebas, son, bien las correspondientes actas del estado civil o las supletorias admitidas por la ley, para acreditar el parentesco entre el de cujus y sus sucesores, o bien, la copia del correspondiente reconocimiento de herederos en el juicio de sucesión, que hace suponer necesariamente que se ha llevado a este juicio la prueba del estado". (Cas. sentencia del 27 de noviembre de 1932, Nº 1892, pág. 31. Cas., sentencia del 22 de febrero de 1952, LXXI, nos. 2110, 2111, 10-104; agosto 31|55, LXXI-84; julio 7|64, CVII-58; abril 17|70, aún no publicada).

4. El recurrente, en su acusación afirma, que la prueba de confesión es adecuada para demostrar la calidad de heredero de una persona con relación a otra, en virtud de lo cual censura el fallo del Tribunal al no haber aceptado tal prueba como demostrativa de que los demandados Luis Alfredo, Aureliano y Jerónimo Ortiz Lozano tienen la calidad de herederos del causante Carlos Julio Ortiz.

Según se acaba de puntualizar, la prueba de confesión no es idónea ni está autorizada por la ley para demostrar el carácter de herederos de unas personas respecto de otras. En consecuencia, ningún error de derecho cometió el sentenciador de segundo grado al desestimar la confesión como prueba de la calidad de heredero de los demandados.

De estas consideraciones, se desprende que el cargo no prospera.

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 treinta (30) de mayo de mil novecientos sesenta y seis (1966), dictada por el Tribunal Superior del extinguido Distrito Judicial del Espinal, en este juicio ordinario de Ernesto Tautiva y otros contra Luis Alfredo, Aureliano y Jerónimo Ortiz Lozano.

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

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

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

(Este fallo se discutió y aprobó en sesión de la Sala verificada el ocho (8) de febrero de mil novecientos setenta y uno (1971) que consta en acta número 11).

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

OBJECIONES A LA PARTICION

Incidente que regula el artículo 1151 del C. Judicial. — Partición. — Cuando se demanda la división de un fundo implícitamente se pide la de los demás bienes que lo integran.

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

(Magistrado Ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga).

(Aprobado según Acta número 13 de 10 de febrero de 1971).

Decídese el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, proferida el 8 de mayo de 1968 en este proceso.

El litigio

Ante el juez civil del circuito de Moniquirá, Antonio José Malagón citó a juicio a Isabel Malagón viuda de Contreras para que se decretara la división material de la finca denominada La Capilla, ubicada en la vereda del mismo nombre, en términos del municipio de Moniquirá, y cuyos linderos quedaron determinados en la demanda.

La causa petendi se hizo consistir en los siguientes hechos:

Que el demandante y la demandada son los únicos condóminos del citado inmueble, en el cual el primero tiene un derecho de tercera parte adquirido de Adriano Contreras, según consta en la escritura de compraventa número 7254, pasada el 28 de octubre de 1963 ante el notario 1º de Cali, debidamente registrada; que las dos tercias restantes son de la demandada quien las adquirió como consta en la escritura número 1735 otorgada el 26 de abril de 1963 ante el notario 4º de Bogotá, también registrada en legal forma; que no existe pacto de indivisión, y que el inmueble común es partible materialmente.

Con oposición de la demandada, quien alegó ser dueña de la totalidad del inmueble ya que dijo haberlo ganado por prescripción, se adelantó la primera instancia que culminó con sentencia en la que se declararon no probadas las objeciones propuestas a la partición material y se aprobó ésta. La parte vencida interpuso el recurso de apelación y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, en sentencia de 8 de mayo de 1968, confirmó la del a quo. La demandada, entonces, interpuso el recurso de casación.

Fundamentos de la sentencia impugnada

Dice el sentenciador que, al corrérsele traslado del trabajo de partición, la demandada lo objetó con fundamento en haber encontrado "que en ella se han incluído bienes de los cuales no se demandó su partición y que son de propiedad exclusiva de quien ha hecho las mejoras" y en haber hallado que "de acuerdo con el conocimiento que tiene del inmueble, la mejor parte fue adjudicada al demandante", por lo cual a ella le correspondió la de menor valor. Explica el Tribunal que el partidor debe ceñirse a las pautas que le señala la provi-

dencia que decreta la división y que, efectivamente, a ellas se ajustó, pues no se observa que "haya incluido bienes que no hubieren sido objeto o materia de la acción"; que "el objetante ha debido indicar qué bienes, no incluidos en la demanda, fueron sometidos a reparto por el partidor, cosa que no hizo"; que la demandada debía haber aducido "la prueba pertinente para demostrar esa desproporción" en la calidad de los lotes de terreno adjudicados a cada uno de los comuneros, pero que únicamente se contentó con hacer esa afirmación, mas "no demostró la objeción".

La demanda de casación

Dos cargos se formulan contra la sentencia y se apoyan en que se incurrió en nulidad del proceso, el uno, y el otro, en inconsonancia.

Primer cargo

Dice el censor que no se observaron todas las formas propias del juicio divisorio, por lo cual se violó el artículo 26 de la Constitución. Que esa inobservancia determinó la infracción de los numerales 1º y 3º del artículo 448 del C. Judicial, que dan nacimiento a "la causal 6ª del artículo 520 del C. Judicial".

Que surgió la nulidad por incompetencia de jurisdicción, pues, no obstante que el artículo 1151 del C. Judicial ordena al juez que, mediante una articulación, decida previamente el desacuerdo de los comuneros sobre el derecho que tenga el constructor de habitaciones o ejecutor de otras labores o mejoras, no hubo previo pronunciamiento sobre esa materia que fue decidida en la misma sentencia aprobatoria. Que el desacuerdo "se hizo saber al juez por medio de la objeción, indicando que en la partición se habían incluído bienes de la exclusiva propiedad" de la demandada, que consistían precisamente en las mejoras y construcciones y demás objetos" distintos de lo que es el terreno de la finca "La Capilla"; que el Juez sí abrió y tramitó la articulación correspondiente, mas no la decidió previamente. Que, por tanto, mientras no se hubiera hecho el previo pronunciamiento de la "controversia sobre mejoras", el juez carecía de competencia para dictar setencia aprobatoria de la partición, y que "sin la competencia, su fallo es nulo". Que para cumplir lo ordenado en el artículo 26 de la Carta, "ha debido fallar primero el incidente y luego sí entrar a dictar sentencia".

Añade el censor que el artículo 471 del C. J. impone a los jueces el deber de relacionar concisamente, en la parte motiva, ciertas circunstancias, lo que no fue cumplido en el caso sub lite y termina diciendo: "En definitiva, la sentencia acusada peca por nulidad, por incompetencia de jurisdicción, pues el fallador al invertir los términos y al no hacer la parte motiva de su providencia de acuerdo con lo dispuesto por la ley, no tiene en los momentos de decretar la parte decisoria la competencia que le era necesaria para proferir el fallo".

La Corte considera

1. El artículo 520 del C. Judicial en cuya causal 6ª se apoya el impugnante para atacar la sentencia del Tribunal, fue subrogado por el 52 del Decreto 528 de 1964 que redujo los motivos de casación a cuatro. En la actualidad, el haberse incurrido en una de las nulidades de que trata el artículo 448 del C. Judicial, no saneada, da origen a la causal 4ª de casación que sustituyó la 6ª antedicha.

En vista de que el desarrollo del cargo ninguna duda ofrece sobre cuál es el motivo invocado, aunque esté mal hecha la cita del fundamento de ley, la Corte procede al estudio de la censura.

2. Descaminado anda el recurrente cuando pretende que sea materia de especial y previo pronunciamiento la objeción que, en juicio de división material, se presenta al trabajo de partición, tacha que se hace consistir en que, al analizar dicha labor, el demandado encontró "que en ella se han incluído bienes de los cuales no se demandó su partición y que son de propiedad exclusiva de quienes han hecho mejoras dentro

del inmueble", según las palabras empleadas por el objetante.

Por expresa disposición del artículo 1152 del C. J. son aplicables en lo pertinente al juicio de división material los artículos 959 a 967 ibídem, relativos a la partición de la herencia. Pues bien, el 964 en sus incisos 4º y 5º, ordena que, si presentado el trabajo de partición alguno lo objeta, se sustancia el punto como una articulación, tramitada la cual, si la objeción se estima infundada, el juez aprueba la partición.

Tal fue lo sucedido en el caso que se estudia: la demandada objetó el trabajo de partición, y como el sentenciador encontró que no había prueba que demostrara la objeción, la declaró infundada y aprobó el repartimiento, todo en la misma providencia, como lo dispone el artículo 964 apuntado.

El incidente de especial y previo pronunciamiento que regula el artículo 1.151 invocado en la censura, es el que se promueve antes de efectuarse la partición y solamente con el fin de dirimir el desacuerdo acerca del derecho que tenga el constructor de habitaciones o ejecutor de otras labores o mejoras, como reza la disposición citada. Este incidente, que no fue propuesto por la demandada, no puede confundirse con el que nace de objeciones formuladas al trabajo de partición, evento en el cual, al decidirlo, si el juez estima infundada la objeción, aprueba la partición, todo lo cual se declara en la misma sentencia. Así lo preceptúa el artículo 984 del C. Judicial en su inciso 5º, aplicable al juicio divisorio por disposición del artículo 1.152 ibídem.

3. Es más, la competencia que tiene el juez para aprobar o rechazar un trabajo de partición no está sujeta a que previamente se deciden los incidentes que surjan por objeciones a la partición. Y ni siquiera se suspende aquella en el caso en que, debidamente propuesto el incidente a que alude el artículo 1.151 del C. Judicial, el juez aprueba la partición sin haber resuelto previamente aquel artículo. En esa hipótesis, el fallo sería vulnerable, lógicamente, mas no porque el juez careciera de competencia.

Todo lo expuesto conduce al rechazo del ataque.

Segundo cargo

Hácese consistir en que la sentencia no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas en la demanda, pues se condenó a más de lo pedido, ya que el demandante solicitó únicamente el decreto de división material de la finca denominada "La Capilla", ubicada en la vereda del mismo nombre del municipio de Moniquirá y se decretó también la de otros bienes.

En desarrollo del cargo dice el censor que "la finca La Capilla, tal como fue determinada, no puede ser otra cosa en sí, sino la tierra exclusivamente, pues si quisiera que se partieran las mejoras, con seguridad el demandante hubiera expresado con claridad: y las mejoras existentes allí, tales como construcciones, sementeras, semovientes, utensilios, que hacen parte de la finca por destinación, por adhesión. "Que aunque el C. Civil en sus artículos 656, 657 y 658 "da la calidad de inmuebles a cosas que fueron muebles o puedan serlo, tales como edificios, las plantas, pavimentos, utensilios de labranza, animales destinados al beneficio de la finca, etc.... "esos bienes no pueden ser divididos si su partición no se solicitó expresamente en la demanda.

Agrega el censor que "en ningún caso los artículos citados han dicho que cuando se demande la partición de una finca a la cual ellos se encuentran ligados en un momento dado, deben entrar en la partición. El Código Civil —dice— trae esa clasificación para muchos otros efectos, pero en ningún modo para reemplazar al demandante en sus peticiones". Concluye la primera parte de la impugnación, entonces, afirmando que "si el demandante ha querido incluir otros bienes diferentes a la tierra, hubiera dicho por lo menos: y los demás bienes que se reputan inmuebles por tener alguna relación con la citada finca. Pero calló y a ese silencio le contesta el Juez haciéndole extensiva su demanda a los bienes que no incluyó".

Argumenta luego el censor que el artículo 205 del C. Judicial exige que en la demanda se especifique lo que se pide, expre-

sando con claridad los hechos y omisiones; que en el patitum sólo se impetró la división del terreno, "unas cuantas hectáreas", mas no los demás bienes que hay en la finca; que asimismo, en los hechos no se encuentra uno que haga relación a que otros bienes, fuera de la tierra, hagan parte de la finca". Remátase este aspecto del reparo, así: "En resumen: la petición de la demanda sobre división se radica exclusivamente sobre la tierra, el inmueble, y no va en forma alguna a extenderse sobre edificaciones, molinos, trapiches, motores y sementeras".

Continuando en su impugnación dice el recurrente que el artículo 1.151 del C. J. fue violado, pues se dictó sentencia aprobatoria de la partición sin que se decidieran previamente las objeciones que le formuló oportunamente al trabajo de división; que se infringió igualmente el artículo 471 ibídem, pues el Tribunal no cumplió en la parte motiva los requisitos que éste preceptúa.

La Corte considera

1. Los artículos 658, 661 y 1.886 del C. Civil, aplicables a operaciones jurídicas sobre inmuebles, indican que, tratándose de bienes raíces, deben comprenderse naturalmente en éstos los inmuebles por adherencia y por destinación; el último precepto de los citados dispone que en la venta de una finca se comprenden naturalmente todos los accesorios que, según los artículos 658 y siguientes, se reputan inmuebles. Síguese de lo anterior que cuando se demanda la división de un fundo común, implícitamente se está pidiendo la de los demás bienes que naturalmente lo integran, por lo cual la demanda de división no tiene que especificar, como equivocadamente lo sostiene el recurrente, cada uno de los bienes que componen el fundo, pues, como quedó visto, éste no está compuesto por la tierra solamente.

2. El título de adquisición de la demandada recurrente lo constituye el acto de partición de bienes contenido en la escritura número 1.735 otorgada ante el notario 4º de Bogotá el 26 de abril de 1.963. Léese allí bajo la letra b) del punto cuarto, en relación con el primero, que a ella le fue adjudicado un derecho de "dos terceras partes de la finca denominada "La Capilla", ubicada en la vereda del mismo nombre de la comprensión municipal de Moniquirá", predio que es el objeto de este juicio y que, según reza aquel título, "comprende unas construcciones de adobe, tejas de barro, junto con su trapiche y maquinaria, cercas y demás anexidades".

De consiguiente, si el otro comunero demandó la división de la finca citada, implícitamente expresó que la repartición debía recaer sobre todos los bienes comunes que componían ese bien raíz.

El trabajo de partición que tuvo como objeto no sólo la tierra sino también la casa y la ramada donde funciona el ajuar para moler la caña de azúcar, junto con su equipo completo, las sementeras y cercas, no contiene división de ningún bien que no está comprendido dentro de la finca "La Capilla". Por tanto, la sentencia que aprobó esa partición no resolvió ultra petita, pues todos esos bienes que fueron objeto del trabajo de repartimiento, integran el inmueble cuya división se demandó.

Síguese de lo expuesto, que el cargo no puede prosperar.

Fallo

Con fundamento en lo dicho antes, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja con fecha ocho (8) de mayo de mil novecientos sesenta y ocho (1968), dentro del juicio de división material en que Antonio José Malagón demandó a Isabel del mismo apellido.

Condénase a la demandada a pagar las costas del recurso de casación.

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

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

Heriberto Caycedo M. Secretario.

FILIACION NATURAL

Prueba documental. Instrumentos públicos y documentos privados. Prueba testimonial: en su apreciación debe predominar la persuasión racional sobre la tarifa legal rígida.

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

(Magistrado ponente: doctor José María Esguerra Samper).

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por sentencia de fecha 4 de agosto de 1967 contra la cual interpuso la parte actora el recurso de casación que ahora decide la Corte, puso fin a la segunda instancia del juicio ordinario promovido por Luis Alberto Rodríguez contra el Distrito Especial de Bogotá y las demás "personas inciertas o desconocidas que puedan existir y tener interés" en el proceso.

El litigio

El citado Rodríguez o Cortés Rodríguez formuló demanda contra las personas antes mencionadas para que se hiciesen las siguientes declaraciones y condenas:

"Primera.—Declarar que no ha existido nunca, ni de hecho ni de derecho, para el Sr. Luis Alberto Rodríguez, un estado civil de hijo legítimo, toda vez que su verdadero estado ha sido el de hijo natural, por haber sido concebido y nacido cuando sus verdaderos padres no estaban casados entre sí, ni haberse éstos casado nunca..."

"Segunda.—Declarar y reconocer que el Sr. Luis Alberto Rodríguez es hijo natural del extinto señor Dr. Carlos Secundino Navarro Menéndez, por haber sido concebido como consecuencia de las relaciones sexuales estables y notorias existentes entre el extinto aludido y la señora Josefina Rodríguez;

"Tercera.—Declarar como consecuencia, que el demandante tiene derecho a intervenir en el juicio de sucesión de su padre natural y a que se le adjudiquen los bienes de la misma en la cuota que le corresponde según la Ley;

"Cuarta.—Disponer en los términos del artículo 370 del Código Civil, se avise al Notario respectivo del Circuito para que extienda el acta de registro civil del demandante como hijo natural del citado Navarro;

"Quinta.—Condenar al Distrito Especial de Bogotá, a restituir a... Luis Alberto Rodríguez, dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de la sentencia que así lo decrete, todos y cada uno de los bienes que durante la secuela del juicio se pruebe que los viene ocupando o poseyendo materialmente;

"Sexta.—Condenar igualmente al Distrito Especial de Bogotá, a entregar o pagar al actor la totalidad de los frutos civiles o naturales que hubiere percibido desde el día en que ocupó los bienes herenciales hasta el día en que se realice la restitución;

"Séptima.—Declarar que la partición y adjudicación de los bienes de la sucesión del Sr. Dr. Carlos Secundino Navarro Menén-

dez debe ser modificada para que la adjudicación de los citados bienes relictos se haga al heredero reconocido como consecuencia del presente juicio Sr. Luis Alberto Rodríguez;

"Octava.—Declarar que en el evento de que el trabajo de partición y adjudicación de los bienes relictos del Sr. Dr. Carlos Secundino Navarro Menéndez sea registrado antes de que se haga la modificación de la partición y adjudicación al heredero de mejor derecho, tal registro debe declararse sin valor y ordenar su cancelación;

"Novena.—Condenar en las costas a la parte demandada".

Los hechos en que el demandante fundamentó la causa petendi, fueron resumidos por el Tribunal, así:

"Que Luis Alberto Rodríguez figura en el acta de nacimiento como Luis Alberto Cortés Rodríguez, sin fundamento alguno y debido a que se pretendió hacerlo figurar como hijo legítimo del Sr. Luis María Cortés no obstante su madre encontrarse soltera al tiempo de la concepción y de que se diga que ella a partir de 1925 inició relaciones amorosas con él y que al final de ese año los dos contrajeron matrimonio en artículo de muerte y la época del fallecimiento del citado Cortés.

"Que no existe acta de legitimación que reúna las exigencias de las Conferencias Episcopales, por lo que jurídicamente pueda afirmarse que el demandante haya tenido la calidad de hijo legitimado, pues su estado civil ha sido el de hijo natural y de allí que no haya aceptado ser legitimado, conforme a lo previsto en el artículo 243 del Código Civil y que nació en el Barrio de las Cruces de esta ciudad el 24 de julio de 1923, habiendo sido su madre la señora Josefina Rodríguez.

"Que dentro del período comprendido entre los primeros días del año de 1922 y los últimos días del año de 1923 el Dr. Carlos Secundino Navarro Menéndez y la señora Josefina Rodríguez tuvieron relaciones sexuales estables e ininterrumpidas de manera notoria y convivieron en una misma habitación, cercana a 'Galleras de Navarro', relaciones de las cuales nació el actor, las que también fueron conocidas por todos los vecinos del Barrio Las Cruces.

"Que durante el período indicado, el señor Navarro M. suministró a la madre del actor, habitación, alimento y vestidos e iba todas las noches a cohabitar con ella y él logró la colaboración de una hermana de la misma para que se fuera a vivir con él, por lo que los vecinos conocieron de estas relaciones y llamaban a Josefina Rodríguez 'la mona del Dr. Navarro', a quien prometía continuamente que se casaría con ella... pero al nacer Luis Alberto Rodríguez, el Dr. Navarro dicen, marchóse fuera de Colombia, lo que ocasionó que la Sra. Josefina Rodríguez, viéndose burlada y abandonada buscara nuevamente la protección de su hermana.

"El Dr. Navarro falleció en esta ciudad en el mes de enero de 1962 '...sin dejar ascendientes, descendientes, cónyuge sobreviviente ni colaterales conocidos', por lo que la entidad demandada reclamó vocación hereditaria e inició el proceso sucesorio del citado Dr. que al morir dejó los bienes que el libelo de demanda indica (fls. 138, C. Nº 1.).

"Que pueden existir presuntos herederos y otras personas con interés en lo pretendido por lo que corresponde hacer emplazamiento (fls. 12 a 19 C. Nº 1.) de ellas".

Surtida la tramitación de la primera instancia, con oposición del representante del Distrito Especial de Bogotá, el Juzgado del conocimiento le puso fin mediante sentencia de fecha 17 de octubre de 1966, en la cual negó todas las súplicas de la demanda y condenó en costas a la parte actora. Por apelación que ésta interpuso, subió el negocio al Tribunal de Bogotá, el cual, agotado el trámite legal del caso, profirió el fallo que ha sido recurrido en casación confirmatorio del de primera instancia.

La sentencia impugnada

El Tribunal luego de analizar la actuación procesal y de encontrar que el negocio admitía fallo de mérito, comienza por estudiar y encontrar ajustado a derecho el pronunciamiento del Juez de primer grado, en cuanto a la ineficacia legal de la legitimación del demandante que hicieron Luis M. Cortés y Josefina Rodríguez en la partida de matrimonio eclesiástico de fecha 22 de septiembre de 1925.

Enumera luego los testimonios que adujo la parte actora para demostrar las relaciones sexuales habidas entre la madre del demandante, respecto de las cuales dice lo siguiente: "Todos los declarantes a excepción del último, aseveran la existencia de relaciones sexuales estables y notorias, por los años de mil novecientos veintidós y mil novecientos veintitrés, entre el Dr. Carlos Secundino Navarro y Josefina Rodríguez; que entre éstos hubo concubinato conocido por los vecinos del barrio Las Cruces de esta ciudad; que el citado Navarro le suministraba a la Rodríguez habitación, alimento y vestido; que ella era apellidada por los vecinos como 'la mona del Dr. Navarro'; que de dichas relaciones nació el demandante; que el mentado Navarro salía a pasear por las tardes con la Rodríguez; que los habitantes del sector tuvieron siempre a Luis Alberto como hijo del Dr. Navarro. Eso en síntesis, lo expuesto por los testigos citados, los cuales explicaron sus asertos como vecinos del lugar de habitación de Navarro y la Rodríguez, por relaciones con éstos, unos como trabajadores del causante y otros como amigos. También expresaron los deponentes que luego de que el Dr. Navarro abandonó a la concubina, ella inició relaciones amorosas con Luis M. Cortés, después de que se vio en el caso de ir a habitar en otro barrio".

Analiza también el Tribunal las numerosas pruebas aducidas por la parte demandada, casi todas de orden documental, algunas de las cuales en cuanto fueron trascendentes en la decisión y han sido objeto de los cargos que el recurrente formula contra el fallo acusado, se mencionarán más adelante, para concluir de acuerdo con el sentenciador de primera instancia, "que el actor y recurrente no alcanzó a demostrar aquello que legalmente era menester para el éxito de la acción incoada, es decir, la declaratoria de filiación natural pretendida invocando el numeral 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936".

"Es claro —se lee en la sentencia acusada— que los medios de prueba utilizados por la parte actora no convencen de que en realidad ella tenga la calidad que pretende, pues la prueba testimonial que fue la que primordialmente quiso utilizar, no conduce a la inferencia indubitable de que el fallecido Dr. Navarro M. haya sido padre natural suyo. Tanto el análisis individual como en conjunto de los varios testimonios que se hicieron valer, pone de presente que adolecería de equivocación reconocerles o atribuírles a esas declaraciones pleno mérito de convicción. Sea que se siga el sistema de la tarifa legal de pruebas, el que suele acogerse en los negocios civiles por nuestra legislación, o el denominado de persuasión racional que tampoco descarta nuestra Ley, según lo han repetido los autores y la jurisprudencia nacional, siempre muestra solidez la tésis de que la parte recurrente no logró satisfacer la carga probatoria que sobre ella pesaba (art. 1.757 y ss. del C. C. y 593 del C. J.), para alcanzar éxito en su pretensión".

"Los documentos que fueron aportados en copia por la parte opositora —continúa el Tribunal— acreditan de modo cierto que en los meses de octubre, noviembre y diciembre de mil novecientos veintidós (1922) y en los meses de febrero y marzo de mil novecientos veintitrés (1923), el Dr. Carlos Secundino Navarro M. se encontraba en el exterior, ausente de esta ciudad de Bogotá en desempeño del cargo diplomático que se le había confiado. Documentos oficiales son los contentivos del Decreto de nombramiento, de la posesión del cargo y la constancia del pasaporte expedido y su copia se produjo con ajuste a la legalidad, lo mismo que su aporte al proceso, por lo que llevan fuerza de persuasión (art. 1.758, 1.759 del C. C. y 632 del C. J.), que no es-

tán desvirtuadas en forma alguna por la parte recurrente. Esta pretendió su desestimación como si se tratara de simples documentos privados, lo cual en verdad carece de acierto de modo visible y de allí que estaría de más insistir sobre la naturaleza de documentos públicos de los que se acaban de mencionar".

Agrega luego, que los documentos en cuestión tienen carácter oficial y que deben tenerse como auténticos, "en relación con su origen, data y para establecer la existencia de los mismos", y que todos ellos muestran que "Carlos S. Navarro Menéndez desempeñó funciones oficiales en Méjico, en representación de la República de Colombia, en la época en que los declarantes presentados por la parte actora, afirman que entre dicho Navarro y la Rodríguez hubo las relaciones sexuales estables de las cuales pretende haber sido fruto el demandante".

Más adelante, hace un análisis de las declaraciones mencionadas, para destacar la contradicción que se observa en lo expuesto en ellas, en cuanto a la fecha en que se dicen habidas las relaciones sexuales y lo que aparece de las pruebas aducidas por la parte demandada en cuanto al viaje a Méjico de Carlos Secundino Navarro y encuentra que estas últimas desvirtúan el valor probatorio que pudieran tener los testimonios mencionados. "Lo que acaba de relacionarse —continúa el sentenciador— pone de manifiesto que en los dichos de los testigos se observa contradicción con el contenido de la prueba documental antes examinada, lo que naturalmente le resta atendibilidad a aquellas puesto que esa contradicción recae sobre asunto de trascendencia y es claro que en el caso lleva primacía la prueba escrita, la cual deja comprender a la vez que no hubo la permanencia de las relaciones sexuales, por el tiempo indicado en los testimonios, entre el Dr. Navarro M. y Josefina Rodríguez".

Dice también, que además de la contradicción indicada, son notorias la imprecisión en el dicho de los testigos, "la falta de concordancia en lo que respecta al momento o época en que finalizaron las relaciones sexuales de que hablan"; que los "acotados testimonios contienen en su fondo la continuidad y permanencia de relaciones entre el fallecido y la madre del demandante, dentro del período comprendido desde principios del año de mil novecientos veintidós (1922) hasta los últimos días del año de mil novecientos veintitrés (1923), en general, pues ya quedó visto que algunos se apartan en parte de lo que sobre el particular está dicho en el escrito por medio del cual fue incoada la acción en estudio"; que la expresada contradicción entre la prueba documental y la testimonial, le resta credibilidad a esta última; que además, tres de los declarantes dijeron haber sido servidores de Navarro, "y bien se sabe que testimonios de personas con tal calidad no bastan para establecer la notoriedad de las relaciones sexuales extramatrimoniales, conforme lo ha repetido en su jurisprudencia la H. Corte Suprema de Justicia"; y por último, que llama la atención, "que todos los deponentes resultan respondiendo en forma exacta a las preguntas formuladas por la parte actora, en el sentido de que las relaciones sexuales a que aluden fueron iniciadas a comienzos del año de mil novecientos veintidós, pero no dieron explicaciones acogibles más o menos exactas para sustentar sus asertos, a pesar de que la parte demandada les preguntó sobre el mes de comienzo de tales relaciones".

Como conclusión del análisis probatorio que se deja reseñado, llega el Tribunal a la siguiente: "Es inferencia lógica de todo lo que va expuesto que la prueba aducida al proceso, que las diversas piezas integrantes de él, no contienen demostración de existencia de relaciones sexuales entre Carlos S. Navarro M. y Josefina Rodríguez, en los términos que son indispensables legalmente para una declaratoria de filiación natural que pretende el demandante (num. 4º art. 4º de la Ley 45 de 1936). Cierto es que varias de las personas demandantes (sic) expusieron acerca de paseos del primero y la segunda todas las tardes, estando ella en estado grávido; de visitas a la casa que ésta habitaba, de asistencia en el parto suyo y remuneración de servicios por

Navarro M., de mayor afecto por el nacimiento del hijo, etc., etc., todo lo cual pudiera dar lugar a pensar en la filiación reclamada, en la existencia de ésta, pero la crítica de la prueba testimonial hecha con acogimiento a la legalidad y racionalmente, lleva a concluir que la parte actora no satisfizo a cabalidad la carga probatoria que sobre ella pesaba y de allí que no quepa hacer pronunciamiento de contenido distinto al del juzgador a-quo. El legislador quiso ser exigente y severo en relación con la prueba aducible para hacer una declaratoria judicial de filiación extra-matrimonial conforme al numeral 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, habida cuenta del interés social que media en asuntos de estado civil, y de esa orientación legislativa se desprende que hay en los autos ausencia de prueba bastante que acreditase la filiación pretendida".

La demanda de casación

Con base en la causal primera, se formulan dos cargos contra la sentencia recurrida, ambos por la vía indirecta, que consisten en la falta de aplicación de los arts. 1º, 4º y 20 de la Ley 45 de 1936, y 1322 del Código Civil, a consecuencia de errores de hecho y de derecho en que según el censor incurrió el Tribunal al apreciar los documentos aducidos como prueba por la parte demandada y los testimonios que presentó el demandante.

Primer cargo

Se funda en el error de derecho en que habría incurrido el sentenciador, al considerar como documentos auténticos las copias de las comunicaciones oficiales que adujo la parte demandada para acreditar el nombramiento de Navarro como encargado de negocios ad-honorem en Méjico; la aceptación y posesión de éste; su viaje al mencionado país y algunas comunicaciones que envió en su carácter indicado, durante el tiempo comprendido entre los meses de octubre de 1922 y marzo de 1923; error que consiste, según el recurrente, en la interpretación errónea del artículo 632 del Código Judicial y la falta de aplicación de los artículos 645, 657 y 658 ibídem, respecto de los siguientes documentos:

"a) Copia de la comunicación que obra a folio 18 del cuaderno Nro. 3 y que se dice fechada en Méjico el 21 de octubre de 1922, dirigida al Ministerio de Relaciones Exteriores y en la cual se encuentra que el Dr. Navarro hizo entrega en esa fecha al Ministerio de Relaciones de Méjico, de la nota que lo acreditaba como encargado de negocios de Méjico;

"b) Copia de la comunicación que obra a folio 19 del cuaderno Nº 3 y que se dice fechada en Méjico el 22 de noviembre de 1922 en la cual se dice que el encargado de negocios de Colombia, entregó una nota personal al Presidente de Méjico;

"c) Copia de una comunicación fechada el 22 de noviembre de 1922 que obra a folio 20 del cuaderno Nº 3, en la cual se da cuenta de instrucciones relacionadas con el hecho de que el 21 de noviembre se conmemoraba el vigésimo aniversario de la paz;

"d) Copia de una comunicación de fecha 5 de diciembre de 1922, dando informes sobre un ciudadano que estafó al Banco de Bogotá, y que obra al folio 21 del cuaderno número 3;

"e) Copia de una comunicación FECHADA EN BOGOTA EL 16 DE ENERO DE 1923 en la cual se da cuenta de que se recibió una comisión de damas católicas, comunicación que obra a folio 22 del cuaderno número 3;

"f) Copia de la comunicación que obra al folio 24 del cuaderno Nº 3 y fechada el 15 de marzo de 1923, en la cual se informa sobre la remisión de dos números del boletín Panamericano;

"Las copias de las comunicaciones antes singularizadas, figuran dirigidas al Ministerio de Relaciones Exteriores y como si fueran suscritas por Carlos Navarro M."

También le achaca al Tribunal un error de hecho consistente en "atribuir valor pro-

batorio a la comunicación que obra a folio 23, como suscrita por Carlos Navarro M., toda vez que esa copia habla del Sr. F. Angulo", en cuanto a la permanencia del citado Navarro en Méjico durante la época antes indicada.

Para sustentar su acusación, dice el censor lo siguiente: "El Tribunal considera tales comunicaciones como documentos auténticos, porque según la sentencia emanan de un funcionario oficial. No se percató el Tribunal que esas comunicaciones no habían sido elaboradas por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, por razón de sus funciones, para que pudiera hablarse de la autenticidad de las mismas, según el texto y el contexto del artículo 632 del Código Judicial, norma interpretada erradamente en la sentencia acusada. Las copias de las comunicaciones aludidas se tomaron del archivo del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, no como PROVENIENTES DE DICHO MINISTERIO, sino como llegadas allí procedentes del Exterior. Luego, NO PROVIENEN DE DICHO MINISTERIO, no fueron elaboradas por un funcionario de tal Ministerio. Una cosa es que una comunicación emane o provenga de funcionario que ejerza cargos por autoridad pública, en lo referente al ejercicio de sus funciones, y otra muy distinta que una comunicación llegue a un funcionario colombiano, PROCEDENTE DEL EXTERIOR. El hecho de que una comunicación llegue a un MINISTERIO PROCEDENTE DEL EXTERIOR, no cambia su naturaleza jurídica porque allí se archive".

Agrega que las firmas de Carlos Navarro M. que figuran autorizando las comunicaciones en cuestión, no fueron autenticadas por el Ministerio, ni éste tampoco certifica que en la época de las firmas, dicho señor se hallaba en ejercicio de sus funciones diplomáticas; que es exigencia perentoria de los artículos 657 y 658 del Código Judicial, que los instrumentos de cualquier clase extendidos en el exterior con intervención de Agentes Diplomáticos o Consulares de Colombia y las copias autorizadas de los mismos, requieren la autenticación del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia requisito éste que es de carácter sustancial para que puedan tener virtualidad y eficacia probatoria en el país; que si los originales de las mismas reposan en el archivo del Ministerio, éste ha debido autenticarlas o legalizarlas; que ese despacho ha debido certificar que fueron tomadas de comunicaciones oficiales de su Legación en Méjico y que las firmas que en ellas aparecen correspondían a quien en esa época ejercía las funciones de encargado de negocios ad-honorem, pues sin esos requisitos, carecen en absoluto de eficacia probatoria.

Insiste el censor en que por los motivos antes expuestos, tales documentos no pueden tener la naturaleza jurídica de auténticos que les atribuyó el Tribunal; que se trata de unos simples papeles privados, cuya autenticidad ha debido ser demostrada por la parte que los presentó, según lo dispuesto en los artículos 645 y 203 del Código Judicial por lo cual no podían ser estimados como pruebas; y concluye que "al negar el Tribunal que la autenticación es requisito esencial para la eficacia y validez probatoria de la misma, cometió un error de derecho manifiesto en los autos".

Sin embargo, a renglón seguido, agrega que cuando en la sentencia acusada se dice "que está nítido en el proceso que el Dr. NAVARRO M. DESEMPEÑABA FUNCIONES OFICIALES EN LA REPUBLICA DE MEJICO..., y que a causa de esas funciones se dirigió al Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia en las precitadas comunicaciones, cometió un error manifiesto porque en ninguna parte del proceso existe documento alguno que acredite que en tal época dicho Dr. estuviera en dicha República y en ejercicio de funciones oficiales".

Para rematar el cargo, dice el recurrente:

"Y como el Tribunal consideró dichas copias, como documentos auténticos, sin que ellas den ninguna garantía de autenticidad, por ausencia de las formalidades sustanciales anotadas, su legalización, incurrió en un error de derecho al atribuirles

una naturaleza jurídica de que carecen y atribuirles también eficacia probatoria sin tenerla, por prohibición expresa de la Ley".

Réplica del opositor

El señor Personero Delegado en lo Civil, en su escrito de oposición, al referirse a los documentos aducidos por la parte demandada para demostrar que Carlos Navarro M. estuvo ausente del país durante el tiempo que los testigos afirman que estaba en Bogotá haciendo vida marital con la madre del demandante, dice que "habiendo sido tomadas tales copias de los documentos existentes en él, ARCHIVO DIPLOMATICO Y CONSULAR DEL MINISTERIO parte correspondiente a la LEGACION EN MEJICO, según la anotación puesta al final de cada una de aquellas comunicaciones por el funcionario que expidió las copias, no parece incurrirse en error al asignarle a éstos el valor probatorio de documentos auténticos, como provenientes de un empleado diplomático de Colombia en el exterior y en pleno ejercicio de sus funciones oficiales".

Y agrega que, a su juicio "no son aplicables aquí los artículos 657 y 658 del Código Judicial invocados por el recurrente, pues tales normas se refieren a documentos públicos o documentos privados extendidos en país extranjero por autoridades de éste o particulares, sin intervención ninguna del respectivo agente diplomático o consular de Colombia; casos completamente distintos al de los informes dirigidos por las constancias existentes que ejercía aquella representación de la República en el país de origen de los documentos".

Consideraciones de la Corte

1º El Título XVII del Libro 2º del Código Judicial, en sus Capítulos III, IV y V, reglamenta la prueba documental, la clasifica, le asigna el mérito de convicción que le corresponde según la naturaleza de ella, establece las formalidades procesales a que debe ajustarse la aportación que de dicha prueba se haga en el juicio y finalmente señala los requisitos a que debe sujetarse la que ha sido producida en el exterior.

2º Por prueba documental se entiende la constancia gráfica que se deja acerca de la celebración de un contrato, la realización de un acto o la ocurrencia de un hecho cualquiera. Se trata, pues, de una prueba indirecta, de carácter histórico, representativa de un acontecimiento pretérito, que si es litigioso o tiene trascendencia en un proceso, permite al Juez conocer la verdad acerca del mismo.

3º Según su naturaleza jurídica la prueba literal se clasifica en instrumentos públicos y documentos privados; son auténticos los primeros, en todos los casos, y lo son también los segundos cuando han sido reconocidos por sus otorgantes en alguna de las formas que establece la Ley o ésta presume su autenticidad.

Al tenor de los artículos 1.758 del Código Civil y 632 del Código Judicial, se entiende por instrumento público, aquel que ha sido autorizado, vale decir, firmado por un funcionario público competente, de acuerdo con los requisitos legales que para cada caso se exijan y que la intervención de dicho funcionario haya ocurrido por razón del ejercicio de sus funciones. Esta clase de instrumentos, según el artículo 1.759 del Código Civil, hace plena fe en cuanto a su otorgamiento y su fecha, y las copias que de ellos se expidan de acuerdo con la Ley son documentos auténticos.

En consecuencia, los documentos que emanan de representantes diplomáticos o consulares de Colombia en el exterior, o que han sido otorgados ante ellos en ejercicio de sus funciones, son instrumentos públicos para los efectos de los preceptos legales antes mencionados, si por lo demás aquellos han actuado en ejercicio de sus funciones y con observancia de las formalidades legales propias de cada caso, y por tanto son plena prueba, erga omnes respecto de su otorgamiento y de su fecha, y entre las partes acerca de su contenido.

4º Con relación a los instrumentos públicos y a los documentos privados extendidos en país extranjero y de que se quiere hacer uso en Colombia, la Ley establece un régi-

men diferente en cuanto a las formalidades a que están sujetos, según que en ellos haya intervenido o no un Agente diplomático o consular de la República. Aquellos en los cuales se produjo esa intervención, se sujetan a lo dispuesto por el artículo 658 del Código Judicial, y para ser admisibles como prueba, sólo requieren la autenticación de la firma de dicho funcionario por el Ministerio de Relaciones Exteriores. En cambio, cuando el Agente diplomático o consular colombiano no ha intervenido en el otorgamiento del instrumento público extendido en país extranjero, éste requiere además que lo autentique dicho funcionario, lo cual hace presumir que se conforma a la Ley del lugar en que fue otorgado (art. 657 ibídem).

5º Las comunicaciones oficiales que dirigen al Ministerio de Relaciones Exteriores los funcionarios diplomáticos y consulares de la República en ejercicio de su cargo y por razón de sus funciones, son documentos auténticos al tenor de la primera parte del artículo 632 del Código Judicial y lo son también las copias respectivas expedidas formalmente y autorizadas por el empleado encargado de los archivos del Ministerio. Tales documentos, pues, no están sujetos a las formalidades que ordenan los artículos 657 y 658 ibídem.

6º La Corte ha dicho que "el procedimiento adecuado para acreditar hechos (se subraya) que constan en documentos oficiales o públicos, no es otro diferente al de la presentación de las copias auténticas de los mismos expedidas por las entidades o personas encargadas de su custodia o archivo, según lo previene el artículo 632 del Código Judicial (LXXVI, pág. 184)". Y al referirse a los llamados informes administrativos, expresa que "son medios de prueba que se asemejan a instrumentos públicos cuando provienen de funcionarios competentes en el ejercicio de sus funciones. Hacen fe en cuanto a los hechos ejecutados por ellos mismos y sobre los que en esas circunstancias se hayan realizado en su presencia y pueden verificarse por los sentidos (LXII, pág. 892)".

7º Es consecuencia de lo expuesto que el Tribunal no incurrió en error alguno al darle valor probatorio a la prueba documental que la parte demandada adujo en este juicio, consistente en el decreto mediante el cual el Gobierno nombró a Carlos Secundino Navarro M. como encargado de negocios de Colombia ad-honorem, en la República de Méjico; el acta de posesión de tal cargo, documentos éstos que demuestran la calidad de funcionario público que tenía Navarro; y las diversas comunicaciones que el mismo dirigió por razón de su cargo al Ministerio de Relaciones Exteriores y de las cuales se trajeron copias autorizadas y formalmente expedidas por el empleado encargado de los archivos de tal Ministerio. Esas copias, por consiguiente, son documentos públicos o auténticos que como tales no requieren ser reconocidos o autenticados para tener el pleno valor probatorio que les asigna la Ley (art. 632 del C. J.).

Los referidos documentos presentados para acreditar el hecho de que Carlos Navarro M. permaneció en Méjico como encargado de los negocios de Colombia durante los últimos meses del año de 1922 y los tres primeros de 1923 son, pues, instrumentos públicos y auténticos para los efectos de los artículos 1.758 del Código Civil y 632 del Código Judicial y tienen el pleno valor probatorio que les reconoció el Tribunal en el fallo recurrido sobre la permanencia en cuestión, porque tales documentos, se repite, no estaban sujetos a las normas de los artículos 657 y 658 del Código Judicial. En estas condiciones, el Tribunal no incurrio en ninguno de los errores que se le atribuyen a la sentencia, por lo cual el cargo no prospera.

Segundo cargo

El censor acusa la sentencia del Tribunal por falta de aplicación de los artículos 4º en su numeral 4º y 20 de la Ley 45 de 1936 y del 1321 del Código Civil, en la cual incurrió por vía indirecta a consecuencia "de errores de derecho y errores de hecho cuando los desnaturaliza en su finalidad objetiva" cometidos respecto de la prueba testi-

monial que adujo la parte actora, en virtud de los cuales fueron quebrantados como violación medio, los artículos 688 y 697 del Código Judicial y también el 472 de la misma obra.

Dice el recurrente que "en la ponderación de los testimonios antes relacionados, el Tribunal incidió en un manifiesto error de derecho porque a pesar de que ellos responden a las exigencias del artículo 697 del Código Judicial les niega su eficacia probatoria. E incidió también en manifiesto error de hecho, pues al pretender examinar dichos testimonios, los desnaturaliza en su fidelidad objetiva, atribuyéndoles afirmaciones que no constan en las correspondientes declaraciones. Estos errores son comunes para cada uno de los testimonios singularizados, razón por la cual no se exponen en relación con cada uno de ellos en particular, porque sería repetir un mismo concepto..."

Y agrega más adelante, que el Tribunal admite en la sentencia que todos los declarantes "se hallan acordes en la existencia de las relaciones sexuales estables y notorias de Carlos Navarro M. y Josefina Rodríguez, durante el período comprendido entre los primeros días del año de mil novecientos veintidós y últimos de mil novecientos veintitrés, y que todos explicaron el motivo de ese conocimiento... Eso implica admitir que los testimonios antes singularizados en el presente cargo, fueron llevados al proceso en la forma legal, reúnen las exigencias de los artículos 688 y 697 del Código Judicial, y que por consiguiente prueban los presupuestos fundamentales de las pretensiones de la demanda. No obstante el Tribunal, para desvalorizar la prueba, la desnaturaliza en su fidelidad objetiva, e insiste en que en el proceso se halla definido con suficiente certidumbre que en los meses de octubre, noviembre y diciembre de 1922 y los de febrero y marzo de 1923, el Dr. Navarro se hallaba en el exterior, sin percatarse de que la prueba de esa situación no tiene existencia en los autos como quedó demostrado en el cargo anterior. Y sin percatarse tampoco de que tal afirmación sin respaldo probatorio no se encontraba en pugna con la época probable de la concepción de mi mandante, según el artículo 4º, numeral 4º de la Ley 45 de 1936, en concordancia con el artículo 92 del Código Civil".

"Cuando se trata de la prueba testimonial —continúa el censor— no se pueden analizar aisladamente unos pasajes de la declaración, sino que es necesario hacerlo en su conjunto para inferir su verdadera significación. Es que dentro del sistema legal moral que gobierna nuestro derecho probatorio el criterio judicativo (sic) del Juez para impedir el juicio de valor correspondiente que precise el mérito de la prueba testimonial no excluye, como es obvio, la aplicación de los principios de la sana crítica, en busca de la depuración de la prueba PERO SIN PERDER DE VISTA QUE EXISTEN REGLAS JURIDICAS QUE IMPONEN SU ACEPTACION DENTRO DE DETERMINADAS CIRCUNSTANCIAS Y CONDICIONES", tales como las enunciadas en el artículo 697 del Código Judicial y si el juzgador de instancia formula al testimonio una crítica desviada, contraria a su texto y a su contexto, pretendiendo desarticularlo, desnaturalizarlo, en vez de armonizar unos con otros, incurre en un error de derecho censurable en casación, porque entraña una cuestión puramente jurídica, como es la de presentar el contenido objetivamente válido de la norma medio que determina el valor de la prueba fijado por la Ley".

Después de extensas consideraciones acerca de la forma como debe valorarse la prueba testimonial y de los errores en que al respecto había incurrido el Tribunal en el presente caso, concluye diciendo que las declaraciones que adujo "demuestran plenamente todos y cada uno de los elementos propios y esenciales de la naturaleza jurídica de la pretensión incoada, porque todos ellos coinciden en los siguientes factores:

a) Cronológico, en cuanto a que las relaciones sexuales se iniciaron en los primeros días del año de mil novecientos veintidós y terminaron a fines de mil novecientos veintitrés; b) Geográfico, porque todos los tes-

timonios están acordes en que tales relaciones se desarrollaron en el barrio de Las Cruces de esta ciudad, lugar cercano a la Gallera de Navarro; c) Estabilidad, porque todos los declarantes concuerdan que Navarro cohabitó continuamente con Josefina Rodríguez en el hogar y durante el período antes señalado y que él suministró lo necesario a la concubina y pagó el valor de los gastos del alumbramiento; d) Notoriedad, por cuanto Navarro era muy conocido en ese sector de la ciudad y fue por ello que esos mismos vecinos dieron por apellidar a Josefina como 'la mona del Dr. Navarro' y a decir públicamente que el precitado Dr. Navarro le había hecho un hijo a Josefina; y e) Factor sexualidad, de igual manera concuerdan los testigos en que existieron relaciones sexuales entre los precitados amantes en el lapso ya indicado. Y que tan evidente es eso que como fruto de esas relaciones nació el demandante y existió la comunidad de habitación".

Consideraciones de la Corte

1º La Corte en forma reiterada ha dicho que no es dable acusar una sentencia en casación, simultáneamente y sobre un mismo punto, por errores de hecho y de derecho cometidos en la estimación de una prueba (CXVII, pág. 126). No obstante, en el caso sub-judice, atendiendo al desarrollo del cargo, se interpreta que fue denunciada la comisión de un error de hecho, en cuanto se acusa la desnaturalización de la "fidelidad objetiva" de las declaraciones al habérseles atribuido afirmaciones que, según el censor, no hicieron los testigos. El error de derecho que también se atribuye a la sentencia consistiría entonces en habérseles negado eficacia probatoria a esos testimonios, no obstante estár ajustados a la norma del artículo 697 del Código Judicial. Entendida así la acusación, desaparece el mencionado obstáculo para despacharla, ya que los errores de orden probatorio a que alude el recurrente no se refieren al mismo punto.

Un cargo de esta naturaleza, formulado de manera global contra todo el acervo probatorio o parte indeterminada del mismo, no es de recibo en casación, porque ello equivaldría a convertir este recurso extraordinario en una tercera instancia. En efecto, el artículo 52, num. 1º del Decreto 528 de 1964 sólo permite a la Corte revisar el error en que el Tribunal haya podido incurrir respecto de pruebas determinadas y singularizadas sin que le sea permitido reconsiderar, por la vía del ataque global, la convicción a que éste llegó al hacer el estudio de la cuestión probatoria del juicio.

Cuando se invoca el primer motivo de casación para acusar una sentencia por la vía indirecta, el cargo debe consistir precisamente en la imputación de un error de hecho evidente en cuanto a pruebas debidamente singularizadas o en uno de derecho respecto de la valoración que a aquellas les dio el Tribunal frente a las normas legales que las regulan, normas que en todo caso deben ser mencionadas en la demanda. El error de hecho, que como se dijo, debe ser manifiesto, sólo puede consistir en que el Tribunal supuso una prueba que no existe en los autos o dejó de ver la existente o le recortó o adicionó a ésta su verdadero contenido.

2º El artículo 697 del Codigo Judicial no obliga al Juez a dar por demostrado plenamente un hecho porque dos testigos hábiles concuerden sobre él y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar; apenas le permite obtener esa convicción jurídica, si por lo demás estima razonablemente que las declaraciones son sinceras y están desprovistas de las equivocaciones en que humanamente pudieron haber incurrido esos testigos al percibir el hecho, al evocarlo o al expresar el recuerdo que del mismo conservan. El Juez debe analizar razonablemente el fundamento en que el testigo basa el conocimiento que dice tener de los hechos y estudiar si la declaración es responsiva, exacta y completa; si el declarante le merece confianza; y la manera precisa y distinta como ha sabido los hechos que afirma o de que tiene noticia (art. 688 C. J.). Todo esto implica un raciocinio, una delicada ponderación que la Corte, salvo contravidencia, no tiene poder para modificar. En la prueba de testigos, pues, predo-

mina la persuasión racional sobre la tarifa legal rígida, como sistema de apreciación de su poder demostrativo.

3º Al ponderar los testimonios de acuerdo con las normas legales pertinentes y los principios de la sana crítica, el sentenciador debe calificar si el hecho que relatan los testigos es posible que haya ocurrido en la realidad; si es posible también que éstos lo hayan podido percibir; y por último, si es posible que lo pudieran recordar cuando rindieron su declaración. Debe estudiar igualmente la probabilidad en cuanto a la ocurrencia del hecho o la percepción del mismo por parte de los testigos y a que éstos puedan recordarlo tal como ocurrió. Esta calificación es indispensable porque el testimonio merecerá tanta mayor credibilidad cuanto mayores sean la posibilidad y la probabilidad antes mencionada. Así, tendrá que enjuiciarlos para determinar si el hecho que relata el testigo es posible que haya ocurrido o no. Si se trata de un hecho físicamente imposible, por ser contrario a la naturaleza, el dicho del declarante que lo relata no podrá merecer crédito alguno; si la ocurrencia del hecho fue posible pero no así que pudiera ser percibido por el testigo, tampoco merecerá fe esa declaración. Si es probable la ocurrencia del hecho, la fuerza probatoria de la declaración será dudosa; dudosa lo será también, si por la manera como el testigo dijo haberlo percibido es improbable que hubiera podido hacerlo; dudoso será igualmente el testimonio, si por el largo tiempo transcurrido entre la ocurrencia del hecho y el relato que del mismo hace el declarante, no es probable que lo pueda recordar ni menos aún con la precisión de las circunstancias que expone en su relato.

4º En el proceso de esclarecimiento de la verdad objeto del litigio que le incumbe al sentenciador de instancia, éste debe tener en cuenta las pruebas aducidas por los litigantes en su conjunto, para apreciar cuáles convergen a demostrar determinado hecho litigioso y también, por otra parte, para señalar las que sean contradictorias en cuanto a la demostración del mismo.

5º En el caso sub-judice se observa que el Tribunal, al valorar los medios de convicción allegados al proceso, contrapuso los testimonios aducidos por el actor y los documentos que presentó la parte demandada, y concluyó que la prueba escrita le restaba credibilidad a la de testigos, de lo cual dedujo lógicamente que no estaban plenamente probadas las relaciones sexuales entre Navarro y la madre del demandante durante la época en que según la presunción que consagra el artículo 92 del Código Civil ha debido tener lugar la concepción.

En tal virtud, el sentenciador desestimó los testimonios porque en el proceso de valoración de la prueba documental, encontró que ésta era suficiente para acreditar de modo cierto que en los meses de octubre, noviembre y diciembre de 1922 y enero, febrero y marzo de 1923, el citado Navarro se encontraba ausente del país y por tanto, que durante esa época no pudo haber las susodichas relaciones sexuales. Este concepto del sentenciador no peca de contraevidencia ni vulnera el precepto del artículo 697 del Código Judicial; por el contrario, es fruto de la apreciación de pruebas que fueron legalmente aducidas al juicio y para la cual disponía de poderes muy amplios, de los cuales usó en forma prudente y juiciosa, aplicando las normas de la sana crítica y los preceptos de orden probatorio correspondientes, en forma que no chocan ni con su texto ni con su espíritu. La Corte no encuentra, pues, el error que le atribuye el recurrente a la sentencia acusada.

En estas condiciones, el cargo no prospera.

Como consecuencia de todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia proferida en el presente juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá; el 4 de agosto de 1967.

Condénase en costas a la parte recurrente.

(Esta sentencia fue discutida y aprobada por la Sala como consta en Acta Nro. 12 de 9 de los corrientes).

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

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

Heriberto Caycedo M., Secretario.

SOCIEDAD DE HECHO

Puede surgir de dos maneras.

La nulidad contractual no tiene cabida en las sociedades formadas por los hechos; establecida su existencia puede pedirse su liquidación.

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

(Magistrado Ponente: doctor Guillermo Ospina Fernández).

(Aprobado por Acta Nº 17 de esta fecha).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales el 10 de mayo de 1968 en el juicio ordinario de Gustavo Herrera Llano frente a Fabio Llano.

El litigio

Ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Manizales, Gustavo Herrera Llano citó a juicio a Pablo Llano B. para que se tomasen frente a éste las siguientes determinaciones: decretar la liquidación de la sociedad de hecho formada entre demandante y demandado, y la distribución por partes iguales entre éstos de los bienes, dineros, maquinaria y toda clase de implementos que componen la Industria Tirellantas, situada en la ciudad de Manizales, calle 21 con carrera 15; decretar la liquidación de las utilidades producidas por la sociedad; y nombrar un liquidador para la misma.

Los hechos constitutivos de la causa petendi son los que a continuación se sintetizan en lo pertinente: 1º Gustavo Herrera Llano y Fabio Llano B. formaron una sociedad de hecho para la explotación de una industria reencauchadora denominada "Tirellantas" que ellos le compraron a Bernardo Jaramillo Botero; 2º la mencionada sociedad se inició en el mes de febrero de 1965, según se le informó a la Compañía Croydon Pacífico de Cali; 3º la reencauchadora fue comprada a crédito por Herrera Llano y Llano B., quienes le firmaron al vendedor letras de cambio por la suma de $ 96.000.00, garantizadas con la firma de Rogelio Toro G.; 4º para formar la precitada sociedad, Herrera Llano renunció empleo que tenía en la Reencauchadora "Moderna"; 5º Herrera Llano, "único conocedor del negocio", como socio industrial y capitalista, recibía mensualmente de Fabio Llano copia de los balances; 6º este, por motivos personales, resolvió unilateralmente ponerle fin a la sociedad "y llegó hasta apoderarse de las llaves y demás elementos de la fábrica, como chequeras, sellos, etc."; 7º Fabio Llano está en posesión de la Reencauchadora "Tirellantas" y se ha negado a proceder a la liquidación de la sociedad; 8º en esta se llevaban libros, de los cuales se copiaron los balances acompañados a la demanda; 9º "Fabio Llano se hizo registrar en la Cámara de Comercio sin haber presentado ningún documento de propiedad"; 10. el capital inicial de la sociedad era superior a $ 100.000.00, "suma que se debía amortizar con el producido de la sociedad, debido en su mayor parte al trabajo de mi mandante por ser experto en dicha actividad y el señor Fabio Llano atendía a la oficina"; 11. Herrera Llano y Fabio Llano ad-

ministraban la sociedad de común acuerdo, manejaban las chequeras en las que cada uno de ellos podía hacer giros contra el mismo Banco; y 12. Fabio Llano administraba la sociedad "y hasta el momento no ha rendido cuenta de su mandato".

En uso del traslado del libelo, el demandado lo contestó oponiéndose a las pretensiones del actor y negando la mayoría de los hechos en que estas se fundan, especialmente aquellos que tocan con la existencia de la sociedad de hecho cuya liquidación se impetra.

El Juzgado del conocimiendo en su sentencia accedió a las pretensiones de la parte actora y condenó en costas a la demandada, y en virtud de apelación interpuesta por ésta se surtió el segundo grado del juicio que culminó con fallo confirmatorio.

La motivación del Tribunal

A vuelta de relacionar la litis-contestación y las pruebas aportadas por las partes en el juicio, se extiende el sentenciador en consideraciones relativas a la naturaleza y al régimen legal de la sociedad de hecho.

Recuerda que a ellas se refiere el artículo 2083 del C. Civil al expresar: "Si se formara de hecho una sociedad que no pueda subsistir legalmente, ni como sociedad, ni como donación, ni como contrato alguno, cada socio tendrá facultad de pedir que se liquiden las operaciones anteriores y de sacar lo que hubiere aportado" y que el Código de Comercio también trae algunas reglas pertinentes a las mismas en sus artículos 472 a 480.

Con cita de doctrinas de la Corte, considera el Tribunal que las sociedades de hecho se forman de dos maneras: "o porque no quisieron o no pensaron los socios reunir las formas solemnes del contrato y la sociedad se forma de hecho; a bien quisieron observar las formalidades y no resultaron plenamente completas. Esta última manera de formarse una sociedad de hecho es la llamada por degeneración. Y como acertadamente lo dice el tratadista Antonio Rocha, la clasificación del aporte es incompleta, porque deja por fuera aquellas sociedades que también son de hecho, a pesar de que ellas hayan reunido en forma minuciosa los requisitos exigidos para su constitución o para su prórroga o disolucion, y que resultan nulas de acuerdo con el artículo 2083 del C. Civil, por vicios internos, como el consentimiento, o en general por causas distintas a objeto ilícito o causa ilícita". Y como consecuencia de ser de hecho una sociedad, el fallo señala el derecho que asiste a cualquiera de los socios para pedir la liquidación de la misma y retirar su aporte, conforme a los artículos 2083 del C. Civil y 465 del C. de Comercio, sin perjuicio de los actos y contratos celebrados, o sea que "la nulidad del acto al cual faltan las formas solemnes o condiciones de fondo de un contrato, opera para el porvenir, no borra el pasado".

En orden a determinar si en el presente caso está o no acreditada en los autos la existencia de la sociedad de hecho entre las partes el fallo acusado considera:

"1º Está debidamente demostrado que hubo un acuerdo explícito entre los señores Gustavo Herrera Llano y Fabio Llano B., de comprarle la empresa reencauchadora "Tirellantas", al médico Bernardo Jaramillo Botero; hubo conversaciones relacionadas con el precio, forma de pago y garantías. El negocio jurídico se llevó a cabo en presencia del señor Rogelio Toro, quien firmó las letras como fiador. Posteriormente la empresa entró en plena producción y el señor Herrera se puso al frente de ella, especialmente en la cuestión técnica, y el señor Llano B. en el aspecto administrativo. De esa serie coordinada y coherente de hechos de explotación común se concluye la demostración del primer requisito.

"2º Los señores socios Herrera y Llano B. ejercieron durante la vida jurídica de la citada sociedad, una acción paralela y simultánea en todas las operaciones comerciales encaminadas a la consecución de utilidades, actos que están debidamente corroborados con los diversos medios de prueba que hacen parte del juicio.

"3º De las actividades desarrolladas en la sociedad 'Tirellantas', por los señores Gustavo Herrera y Fabio Llano, se deduce que cada uno de ellos tenía un campo de acción en un pie de igualdad, a pesar de que el demandado se empeña en afirmar que el señor Herrera era un simple empleado, hecho totalmente desvirtuado por el acta de inspección ocular que hizo el Juez de primera instancia, en asocio de peritos, quienes rindieron un dictamen uniforme, explicado y debidamente fundamentado, donde dicen que el señor Herrera no figura como empleado y por el contrario aparece relacionado en los libros de contabilidad con el señor Fabio Llano "en la Sub-cuenta 'DEUDORES VARIOS', lo que igualmente está predicando que tales señores frente al movimiento general de cuentas de la Empresa estaban situados en un mismo pie de igualdad" (fls. 30, vto. y ss. Cdo. 2º).

"Además, desde la iniciación del contrato de compraventa que los socios señores Herrera y Llano Betancur celebraron con el médico Jaramillo Botero, lo hicieron en igualdad de condiciones, una vez que la deuda quedó garantizada en letras de cambio, firmadas en forma solidaria por los compradores. Luego es necesario deducir que el señor Herrera en ningún caso quedaba en estado de subordinación del señor Llano Betancur; por el contrario, hubo una división del trabajo en la dirección de la empresa y cada uno ocupó un cargo de acuerdo con los conocimientos que poseía en relación con esa clase de empresas. El señor Herrera tuvo una participación activa en la dirección de 'Tirellantas', hasta el extremo que manejaba chequeras autorizado por el socio Fabio Llano B., se entendía con la clientela y ejerció actos de control en la supervivencia económica y técnica de la Empresa.

"4º Se ha demostrado hasta la saciedad que entre los señores actor y demandado, se formó una sociedad de hecho para la explotación de la empresa 'Tirellantas', como se deduce del conjunto de actos de colaboración comercial, de los cuales se induce un consentimiento explícito. Se basa esta conclusión en el haz probatorio exhibido, donde aparecen en forma evidente no sólo los requisitos esenciales y generales de toda convención, sino también los elementos especiales e intrínsecos al contrato de sociedad en general, como son la pluralidad de personas, concurrencia de aportes, ánimo de lucro, participación en las pérdidas y ganancias y el ánimo de asociarse, factor espiritual que se denomina por los tratadistas **'affectio societatis'**.

"Otro hecho de mucha importancia desde el punto de vista probatorio, consiste en los oficios que obran a folios 6º, 7º y 8º del cuaderno segundo, donde consta en primer término el expedido por el Banco Industrial Colombiano, de fecha 20 de enero de 1967, y donde dice lo siguiente:

"En marzo 15/65 fue abierta una cuenta corriente a nombre de Fabio Llano - Tirellantas; en abril del mismo año el señor Fabio Llano autorizó al señor Gustavo Herrera para girar separadamente contra dicha cuenta y en carta de agosto 16/65 el mismo señor Llano ordenó cancelar la autorización dada para el señor Gustavo Herrera'.

"El Banco Ganadero expidió uno en forma similar, en el sentido de que los cheques necesitaban de dos firmas autorizadas así: 'El señor Gustavo Henao Llano (sic) y señor Fabio Llano Betancur'.

"El Banco Popular también certificó que en la Sucursal figura cuenta a nombre de Fabio Llano Betancur (reencauchadora Tirellantas), sobre la cual giraban los señores Fabio Llano Betancur y Gustavo Herrera Llano.

"De los medios de prueba aportados por el actor, se concluye con suma claridad la colaboración y dirección de la citada Empresa, por los señores Gustavo Herrera y Fabio Llano, cada uno con funciones autónomas, pero obrando de común acuerdo en la dirección de la Empresa, hasta el extremo de que ambos estaban plenamente autorizados para girar cheques en las cuentas corrientes que tenían en los diversos Bancos de esta ciudad, como el Industrial Colombiano, Ganadero y Popular. Lógicamen-

te se tiene que el señor Herrera era socio y no empleado, como erróneamente pretende calificarlo el demandado por conducto de su apoderado legal.

"Por lo tanto se trata de actividades encaminadas a obtener beneficios.

"El hecho de que el señor demandante firmó las letras en forma solidaria con el señor Llano, está diciendo que no se trata de un simple empleado a sueldo, sino de un socio que se obliga con su firma al pago de la maquinaria comprada al médico Jaramillo Botero, hecho que desvirtúa de manera fehaciente la afirmación que hace el demandado en cuanto a la relación de dependencia del actor.

"El señor Llano Betancur no pudo desvirtuar ninguno de los cargos establecidos en el juicio; inclusive confirmó el hecho de que la convención se celebró con base en unas letras de cambio, donde figura como fiador el señor Rogelio Toro G., y que el valor de la maquinaria se pagaría con el producido de la misma; hecho confirmado por el mismo vendedor y por los abonos verificados por diversos valores oportunamente.

"De acuerdo con el dictamen rendido por los señores peritos en forma uniforme, quedó establecido que el señor Gustavo Herrera no apareció en la Sub-cuenta de Sueldos y Jornales; y lo relacionado con el traslado de la Sub-cuenta a Honorarios, de la suma de $ 6.623.05, a nombre del señor Gustavo Herrera a la cuenta de "Pérdidas y Ganancias", es una prueba que contradice ostensiblemente el concepto del demandado de que el actor era un simple empleado de la empresa.

"En presencia de los hechos y de la manera como aparecen establecidos en este juicio, es indispensable concluir sobre la existencia de los elementos necesarios para que jurídicamente pueda aceptarse una sociedad de hecho entre los señores Gustavo Herrera Llano y Fabio Llano Betancur. Del acervo probatorio se deduce de manera inequívoca el consentimiento recíproco con ánimo de asociación económica que resultó de manera evidente en la serie de actos que ejecutaron para obtener un lucro.

"Plenamente demostrada la existencia de la sociedad de hecho formada entre el actor y el demandado, tiene cabal aplicación el artículo 2083 del C. Civil, que establece que cada socio tendrá facultad de pedir que se le liquiden las operaciones anteriores, y de sacar lo que hubiera aportado. Entonces se procede a liquidar esa especie de comunidad para que cada socio retire lo que hubiere aportado.

"Es importante hacer mención al certificado expedido por la Cámara de Comercio de esta ciudad, con fecha febrero 28 del año próximo pasado, donde consta que el señor Fabio Llano Betancur se encuentra registrado, como propietario de la Reencauchadora "Tirellantas", bajo el número 0628. El señor Llano Betancur no presentó como era su obligación presentar, tratándose de firmas individuales, ningún documento diferente al formulario elaborado por esa Cámara de Comercio de acuerdo con la Ley 28 de 1931.

"Este certificado expedido por la Cámara de Comercio de Manizales, no desvirtúa en nada la existencia de la sociedad de hecho entre el demandado y el demandante, una vez que el señor Llano B. hizo el registro de la firma en forma unilateral y como una consecuencia lógica de la actitud procesal que asumió en el juicio, donde desconoció en forma radical la vinculación del señor Herrera Llano como socio de 'Tirellantas'.

La impugnación

Interpuesto el recurso extraordinario por la parte demandada, fúndase en escrito que contiene tres cargos en la órbita de la causal primera.

Primer cargo

Denuncia quebranto, por aplicación indebida de los artículos 2079, 2081 y 2083 del C. Civil, en concordancia con los artículos 472 y 475 del C. de Comercio, a consecuencia de error de hecho en la apreciación de determinada prueba.

Precisa el censor el punto de partida de su acusación, o sea el que toca con el error de hecho que se le imputa al Tribunal en la apreciación probatoria, así: "Este error consistió en que el sentenciador dio por sentada la existencia de una sociedad de hecho entre demandante y demandado y las inherentes circunstancias de aporte de una cosa en común o participación de los presuntos socios en los beneficios y pérdidas, sin estar demostrados esos hechos con el material probatorio de autos".

Seguidamente la censura procede al examen de las pruebas que estima indebidamente apreciadas por el sentenciador, las que expone y comenta en la forma que a continuación se compendia.

a) **Testimonios de Bernardo Jaramillo Botero.** En el primero de los cuales el testigo reconoció el contenido de una carta dirigida a Croydon del Pacífico S. A., donde dice haberles vendido su reencauchadora a Fabio Llano y Gustavo Herrera, al paso que en el segundo reitera el hecho de la venta por un precio de $ 96.000.00, después de entrevistas con Llano y Herrera, en las cuales ambos intervenían, aunque el primero "tomaba las iniciativas del negocio e intervenía en el fondo del mismo"; por lo cual dice el testigo que no está "en condiciones de afirmar si esa venta se hizo para esos dos señores o solamente para Fabio Llano B." "Lo único que declaro es que el negocio quedó cerrado, cuando Fabio aceptó las condiciones del mismo". Agrega que todas las letras a su favor fueron aceptadas por Fabio Llano, Gustavo Herrera y Rogelio Toro G. de las cuales el primero le ha pagado cinco, y que en la entrega de la maquinaria estuvieron presentes Fabio Llano y Gustavo Herrera.

Según el censor de estos testimonios no se desprende indicio alguno de que Llano y Herrera hubieran aportado para su explotación en común la empresa vendida por Jaramillo Botero, pues la presencia del demandante en esta negociación y la suscripción por el mismo de las letras de cambio giradas en favor del vendedor no indican aporte a una sociedad y menos aún pacto expreso sobre reparto de utilidades.

b) **Testimonios de Hugo García Herrera, el mayor Alberto Mesa y Hugo Ballesteros.** Se observa que se refieren a hechos y circunstancias posteriores a la época en que el demandante ubica la iniciación de la sociedad. "Ellos aluden simplemente a un incidente en el DAS, relativo a llaves y chequeras, muy distante de la idea de sociedad de hecho".

c) **Cartas de los Bancos.** El Banco Industrial Colombiano informa sobre la apertura de una cuenta a nombre de "Fabio Llano Tirellantas" contra la cual el nombrado Llano autorizó a Gustavo Herrera para girar cheques. El Banco Ganadero habla de la existencia en él de la cuenta "Reencauchadora Tirellantas" y de que para girar cheques contra ésta se necesitaban las firmas de Gustavo Hénao (sic) Llano y Fabio Llano Betancur. Y el Banco Popular también expresa que en él figura una cuenta corriente a nombre de Fabio Llano Betancur (Reencauchadora Tirellantas), contra la cual giraban Fabio Llano y Gustavo Herrera.

De estas comunicaciones no resultaría prueba directa ni indirecta de aportes a una sociedad de hecho con el fin de repartirse las utilidades o pérdidas del negocio; y el hecho de autorizar a una persona para girar separada o conjuntamente cheques contra una o varias cuentas corrientes sólo demuestra confianza en el autorizado de parte del dueño de esas cuentas.

d) **Posiciones de Fabio Llano B.** No contienen confesión del demandado sobre la existencia de la sociedad, y sólo acepta que Herrera también firmó las letras a favor de Jaramillo Botero, pero como simple fiador, al igual que lo hizo el señor Rogelio Toro.

e) **Inspección ocular.** Muy pocas luces aportaría esta diligencia, durante la cual no se encontró escritura, acta o documento que diera cuenta de la formación de una sociedad entre Llano y Herrera.

f) **Dictamen pericial.** Los peritos, al examinar los libros de contabilidad de la empresa solamente verificaron que Gustavo

Herrera Llano no figuraba en la nómina de empleados de aquella, pero sí en una Subcuenta de deudores varios y en otra denominada honorarios. Tampoco establece, pues, la formación de una sociedad de hecho.

g) Posiciones de Gustavo Herrera. Este demandante las absolvió en consonancia con sus pretensiones en el presente juicio.

h) Balance. Se trata de un papel sin firma responsable, que nada prueba en relación con las cuentas de la empresa.

i) Certificado de la Cámara de Comercio. Es un documento público que da cuenta que la Reencauchadora Tirellantas es un establecimiento comercial registrado únicamente a nombre de Fabio Llano Betancur, indicio que sería muy importante para desvirtuar la existencia de la pretendida sociedad de hecho.

j) Copias de diligencia judicial. Contienen estas las declaraciones de Leonel Hernández y Pablo Hernán Ortiz, trabajadores de Tirellantas, quienes afirman que el dueño y poseedor de la empresa es Fabio Llano Betancur, y que solamente han conocido esporádicamente al demandante como recolector de llantas para la empresa.

"Resumiendo tenemos —dice el censor— que el fallador ad-quem parte, en el aspecto de hecho, de indicios que no están plenamente demostrados y trae una deducción equivocada sobre la existencia de la sociedad de hecho y sobre la presencia de los componentes esenciales de ella, que son el aporte de bienes en común y el propósito o decisión de repartir utilidades. Esa deducción la extrae el fallador de un solo argumento o indicio no necesario, que es el de que Gustavo Herrera firmó con mi representado varias letras para garantizar el pago del precio de Reencauchadora a Jaramillo Botero, todo con la circunstancia de que las letras las firmó además, como aceptante, el señor Rogelio Toro, a quien no se ha considerado como socio. Otra deducción equivocada consiste en atribuirle a Herrera la calidad de socio, con el argumento ineficaz y negativo de que no se demostró que fuese empleado subalterno".

Remata el cargo así: "Por esos errores evidentes de hecho, llegó el sentenciador a violar el artículo 2079 del C. Civil, por aplicación indebida, ya que esa norma exige, para que exista sociedad, que dos o más personas estipulen 'poner un capital u otros efectos en común, con el objeto de repartirse entre sí las ganancias o pérdidas que resulten de la especulación'. Y también llegó a violar, por falta de aplicación, cuando ha debido hacerlo, el artículo 2031 ibídem, el cual prescribe que 'no hay sociedad si cada uno de los socios no pone alguna cosa en común, ya consista en dinero o efectos, ya en una industria, servicio o trabajo apreciable en dinero'. Y en cuanto agrega: 'Tampoco hay sociedad sin participación de beneficios'. Paralelamente, infringió, por aplicación indebida, el artículo 2083 ibídem, norma que no era aplicable al caso y que ordena liquidar la sociedad de hecho por petición de cualquiera de los socios, como tampoco lo eran los artículos 472 y 475 del Código de Comercio que preveen la liquidación de las sociedades comerciales irregulares o de hecho. En el caso de autos no podía ordenarse la liquidación de una sociedad inexistente o sea de una sociedad de hecho sobre la cual no hay prueba".

Consideraciones de la Corte

I. No se compadece el cargo con la preceptiva de la causal primera de casación, en su especie del quebranto indirecto de la ley sustancial a consecuencia del error de hecho en la apreciación de pruebas determinadas.

II. El Tribunal, según quedó visto, encuentra plenamente acreditados los siguientes hechos que para él constituyen indicios de la existencia de la cuestionada sociedad: a) que Herrera Llano y Fabio Llano intervinieron en las conversaciones que se adelantaron con Bernardo Jaramillo Botero para la compra a éste de la reencaucha-

dora Tirellantas; b) que los nombrados Herrera y Llano firmaron las letras correspondientes al precio de esa compraventa, junto con Rogelio Toro, quien las firmó como fiador; c) que, posteriormente, la empresa entró en funcionamiento encargándose Herrera de la gestión técnica y Llano de la administrativa, configurándose así una explotación común de dicha empresa; d) que esa gestión de los nombrados fue simultánea y paralela en orden a que la empresa produjera utilidades; e) que, a pesar de que Llano se ha empeñado en afirmar que Herrera era su empleado, esta aseveración está plenamente desvirtuada por la inspección ocular a los libros de la empresa y el dictamen pericial anexo, que demuestran que el nombrado Herrera no figura con tal carácter en la nómina de empleados y que, por el contrario, sí figura al igual que Llano en la sub-cuenta de "deudores varios", o sea que ambos aparecen en la contabilidad de la empresa en un mismo plano de igualdad; y f) que las cuentas corrientes bancarias de la empresa eran manejadas por Llano y Herrera.

III. Bien conocida es la jurisprudencia de la Corte sobre el error en punto de la apreciación de la prueba indiciaria y su pertinencia en el recurso extraordinario. Así, en sentencia del 12 de junio de 1958 se dijo: "Si en la prueba por indicios se trata fundamentalmente de que el juzgador, por el hecho conocido, pase a descubrir el hecho que se controvierte, no existe duda alguna acerca de que por regla general el debate sobre su mérito quede cerrado definitivamente en la instancia, y que la crítica en casación se reduce a determinar si por error evidente de hecho o por error de derecho estuvieron admitidos como probados o como no probados los hechos indicativos; si todas las conjeturas dependen exclusivamente de un indicio no necesario, y si la prueba por indicios es o no de recibo en el asunto debatido. Pero en lo que atañe a la gravedad, precisión, concordancia y nexo de los indicios con el hecho que se averigua, el sentenciador está llamado por ley a formar su íntima convicción, que prevalece mientras no se demuestre en el recurso que contraría los dictados del sentido común o desconoce el cumplimiento de elementales leyes de la naturaleza" (G. J. T. LXXXVIII, pág. 176).

IV. Lejos está el cargo en examen de la observancia de esta preceptiva técnica sobre la censura en la apreciación de la prueba indiciaria. El censor no denuncia error de derecho alguno en que hubiera incurrido el Tribunal en la valoración de los medios que tocan con los hechos que éste estimó indicativos de la existencia de la sociedad de hecho; ni puntualiza si estos hechos son extraños al contenido real y objetivo de esos medios, ni demuestra que las inferencias que con base en ellos hizo dicho sentenciador contrarían los dictados del sentido común. Luego, la Corte tiene que respetar la convicción del sentenciador acerca de la existencia de la cuestionada sociedad de hecho.

El cargo no prospera.

Segundo cargo

Lo es por violación directa de los artículos 472 y 475 del C. de Comercio, en concordancia con los 1523 y 1741 del C. Civil, por falta de aplicación, y de los artículos 2079 y 2083 del Código últimamente citado, por aplicación indebida.

"No hay lugar a duda —dice el censor— de que las actividades de la Reencauchadora Tirellantas eran de índole comercial, ya que según la demanda se trata de una industria para el reencauche de llantas 'y para la venta de las mismas en varias empresas". También resulta claro que en la demanda no se pidió la declaratoria de nulidad de la sociedad en forma expresa. Y que la sociedad no se constituyó por escritura pública. Ante esas circunstancias, el fallador ha debido, en la parte resolutiva de su sentencia, declarar configurada la excepción de ineptitud de la demanda o petición de modo indebido, consistente en que no se pidió la nulidad de la sociedad irregular, como paso previo para la liquidación o sea para el reintegro de los aportes y consiguiente distribución de utilidades o pérdidas". Con base en estas premisas y transcripción de los artículos 472 y 475 del C. de Comer-

cio, concluye la censura que, como el primero de estos establece nulidad absoluta entre los socios cuando se pretermite la escritura pública y las demás solemnidades prescritas en los artículos 469 y 470 ibídem, y el segundo subordina la liquidación de la sociedad de hecho a la previa declaración de esa nulidad, tales preceptos fueron violados por el sentenciador al dejar de aplicarlos, así como también quebrantó los artículos 2079 y 2083 del C. Civil que, por referirse a sociedades civiles, eran impertinentes al caso litigado.

Tercer cargo

Propuesto como subsidiario del anterior, se hace consistir en quebranto de los artículos 472 y 475 del C. de Comercio, por interpretación errónea de los mismos, derivada de "la anarquía que en el pasado hubo sobre este problema de hermenéutica que atañe a las normas sobre sociedades de hecho".

El alcance de esta censura se concreta al evento de que, la Corte estime que fueron aplicados los textos legales en cita, por el hecho de haber sido mencionados en el fallo.

Se considera

I. Por tratarse de una misma materia y de acusación por la vía directa de quebranto de los artículos 472 y 475 del C. de Comercio, los dos cargos anteriormente relacionados se despachan en conjunto.

II. El tercer cargo de la demanda se propone como subsidiario del segundo de la misma, lo que conduce a la reiteración de la doctrina constante de la Corte acerca de que esta forma de postulacion no se compadece con la técnica del recurso, en el cual cada una de las causales o censuras aducidas es independiente y tiene el carácter de principal, en forma tal que todas ellas deben ser examinadas en su orden lógico (C. J. art. 537), a menos que, encontrándose fundada alguna de las mismas con aptitud suficiente para socavar totalmente el pronunciamiento del fallo acusado, resulte superfluo el estudio de las restantes (ibídem art. 538).

III. Está fuera de duda que el Tribunal no aplicó los artículos 472 y 475 del C. de Comercio que, se repite, establece en su orden, la nulidad entre los socios del contrato de sociedad mercantil en caso de inobservancia de las solemnidades prescritas para el mismo y la liquidación de la sociedad de hecho o irregular resultante una vez declarada tal nulidad, pues de haberse aplicado tales preceptos legales, la decisión adoptada por el sentenciador ciertamente no habría sido la estimatoria de las súplicas del actor. Significa lo dicho que el tercer cargo de la demanda es inane, según el propio censor lo entiende al proponerlo, porque el motivo de casación que se funda en la errónea interpretación de la ley sustancial solamente tiene cabida cuando esta se ha aplicado, pero en un sentido o con un alcance diverso del que le es propio; no así cuando ella se ha dejado de aplicar.

IV. Ha quedado en pie la conclusión del Tribunal acerca de la existencia entre el actor Herrera y el demandado Llano de una sociedad de hecho formada para la explotación de la empresa denominada Reencauchadora Tirellantas, conclusión que se funda en una serie de hechos establecidos en los autos, tales como la compra en común de dicha empresa a Botero Jaramillo, las actividades gestoras realizadas posteriormente por los aludidos compradores en orden a la explotación económica de aquella, el plano de igualdad en que se fueron desarrollando esas actividades, los retiros de dineros del fondo común con cargo, en igual forma para ambos, a la cuenta de deudores varios existente en los libros de la empresa, y no a otras cuentas como la de sueldos a empleados, en la que Herrera no figura, y en fin, el manejo de las cuentas bancarias de la empresa por ambos gestores, a medida que Llano iba autorizando a Herrera para el efecto, con el ítem de que alguna de estas cuentas requería la firma conjunta de los nombrados.

V. Al investigar el fenómeno de las sociedades de hecho en orden a determinar el

régimen jurídico pertinente, la Corte ha averiguado y así lo tiene dicho en varios de sus fallos que esta especie de sociedades irregulares surge en el tráfico económico de dos maneras diferentes: o bien proceden ellas de un contrato carente de los requisitos que la ley exige para su eficacia, o bien su formación, de ordinario en un lapso más o menos dilatado, resulta de hechos que permiten inferir el ánimo tácito de asociación, el concurso de los asociados dentro de un plano de igualdad en la gestión de uno o más negocios (aporte industrial), generalmente acompañado de aportes de bienes, y el riesgo común en los resultados de tales negocios. Así, pertenecen a la primera de estas clases de sociedades de hecho las mercantiles que no se han constituido por escritura pública y con el lleno de las demás solemnidades prescritas por la ley, v. gr. las que ordenan los artículos 469 y 470 del C. de Comercio; y entran en la segunda categoría, también por ejemplo, las sociedades de hecho entre concubinos, a través de las cuales, según es sabido, la jurisprudencia ha logrado determinar, en parte considerable, el régimen jurídico general a que están sometidas estas sociedades que se dicen "formadas por los hechos".

VI. La preindicada clasificación de las sociedades de hecho, ofrece, sin mayores consideraciones al respecto, base suficiente para el despacho del segundo cargo de este recurso. Las nulidades solamente se predican en los actos jurídicos, como los contratos, más no así de los hechos de naturaleza o del hombre que no alcanzan a constituir actos de aquella índole. Por consiguiente, la nulidad que expresamente establece el artículo 472 del C. de Comercio para las sociedades irregulares se reduce al campo de las que pretenden constituirse mediante un contrato de sociedad mercantil, sin la observancia de los requisitos legales propios de este, o sea que lo que en realidad resulta viciado de nulidad por tal causa es este contrato mismo, con la consecuencia de que el ente jurídico a que se ha querido dar nacimiento mediante él degenera en una sociedad de hecho. Entonces, la referida nulidad contractual no tiene cabida en punto de las sociedades formadas por los hechos, porque el conjunto de estos, generador de tal figura, no constituye un acto jurídico susceptible de ser anulado. Tal sucede en el presente caso, en el que no aparece acreditado un contrato de sociedad entre Herrera y Llano, pero sí indicios que el Tribunal estimó bastantes para declarar la existencia de una sociedad irregular de la clase últimamente mencionada. A ella no le eran aplicables los artículos 472 y 475 del C. de Comercio y, por ende, la censura es inane en cuanto al quebranto de ellos concierne.

VII. Entendida la sociedad de hecho que el Tribunal encontró establecida en los autos en la forma últimamente indicada, era pertinente la aplicación del artículo 2083 del Código Civil que se funda en el principio de que nadie está obligado a permanecer en un estado de indivisión de bienes con otro u otros, a menos de mediar un contrato que le imponga dicha obligación. Reza dicho texto legal: "Si se formare de hecho una sociedad que no pueda subsistir legalmente, ni como sociedad ni como donación, ni como contrato alguno, cada socio tendrá la facultad de pedir que se liquiden las operaciones anteriores, y de sacar lo que hubiere aportado. Esta disposición no se aplicará a las sociedades que son nulas por lo ilícito de la causa u objeto". Consagra así expresamente la disposición transcrita el derecho que tiene quien es partícipe en una sociedad formada por los hechos para pedir la liquidación de esta y la entrega de lo que en ella le corresponde. Tal derecho fue el que le reconoció el fallo acusado al actor Herrera, de donde se concluye que aplicó debidamente el citado artículo 2083.

En fin, no hubo violación del artículo 2079 ibídem, ni podía haberla, porque esta norma, al definir el contrato de sociedad, no es sustancial sino meramente instrumental.

Resolución

En mérito de lo anteriormente expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por auto-

ridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales de fecha 10 de mayo de 1968, en el juicio ordinario de Gustavo Herrera Llano frente a Fabio Llano B.

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

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

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

Heriberto Caycedo M. Secretario.

NULIDAD DE DONACIONES POR LA FALTA DE INSINUACION

Diligenciamiento de la prueba. — Oportunidad de allegarla al proceso. — Ilegitimación en la causa, no conduce a fallo inhibitorio. Transacción. Acumulación de acciones.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., febrero veintidós (22) de mil novecientos setenta y uno.

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

(Aprobado según Acta Nº 15 de fecha diez y seis de febrero de mil novecientos setenta y uno).

Se decide el recurso de casación interpuesto por los demandantes contra la sentencia del 10 de noviembre de 1966 dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Guateque, en el juicio ordinario instaurado por CARLOS MORENO SANCHEZ y ROBERTO MORENO RUIZ frente a JOSE DEL CARMEN LOPEZ y otros.

El litigio

1. En el libelo del 25 de marzo de 1965 Carlos Moreno Sánchez y Roberto Moreno Ruiz, con el carácter de herederos en la sucesión de Genaro Moreno Novoa, demandaron ante el entonces Juzgado Civil del Circuito de Guateque a José del Carmen López Sánchez, Otoniel Cifuentes Novoa, Uriel Cifuentes Heredia y Consolación Moreno de Cifuentes, a fin de que previos los trámites del juicio ordinario de mayor cuantía se hicieran las siguientes declaraciones:

"PRIMERA: Declárase que los demandados que suscribieron en Guateque con fecha cuatro de noviembre de 1964, un contrato de transacción ante testigos, de que trata en resumen el hecho dieciséis (16) de esta demanda, el que se anexa, han incumplido en su totalidad lo correspondiente a la esencia del contrato y por ello deben pagar una vez ejecutoriada esta sentencia la cláusula penal allí prevista de DIEZ MIL PESOS por cada uno de los mismos, en favor de los herederos de Genaro Moreno Novoa, en representación de su sucesión intestada, entre los cuales se cuentan como sus representantes a Carlos Moreno Sánchez y Roberto Moreno Ruiz, demandantes en este juicio.

"SEGUNDA; Se declara igualmente que los actos o contratos que recogen las escrituras mencionadas en los tres primeros hechos de esta demanda encierran unas donaciones disfrazadas de venta por las cuales hizo transferencia a título gratuito GENARO MORENO NOVOA en favor de José del Carmen López Sánchez, Otoniel Cifuentes Novoa, Uriel Cifuentes y Consolación Moreno de Cifuentes de los inmuebles matriculados CAMPO ALEGRE, FINCA URBANA y BUENA VISTA, por su tradición, situación y linderos allí provistos.

"TERCERA; como consecuencia de la declaración anterior se declaran nulas en forma absoluta las donaciones hechas por Genaro Moreno Novoa en favor de los demandados en el exceso de DOS MIL PESOS, por haberse omitido el requisito legal de la insinuación y entran los citados inmuebles materia de las donaciones, que se pormenorizan en los tres primeros hechos de este li-

belo, a formar parte del haber patrimonial de la sucesión intestada de GENARO MORENO NOVOA, representada por sus herederos que acrediten dicha calidad, quedando a deber en dinero efectivo a los demandados José del Carmen López, Otoniel Cifuentes, y a los cónyuges Uriel Cifuentes y Consolación Moreno, la suma de dos mil pesos a cada uno de los dos primeros y dos mil pesos a los demás, que por ley les corresponde de las donaciones, más un mil quinientos pesos a los dos últimos que confesaron haber entregado a Genaro Moreno Novoa".

Como consecuencia solicitaron los demandantes que se condene a los demandados a restituir a la sucesión de Moreno Novoa, de la cual aquellos son herederos, los inmuebles materia de la litis, junto con los frutos naturales y civiles que hubieren producido a partir de la contestación de la demanda y según tasación pericial; que se ordene la cancelación del registro de las escrituras Nos. 121 y 122 de 15 de junio de 1964, y 163 del 30 de julio del mismo año, otorgadas todas en la Notaría de Guayatá, inscritas en el Libro I de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Guateque; y, además, que se les impongan las costas del juicio.

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

a) El 29 de junio de 1881 contrajeron matrimonio católico en la ciudad de Somondoco Celestino Moreno y Consolación Novoa, unión de la cual nacieron los siguientes tres hijos: Celedonio (25 de agosto de 1884), Genaro (17 de abril de 1887) y Celestino (1º de julio de 1889). Estos cónyuges fallecieron, en su orden, el 2 de mayo de 1897 y el 18 de noviembre de 1918;

b) Celedonio Moreno Novoa se unió en matrimonio por los ritos de la Religión Católica con Pastora Ruiz el 27 de octubre de 1916, en esa población de Somondoco. Aquel murió el 1º de enero de 1940, y ésta el 25 de agosto de 1964; habiéndoles sobrevivido su hijo legítimo Roberto Moreno Ruiz, cuyo nacimiento ocurrió el 17 de marzo de 1922;

c) Celestino Moreno Novoa, cuyo óbito ocurrió el 4 de agosto de 1926, se había casado católicamente en ese mismo poblado con Beatriz Sánchez el 6 de febrero de 1918; matrimonio del cual nacieron dos hijos, a saber: Carlos, el 5 de mayo de 1919; y Araminta, el 23 de junio de 1922;

d) Genaro Moreno Novoa, quien adquirió por compras sucesivas, realizadas algunas en su estado de soltería y otras dentro del matrimonio, la propiedad sobre algunos inmuebles ubicados en Somondoco, a pesar de haberse casado en primeras y segundas nupcias, no tuvo descendientes ni legítimos ni naturales y a su muerte, acaecida en esa región el 12 de agosto de 1964, solo sobrevivían como parientes en grado más próximo sus sobrinos legítimos, entre los cuales figuran Roberto Moreno Ruiz, Carlos y Araminta Moreno Sánchez, hijos de sus dos hermanos Celedonio y Celestino Moreno Novoa;

e) El 15 de junio de 1964 Genaro Moreno otorgó ante el Notario de Guayatá la escritura Nº 121, en la casa rural de Elías Bohórquez situada en la vereda de Ciavita Segundo a donde se llamó a este funcionario con tal fin, por medio de la cual dijo aquel supuestamente vender a Uriel Cifuentes Heredia y María Consolación Moreno de Cifuentes, por la suma de $ 7.600.00 que declaró haber recibido de sus compradores, los bienes gananciales que se le habían adjudicado en la sucesión de su primera esposa Dolores Cifuentes Novoa sobre el inmueble "Buena Vista", de una extensión aproximada de dos y media fanegadas, ubicado en el paraje de Sabanetas de la jurisdicción municipal de Somondoco, comprendido dentro de las alindaciones especiales que se describen en el hecho tercero de la demanda;

f) En la misma fecha y en las mismas circunstancias otorgo además la escritura Nº 122, mediante la cual dijo vender también ficticiamente a José del Carmen López Sánchez, por la suma de $ 12.000.00 que

igualmente declaró haber recibido a su satisfacción, el derecho de dominio sobre el predio denominado "Campo Alegre", incluyendo en la venta "una enramada de brancas y teja de barro, ocho canoas, trapiche de piedra y demás implementos de molienda, una casa que sirve de habitación...", enmarcado por los linderos que se consignan en el hecho primero de la demanda;

g) Y luego, el 30 de julio del mismo año en el Hospital "San Rafael" de Guayatá otorgó, ante el Notario de este Círculo, la escritura número 163 mediante la cual también simuladamente dijo vender a Otoniel Cifuentes Novoa, por la suma de $ 10.500.00 que confesó recibida, los bienes gananciales que se le habían adjudicado en la liquidación de la sociedad conyugal que formó con su primera esposa, concretados al inmueble situado dentro del área urbana de la población de Somondoco, compuesto del solar y la casa en él edificada, fundo denominado "Finca Urbana", con exclusión de tres locales pertenecientes a Elías Salinas, Arquimedes López y Adolfo Garzón, comprendido dentro de los linderos relacionados en el hecho segundo del libelo;

h) Dice la demanda que las anteriores tres compraventas fueron simuladas; que con ellas se quiso encubrir sendas donaciones; que no hubo el pago de los precios ficticiamente estipulados en las respectivas escrituras; y que los tres primeros demandados así lo confesaron en las posiciones que a petición de sus demandantes absolvieron extrajudicialmente en el Juzgado Promiscuo Municipal de Somondoco el 5 de octubre de 1964;

i) Conocida por aquellos la intención de los herederos de Genaro Moreno de acudir a la justicia para hacer cesar los efectos de los actos aparentes contenidos en esos documentos, procedieron a celebrar el contrato de transacción cuyas cláusulas se plasmaron en el documento suscrito en Guateque el 4 de noviembre de 1964. Por él, José del Carmen López, Uriel Cifuentes Heredia y Otoniel Cifuentes Novoa, por una parte, y el abogado Bartolomé Amaya Monroy, como apoderado de Carlos Moreno Sánchez, Roberto Moreno Ruiz y otros, convinieron "transar un juicio o presunto juicio ordinario de mayor cuantía" que éste en esa calidad seguía o iba a instaurar con el fin indicado, y sobre las siguientes bases: "para que se termine o no se adelante el referido juicio" los primeros reconocieron a los segundos como herederos de Genaro Moreno y la propiedad sobre los fundos que aquel había transferido a éstos mediante las escrituras Nros. 121, 122 y 163; que les pagarían el valor comercial de estos predios determinado por peritos que designarían de común acuerdo, entregando el 40% cuando la peritación adquiriera firmeza y el resto en dos contados trimestrales a partir de esa fecha. Los herederos, además de comprometerse a "reasegurar" a los adquirientes la propiedad de las fincas otorgando la respectiva escritura, para lo cual fijaron el 27 de diciembre de ese mismo año, se obligaron a reconocer a éstos "la suma de dos mil pesos en donación a la Iglesia de Somondoco que determinó el causante, como también los gastos hechos por las exequias o entierro del mismo Genaro, el pago de dos misas Gregorianas, dos lápidas y unas honras de aniversario y el dinero que según las posiciones ha entregado a buena cuenta Uriel Cifuentes, todo ello acreditado en forma documentada". Finalmente se estipuló una cláusula penal de $ 10.000.00 a cargo de cada uno de los demandados, en caso de que incumplieran lo pactado;

j) En desarrollo de este pacto los contratantes procedieron a designar los peritos, quienes, previa la prestación del juramento ante el Juez de Guateque, en compañía de todos los transantes inspeccionaron los bienes y luego, el 2 de diciembre de ese mismo año, presentaron su peritación por la cual atribuyeron respectivamente a los predios "Campo Alegre", "Buena Vista" y "Finca Urbana" los valores de $ 84.000.00, $ 14.000.00 y $ 25.000.00. Consideraron los demandados elevados estos precios y por tanto, en escrito de esa misma fecha presentado al Juzgado, conjuntamente expresaron que "renunciamos a la propiedad de las fincas de que trata la transacción... para que entren a formar parte del haber patrimonial de la sucesión de GENARO

MORENO NOVOA, y para que se tramite el citado juicio"; y

k) Así las cosas el Juzgado Civil de Guateque, por auto del 15 de febrero de 1965, declaró abierto el juicio de sucesión intestada de Genaro Moreno Novoa reconociendo como herederos a Carlos Moreno Sánchez y Roberto Moreno Ruiz, en su calidad civil de sobrinos legítimos del causante y por derecho de representación de sus padres. En este proceso y a instancia de los herederos reconocidos se requirió sin efecto alguno a los demandados para que dieran cumplimiento a lo acordado en la transacción y para que pagaran la cláusula penal.

3. Surtido el trámite de la primera instancia sin oposición de los demandados, el Juzgado de la causa, que a la sazón lo era el Promiscuo Municipal de Somondoco, le puso término con sentencia del 5 de marzo de 1966, mediante la cual acogió todas las peticiones de la demanda e impuso las costas a los demandados.

II

La sentencia del Tribunal

1. Por apelación interpuesta por la parte demandada el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Guateque, el cual, en sentencia del 10 de noviembre de 1966, revocó el fallo de primer grado y en su lugar resolvió:

"PRIMERO. Inhibirse de resolver sobre el incumplimiento del contrato y el pago de la cláusula penal impetrados en la solicitud primera de la demanda.

"SEGUNDO. Declarar que la donación hecha a favor de OTONIEL CIFUENTES NOVOA es nula en la cantidad de tres mil doscientos cincuenta pesos ($ 3.250.00) suma que deberá pagar a la sucesión de Genaro Moreno Novoa representada por sus herederos, diez días después de la ejecutoria de esta sentencia.

"TERCERO. Absolver a los demandados, JOSE DEL CARMEN LOPEZ SANCHEZ, URIEL CIFUENTES HEREDIA y CONSOLACION MORENO DE CIFUENTES de todos los cargos hechos contra ellos en la demanda.

"CUARTO. Cancélese la inscripción de la demanda.

"QUINTO. SIN COSTAS en ninguna de las instancias".

2. Luego de relacionar los antecedentes del litigio advierte el Tribunal que la demanda trae deducidas varias acciones, las que considera que deben estudiarse separadamente. Consecuentemente pasa a analizar, en capítulos diferentes, las acciones que denomina "incumplimiento del contrato de transacción, simulación de las ventas y nulidad de esos contratos simulados".

3. En relación con la primera comienza el fallador diciendo que lo que previamente debe estudiarse es la legitimación en la causa, puesto que este fenómeno, —afirma— ora se le considere como presupuesto del proceso o ya como presupuesto de la pretensión, implica en todo caso de su ausencia la inhibición del juzgador para proferir sentencia de mérito, "por cuanto —agrega— la relación jurídico-procesal no se ha establecido entre quienes debía hacerse, entre los verdaderamente obligados".

Y para deducir la ilegitimación en causa activa que invoca como fundamento de su resolución primera, anota el ad-quem que los aquí demandantes celebraron el contrato de transacción en su nombre propio y no con el título de herederos de Genaro Moreno Novoa; y que siendo ello así es errado que en este juicio, en el cual actúan como herederos del vendedor y piden para su sucesión, vengan a reclamar la efectividad de la pena estipulada porque en caso de existir tal derecho pertenecería a ellos y no a la herencia. "Es decir, expresa la sentencia acusada— que quienes contrataron, se obligaron y vincularon jurídicamente con los demandados no son los que piden hoy. La sucesión de Genaro Moreno que aparece como demandante carece de legitimación para obrar en este juicio".

Finalizando la motivación en este capítulo dice el Tribunal que faltando "la legitimación para obrar es inoficioso el estudio del contrato en sí, de su incumplimiento, de su prueba dentro del juicio"; a más de que, añade, el documento que lo contiene no fue presentado con la demanda, como en ella se anunció, sino con el memorial petitorio de las pruebas.

4. Enseguida pasa el Tribunal a considerar la segunda de las pretensiones instauradas, y después de exponer la doctrina consagrada por la jurisprudencia de la Corte respecto de la naturaleza de la acción de simulación de los actos jurídicos y de su prueba, emprende el análisis de las posiciones absueltas por los demandados, no sin antes advertir que por tratarse de contratos independientes y contenidos en títulos distintos lo hace separadamente. Así, en lo que atañe a la venta contenida en la escritura Nº 122 de 15 de junio de 1964 no encuentra en las manifestaciones de José del Carmen López la confesión de la simulación, puesto que, —dice el sentenciador—, si bien es cierto que el absolvente reconoce no haber pagado el precio a su vendedor, también lo es que expresa no haberlo hecho porque su tradente dejó ese valor en su poder para destinarlo a la realización de ciertos encargos secretos. Y concluye el Tribunal: "En cuanto al mandato confesado y a la falta de pago del precio nada se puede disponer, porque no fueron materia de la demanda".

Acomete luego el examen de la confesión judicial del demandado Cifuentes Novoa, encontrando en ella la prueba de la venta ficticia contenida en la escritura Nº 163 de 30 de julio de 1964, otorgada para ocultar una donación; pero dice que "esa prueba hay que tomarla en su totalidad" debiéndose aceptar por tanto que la mitad del valor del precio la donó el vendedor a los hijos del comprador, y la otra mitad a éste. Y guiado por este razonamiento concluye: "en la primera de las donaciones, es decir, la efectuada a favor de los sobrinos no se puede determinar el exceso sobre dos mil pesos, porque no se conoce el número de los sobrinos y cuánto pueda corresponder a cada uno de ellos... En cuanto a la otra donación hecha a favor de Otoniel Cifuentes Novoa su cuantía sí está determinada en la confesión en cinco mil doscientos cincuenta pesos, lo que excede a los dos mil pesos autorizados por la ley para donaciones sin insinuación, y por lo tanto es de rigor declarar la nulidad en el exceso o sea en la suma de tres mil doscientos cincuenta pesos".

Aboca después la consideración de las posiciones absueltas por el demandado Cifuentes Heredia en relación con la venta contenida en la escritura Nº 121 de 15 de junio de 1964, afirmando que si mediante ellas reconoce que en ese documento se alteró el precio real del contrato, también explica que entregó a su vendedor parte del valor; que otra parte la destinó para el cumplimiento de unas mandas secretas; y que el resto se lo donó a su esposa en reconocimiento de servicios que ésta le prestó. En suma dice en lo pertinente la sentencia acusada: "No aparece según esa confesión, única prueba, la donación que se demanda; hay el reconocimiento de una deuda y un mandato sobre los cuales nada se pide en la demanda".

III

La demanda de casación

Contra la sentencia de segundo grado que se deja extractada, interpuso la parte demandante en el juicio el recurso de casación. En la demanda respectiva le formula seis cargos, todos con fundamento en la causal 1ª del Decreto 528 de 1964, de los cuales se despachan el segundo, el cuarto y el quinto que a juicio de la Corte vienen fundados en razones suficientes para casar totalmente el fallo impugnado.

Segundo cargo

1. Mediante él se acusa la segunda resolución de la sentencia de ser violatoria, "por infracción directa por falta de aplicación de los artículos 1.443, 1.455, 1.457, 1.458, 1.496, 1.497, 1.740, 1.741 del Código Civil y 2º de la Ley 50 de 1936".

2. En desarrollo del cargo empieza el acusador por advertir que la ley faculta a las

personas para disponer de sus bienes, en la forma que quieran, "no siendo contra la ley o contra derecho ajeno"; que con este criterio le reconoce validez a la donación entre vivos, siempre que en la ejecución del acto se observen algunas exigencias impuestas por el legislador en defensa del interés del propio donante, o del de sus familiares y acreedores. Añade que dentro de los requisitos legales necesarios para la eficacia de la donación está la insinuación o autorización judicial previa, cuando el valor de lo donado supere la cantidad de dos mil pesos, so pena de considerar nulo el exceso si tal formalidad no se cumple.

Concluyendo la formulación de este cargo dice el recurrente: "La sentencia en su segunda resolución dispone un reparto caprichoso del valor del inmueble aparentemente enajenado a Otoniel Cifuentes, con lo cual antinómicamente reconoce la existencia de la donación, basándose en el valor figurativo en la escritura y perdiendo de vista el valor fijado en el dictamen pericial rendido dentro del término probatorio".

La Corte considera

1. Como al desenvolver el cargo dice el impugnante que el quebranto de la ley sustancial se debe a la omisión del ad-quem en la apreciación del dictamen pericial, que sobre el valor de los bienes se rindió en el juicio, no queda duda alguna que se trata de una acusación de la sentencia por violación indirecta, proveniente de error de hecho, que la Corte debe entrar a su estudio.

2. 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 juicio, y por ende no haber apreciado, el dictamen pericial que oportunamente pedido, decretado y practicado como prueba en el proceso, rindieron Juan de Jesús Lesmes y José del C. Rubiano sobre el valor del inmueble enajenado a Otoniel Cifuentes por la fecha en que se otorgó la escritura Nº 163 del 30 de julio de 1964.

3. Para que la prueba pericial cumpla la función civil que le es propia, su incorporación al proceso debe estar revestida de ciertas formalidades que son a la vez garantía para las partes y seguridad para el juez. Cuando estos ritos se observan en su integridad los litigantes tienen derecho a exigir que se aprecie, y el juzgador el deber de estimarla.

Según lo preceptuado por los artículos 597, 705, 708, 715 y 719 del Código Judicial, las formalidades dichas son fundamentalmente las siguientes: a) que la prueba se pida y se decrete oportunamente; b) que los peritos sean designados por la persona o personas que según la ley tengan la atribución, y en la forma que aquella prescribe; c) que el juez acepte los nombrados y les dé posesión; d) que cada parte pueda tachar o recusar el perito elegido por la otra o por el juez; e) que los expertos al cumplir su misión deliberen juntos; y f) que rendida la peritación, se ponga en conocimiento de las partes.

4. En el caso de que aquí se trata, el valor de $ 25.000.00 que para julio de 1964 se atribuyó al inmueble "Finca Urbana", lo fue en virtud de una prueba oportunamente pedida, decretada y practicada con intervención de peritos legalmente designados, cuya conclusión se puso en conocimiento de las partes sin que se le opusiera reparo alguno. En consecuencia, el dictamen quedó desde entonces legalmente perfeccionado, surgiendo por tanto para el juzgador el deber de apreciarlo, y de atribuirle el mérito de plena prueba que le corresponde según lo imperado por el artículo 721 del C. J., por tratarse de un avalúo y ser el dictamen de los dos peritos uniforme, explicado y debidamente fundamentado.

Como así no procedió el Tribunal sentenciador al proferir su fallo, se debe concluir

que incurrió en error de hecho manifiesto, yerro que lo condujo a quebrantar indirectamente, por falta de aplicación, especialmente los artículos 1.458, 1.740 y 1.741 del Código Civil, razón suficiente para casar el numeral segundo de la parte resolutiva de la sentencia.

5. Sin que este proceder implique violación del principio prohibitivo de la reformatio in pejus, consagrado para la apelación por el artículo 494 del C. J. y aplicable también en casación, según lo tiene aceptado la Corte, porque si la resolución infirmada reconoce en mínima parte la pretensión del recurrente, es lo cierto que éste no se halla satisfecho con tal declaración y por tanto la impugna aspirando a mejorar su situación, meta a la cual llega como se verá en la sentencia que como juzgador de instancia habrá de proferir esta Corporación.

En consecuencia, el cargo prospera en lo pertinente.

Cuarto cargo

1. Mediante él se acusa la sentencia por haber incurrido el Tribunal en error de derecho con respecto "a la prueba contenida en el documento de transacción", proveniente de no haber atribuído a todas las cláusulas y estipulaciones contenidas en dicho escrito el valor probatorio que le asignan los artículos 637, 639, 645 y 649 del Código de Procedimiento Civil, lo que indujo al sentenciador a la violación indirecta, por falta de aplicación, de los preceptos 1602, 1618, 1619, 1622, 2469, 2479, 2484 y 2486 del Código Civil.

2. En desarrollo del cargo empieza el acusador por evocar la naturaleza del documento privado para luego advertir que, cuando ha precedido su reconocimiento por la persona por él obligada, cualquiera que haya sido el modo legal al cual se haya acudido con tal fin, equivale a confesión judicial y por ende con valor de plena prueba de todas sus estipulaciones.

Se detiene en seguida el censor explicando la forma como según la ley rituaria opera el reconocimiento tácito de esta especie de instrumentos, para deducir que él sí ha ocurrido en el presente caso, ya que el documento de 4 de noviembre de 1964 ha obrado en los autos con conocimiento de las partes por él obligadas, sin haber sido tachado o redargüido de falso en ninguna de las instancias del proceso. Y con base en estos presupuestos hace notar "el desacierto del Tribunal al decir que el contrato contenido en el documento de transacción no obra en el cuaderno principal sino en el de pruebas, ya que el artículo 645, citado, exige solamente que haya obrado en los autos, mas no en determinado cuaderno. Hubo entonces error en la apreciación de la prueba porque se desconoció su valor con detrimento de la norma que así lo dispone en materia probatoria".

Continuando con el desenvolvimiento de la censura dice el impugnador que erró el Tribunal en la apreciación de esta prueba, por cuanto no le reconoció el valor que las normas positivas le asignan, ni en lo referente al pacto de transacción, ni tampoco en lo que atañe con la confesión de simulación que dicho documento contiene y que este yerro de derecho lo condujo indirectamente al quebranto de las normas materiales que cita en el encabezamiento del cargo. "El fallo —concluye el recurrente— incurrió en error de derecho en la apreciación de la prueba y violó la norma antes citada al no reconocer la plenitud de la transacción con las personas con quienes se hizo y en consideración a ellas, dando a entender, como lo dijo, que no se había transigido con la sucesión sino con mis representados".

Consideraciones de la Corte

1. La doctrina del derecho procesal tiene averiguado que el diligenciamiento de la prueba, entendido como el conjunto de actos que es necesario cumplir para su incorporación al proceso, no es sino una manifestación particular del contradictorio, desde luego que un elemento de convicción judicial no puede, en principio, oponerse al litigante que no tuvo ingerencia en su producción. El cúmulo de normas del procedimien-

to probatorio encuentra su razón de ser, entonces, en la necesidad de garantizar los derechos de igualdad y lealtad que corresponden a las partes en el juicio.

A la contraparte le asiste derecho de fiscalizar la prueba de su adversario en el litigio. Y esta facultad se cumple a todo lo largo del período que dura la incorporación de ella al juicio, ya que, conforme al principio dominante en la materia, formulada la petición y decretada la prueba, el auto respectivo se notifica a la contraparte; continúa su intervención durante la práctica de la prueba, como cuando se le permite presenciar la declaración de los testigos para contrainterrogarlos; y se prolonga aún después, como acontece cuando tacha o redarguye de falso un documento, o cuando objeta el dictamen pericial.

2. Con fundamento en los principios de publicidad y contradicción que son esenciales de los medios probatorios, el procedimiento civil colombiano determina en sus disposiciones el modo de pedir, decretar y practicar las pruebas. Si se omite la observancia de todos o de algunos de estos preceptos la misma ley prohibe al fallador evaluar la prueba; si, en cambio, se acatan en su totalidad, surge para él la obligación de estimarla, puesto que las normas que rigen su diligenciamiento son de orden público y por consiguiente de forzoso cumplimiento.

Entre estas disposiciones, el artículo 597 del C. J. establece que para estimar el mérito de las pruebas, éstas han de formar parte del proceso, a más de otros, en el caso de que se hayan pedido dentro de los términos señalados al efecto y practicado antes de la citación para sentencia. Porque si la prueba se pide oportunamente y el adversario tiene conocimiento de ella mediante la notificación del auto que la decreta, deja de ser oculta para éste, a quien por tanto se le brinda la oportunidad de controvertirla, quedando a salvo los principios de publicidad y contradicción ya referidos.

3. Pero si generalmente el poder de contradicción es propio de toda prueba, como quiera que responde siempre al mismo objetivo, debe observarse sin embargo que la manera de ejercerlo en cada caso es diferente, porque diversos son los procedimientos para la producción de cada uno de los medios probatorios que consagra la ley.

En tratándose del documento privado, que por ser prueba preconstituída puede incorporarse al juicio no solo con la demanda, el escrito de excepciones o acompañado a las contestaciones respectivas, sino también adjuntándolo al memorial petitorio de las pruebas (art. 597), la parte a la cual se opone se entera de su existencia en el proceso a través del traslado de la demanda, en el primer caso, o con la notificación del auto que decreta las pruebas, en el segundo. Consiguientemente puede ejercer a partir de entonces la facultad fiscalizadora. Solo que, cuando lo haga, debe distinguirse el documento privado que goza de autenticidad del que carece de esta virtud: el primero lo impugna mediante la tacha de falsedad, incidente en el cual adquiere el deber de demostrar la excepción que ésta estructura; la simple manifestación de inconformidad frente al segundo es bastante para impedir el reconocimiento, a menos que la parte que lo presenta demuestre su legitimidad (arts. 649 y 645 del C. J.).

La ausencia de objeción en el segundo evento le da autenticidad a este instrumento, porque el silencio de la parte obligada o de su representante, a sabiendas de su existencia en los autos, produce el reconocimiento tácito consagrado por el artículo 645 del Código Judicial. Consecuencialmente, como ocurre con los otros modos de reconocimiento, el documento adquiere pleno valor probatorio, sin que sea lícito para el juez prescindir de él al hacer la apreciación de la prueba, ni dejar de reconocerle sus efectos jurídicos, ni el alcance de éstos conforme a los términos en que se halle concebido, tal cual lo indican los artículos 637 a 646 del C. J., en desarrollo de lo preceptuado por el artículo 1761 del C. C.

4. De lo anterior se deduce que indudablemente incurre en error de derecho en la

apreciación de la prueba documental privada, el fallador que deseche tal instrumento por causa única de que no fue allegado al proceso con la demanda sino con el memorial petitorio de las pruebas, cuando contra el documento no se ha formulado expresamente objeción alguna por la parte legitimada para hacerlo. Porque, como ya está dicho, es ésta también una de las oportunidades establecidas por la ley para aducir las pruebas incorporadas al proceso; y para que sean estimadas; y porque si el documento privado sin reconocer no es plena prueba, el expreso no es el único modo de darle autenticidad; también se consagra el reconocimiento tácito, que es el que aquí ha operado.

5. Cuando el asignatario de un causante entra a transigir en relación con los efectos de actos jurídicos celebrados en vida por éste, está transitando una vía que la ley le brinda para proteger los derechos adquiridos por el modo sucesión mortis-causa. En tal evento es indudable, muy a pesar de que no consigne tal carácter en el escrito en que plasma su voluntad inequívoca, que hace descansar su actuación, consentida por la contraparte, sobre la calidad de heredero que es la que lo habilita para acordar ese pacto; es de meridiana evidencia que impulsado por ella y prevalido de su derecho hereditario conviene en desprenderse de éste o en mermarlo, como medio eficaz para evitar las contingencias de un pleito.

Si en el contrato ajustado el 4 de noviembre de 1964 los aquí demandantes, con el expresado propósito de terminar o impedir el nacimiento de un juicio, acordaron con los adquirentes de los inmuebles "Campo Alegre", "Buena Vista" y "Finca Urbana" transigir sus opuestas pretensiones, y si éstos reconocieron en aquéllos la calidad de sucesores de su tradente, es errado sostener, como lo hace el Tribunal, que dicha transacción la celebraron en nombre propio y no como herederos del vendedor; y que por tanto no les es dado demandar para la sucesión, como lo hacen en este juicio. Porque aún en la hipótesis de que no obrara en el proceso la prueba de la aceptación expresa de la herencia, que sí está ya que se trajo la copia del auto que los reconoció, acompañada de las actas de su estado civil de sobrinos legítimos del causante y de la defunción de éste, habría que decir que de la sola ejecución del acto transaccional emerge su palmar intención de recoger el patrimonio transmisible de su tío.

6. Lo que significa en suma que no existe la ilegitimación activa en la causa que supone el ad-quem. Y en el caso de que se estructurara el defecto, no procedería la abstención del juzgador para decidir la controversia relacionada con ese acto sustancial, sino el pronunciamiento de sentencia de mérito.

En efecto: la legitimación en la causa, como últimamente lo ha sostenido la Corte, no es un presupuesto del proceso sino cuestión atinente a la titularidad del derecho de acción o de contradicción. En otros términos se dice que sólo está legitimado en la causa como demandante la persona que tiene el derecho que reclama, y como demandado, quien es llamado a responder, por ser, según la ley, el titular de la obligación correlativa (G. J. Nos. 2144, págs. 67 y 119; 2272, pág. 265; 2215/16, págs. 455; 2280, págs. 83, 113 y 130).

No alude pues el fenómeno a la formación del proceso sino a los sujetos de la relación jurídico-material que en él se controvierte; como no atañe a la forma sino al fondo no admite despacho preliminar sino que debe ser estudiada y resuelta en la sentencia.

Dada su naturaleza la ilegitimación 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 y no meramente formal, desde luego que en ella se resuelve la improcedencia de la acción instaurada ante la ausencia de los verdaderos sujetos que complementan su configuración.

7. Viene de lo expuesto la conclusión de que el Tribunal sentenciador, al desestimar el documento de 4 de noviembre de 1964,

violó las disposiciones legales que rigen el diligenciamiento y la valoración de esta clase de prueba, que el cargo cita como infringidas, yerro de derecho que lo condujo indirectamente a quebrantar, por inaplicación, los artículos 1602 y 2486 del Código Civil.

En consecuencia, el cargo prospera en lo pertinente.

Quinto cargo

1. Se acusa la sentencia por haber incurrido el Tribunal en error de derecho con respecto a la confesion de los demandados, contenida en las posiciones que ellos absolvieron extrajudicialmente, proveniente de no haberle atribuído el valor probatorio que le asignan los artículos 604, 605, 606 y 610 del Código de Procedimiento Civil, lo que llevó al sentenciador a la violación indirecta del artículo 1.766 del Código Civil, por falta de aplicación, y del 1.769 ibídem, por interpretación errónea.

2. Al desenvolver este cargo dice el impugnador que los demandados reconocieron, en las posiciones por ellos absueltas en octubre de 1964 y oportunamente aportadas como prueba a este juicio, "haber recibido del tradente los bienes escriturados en forma gratuita, que no pagaron el precio estipulado en los instrumentos", manifestación que ratificaron luego en el documento contentivo del pacto de transacción; y que siendo esta confesión "prueba idónea para que las partes desvirtúen o invaliden las declaraciones contenidas en un instrumento público", el fallo no le atribuyó toda la fuerza probatoria que le asignan las leyes.

Agrega la censura que si, en principio, de acuerdo con el artículo 1.769 del C. C. la confesión es plena prueba, cuando se hace "en juicio", ello no obsta para que, como lo autorizan los artículos 604 y 610 del C. J., se obtenga a través de posiciones, evento en el cual reviste el carácter de confesión judicial si se hace ante juez competente, y por tanto también constituye plena prueba.

La Corte considera

1. Ha sostenido la doctrina, y sobre tal aserto edifica la teoría de la simulación de los actos jurídicos, que si el contrato válidamente celebrado es ley para las partes, nada impide, dentro del régimen de la libertad de las convenciones, que los pactos secretos sean eficaces, sin perjuicio de los intereses de terceros, pues que la voluntad declarada se subordina a la voluntad real.

Y como la escritura pública es medio por excelencia para pregonar declaraciones jurídicas frente a toda persona, muy frecuentemente acontece que el documento de esta especie se utilice para la simulación, no porque esta forma de declarar la voluntad se haga invulnerable, sino porque en principio exhibe los atributos de la plena prueba, y conserva todo su rigor mientras no se presente la demostración contraria. "Las escrituras privadas, —dice el artículo 1.766 del C. C.— hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producirán efecto contra terceros", pero si inter-partes, desde luego que no está desconocido el valor de estas contraescrituras privadas.

Cuando, a sabiendas de su falta de sinceridad, los otorgantes hacen declaraciones ostensibles en forma solemne, la fe debida a la escritura pública solo puede ser desvirtuada entre las mismas partes, como lo sostiene la doctrina con fundamento en la ley, con la contraescritura privada auténtica; la confesión; y, por último, el principio de prueba escrita, complementado con testigos o indicios.

2. A términos del artículo 604 del C. J. la confesión, que es "la manifestación de una parte de ser cierto el hecho que le perjudica afirmado por la otra", se divide en judicial y extrajudicial, según que su destinatario sea el juez o una persona distinta, por lo cual, mientras la primera es plena prueba, el valor de la segunda es de relativa menor convicción.

Y si, según esta misma norma, el requisito esencial de la confesión judicial radica

en que se haga "ante juez competente en razón de la naturaleza de la causa y en ejercicio de sus funciones", se impone aceptar que para atribuirle tal carácter es indiferente que la manifestación se haga ante el juez estando el juicio en curso, o antes de su iniciación. Es precisamente el procedimiento de posiciones, establecido por la ley como medio provocador de una confesión judicial, el que permite al demandante preconstituir esta prueba mediante el interrogatorio que somete a quien va a demandar, "expresando en la solicitud dirigida al juez competente, la causa, objeto y cuantía de la demanda" (art. 610 C. J.).

Mas en todo caso la confesión judicial, ora sea la rendida ante el juez que está conociendo de la causa en que se hace valer, o ya la hecha ante el juez que tiene competencia objetiva para recibirla fuera del juicio, conlleva el valor de plena prueba que le asigna la ley y por ende acredita suficientemente los hechos reconocidos, salvo que para ellos el derecho excluya la posibilidad de emplear este medio, y, además, no admite "prueba en contrario, a menos de demostrarse que el confesante ha incurrido en error inculpable o excusable" (arts. 605, 606 y 613 C. J.)

Al estatuir el artículo 609 del Código de Procedimiento Civil que la confesión se admite "tal como se hace, con sus modificaciones, aclaraciones y explicaciones concernientes al mismo hecho", sienta como regla general su indivisibilidad, pero "si el confesante agrega hechos distintos y separados que no tengan íntima relación con el primero, constituyen verdaderas excepciones que tiene obligación de probar".

Distintivo de la confesión calificada es el de que las explicaciones dadas por el confesante guardan íntima relación con el hecho reconocido, no solo por su naturaleza sino también por el tiempo de su ocurrencia, hasta el punto de integrar una unidad jurídica que el principio de la lealtad procesal impide dividir, en orden a que quien la provocó no pueda prevalerse únicamente de lo que de ella le beneficia. Se caracteriza la confesión compuesta por la ausencia de conexidad entre lo que se confiesa y lo que se agrega: Como el hecho agregado es distinto y separado del reconocido como cierto, la falta de relación íntima permite dividirlos, ya que el primero tiene origen distinto al del segundo, en frente del cual el confesante asume el deber de probar su defensa.

3. No cabe duda sobre la competencia del Juez Civil del Circuito de Guateque para recibir, en octubre de 1964, la absolución de posiciones que el aquí demandante solicitó a sus demandados, como quiera que, atendida la naturaleza de la cuestión, su cuantía, la calidad de las partes y su vecindad, era a este funcionario a quien correspondía tal atribución según las normas legales que a la sazón regulaban la materia.

Al responder el interrogatorio cada uno de los tres absolventes, no solo en una sino en varias de las respuestas que dieron a las preguntas formuladas, reconocieron que las escrituras Nos. 121 y 122 de 21 de junio de 1964 y 163 del 30 de julio siguiente contenían sendas compraventas simuladas, porque no hubo precio; y que recibieron de su tradente los bienes gratuitamente puesto que no dieron valor alguno como contraprestación.

Estas manifestaciones de los demandados tienen el carácter de confesión judicial; y como no se ha demostrado que al hacerlas hayan incurrido sus autores en error inculpable o excusable, constituyen plena prueba en su contra, con eficacia y fuerza suficientes para acreditar la verdadera voluntad de los contratantes y para desvirtuar entre ellos sus declaraciones contenidas en las escrituras públicas. Y porque si al confesar la simulación explicaron que el no pago del precio obedeció a que luego el tradente donó, a ellos y a algunos de sus parientes el valor respectivo, o lo dejó en parte para el cumplimiento de un mandato, los hechos agregados, por ser distintos y separados, sin íntima relación con el confesado, constituyen excepciones que en ausencia de toda prueba que los justifique deben tenerse como no demostrados.

4. Dedúcese de lo dicho que el Tribunal sentenciador violó las disposiciones legales

que rigen el diligenciamiento y la valoración de la prueba de confesión, que el cargo cita como infringidas, quebrantando indirectamente por esta causa el artículo 1.766 del Código Civil, por el concepto que la censura señala.

5. Siendo, pues, violatorio de la ley sustancial todo el pronunciamiento del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Guateque, tal cual ha quedado dicho en el estudio de tres de los cargos que se formulan, debe ser casado.

IV

Sentencia de instancia

1. Presentado por la parte demandante, obra en el proceso el documento de 4 de noviembre de 1964, suscrito en Guateque por José del Carmen López, Uriel Cifuentes Heredia y Otoniel Cifuentes Novoa, como adquirentes de los inmuebles "Buena Vista", "Campo Alegre" y "Finca Urbana" según las escrituras Nos. 121 y 122 de 15 de junio y 163 del 30 de julio de 1964, otorgadas por Genaro Moreno Novoa ante el Notario de Guayatá, y el abogado Bartolomé Amaya Monroy, quien allí actuó como apoderado de los herederos del vendedor, figurando entre ellos los aquí demandantes, en el cual se consignaron los términos de la transacción acordada con el fin de evitar el juicio que éstos pretendían iniciar para hacer prevalecer el acto que se ocultó bajo esas ventas aparentes. A cambio de ello comprometiéronse a pagar a los herederos de su vendedor el valor comercial de los fundos, determinado pericialmente, descontando las sumas que aquéllos habían invertido en algunos gastos y obligándose además a reconocer cada uno de ellos, en caso de incumplir lo pactado, una multa de $ 10.000.00: los herederos, por su parte, prometieron "reasegurarles" la propiedad mediante el otorgamiento de sendas escrituras. Como este documento ha obrado en el proceso con conocimiento de las partes obligadas sin haberse tachado ni redargüido de falso, ha obtenido, según lo imperado por el artículo 645 del C. J., su legal reconocimiento y por ende es plena prueba de sus estipulaciones.

2. La convención jurídica tiene por objeto crear, modificar o extinguir obligaciones de ambas partes en los pactos bilaterales, y de una en los unilaterales.

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 al 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 C. C. al estatuir: "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales".

En este orden de ideas se impone aceptar que el contrato de transacción acordado entre los sujetos de esta litis, que no es contrario al orden público ni a las buenas costumbres, es para ellos a manera de una ley privada que debe regirlos al respecto con preferencia a las leyes generales; y que, mientras no se invalide legalmente, como hasta hoy no han cesado sus efectos, ora por el mutuo consentimiento de los contratantes, o ya por decisión judicial que haya declarado la ineficacia del pacto en virtud de su nulidad o de su resolución, no los libera del deber de cumplir lo convenido.

3. Siendo la transacción un acto jurídico debe regirse por los principios que dominan la teoría legal de los actos y declaraciones de voluntad, y por tanto puede anularse, no solamente por los motivos especiales que al efecto consagran los artículos 2476 y 2482 del C. C., sino también por las causales generales que para la anulación de todo negocio jurídico se indican en los artículos 1740 a 1756 ibídem.

Y como pacto bilateral, pues es de su esencia la reciprocidad de las obligaciones y de las concesiones, queda sometido al tratamiento jurídico que para los contratos sinalagmáticos consagra el artículo 1546 de la misma obra, cuyas proyecciones las recoge el precepto del artículo 2486 haciendo acumulables la ejecución de la transacción con el pago de la pena estipulada para su incumplimiento.

Como la jurisdicción y las formas indispensables establecidas por la ley para un pronunciamiento judicial son elementos o factores de orden público, que no están condicionados a la voluntad de las partes ni del Juez, pues que son parte integrante de la garantía constitucional consagrada por el artículo 26 de nuestra Carta Magna, no es permitido hoy hacer declaración de nulidad o de resolución del contrato de transacción, celebrado entre las partes, sencilla y escuetamente porque tales cuestiones no están comprendidas dentro de los lindes de esta relación procesal por no deducirse, ni la una ni la otra, de la demanda con la cual se inició el juicio.

4. Si según el artículo 2469 del C. C. la transacción es un contrato "en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual", ella aparece dentro del panorama legal como referida a derechos litigiosos, o al menos controvertidos, y como prohibición a las partes para intentar o proseguir un proceso judicial.

Requiere entonces como presupuestos para su formación los siguientes: a) la existencia actual o futura de discrepancia entre las partes acerca de un derecho; b) su voluntad e intención manifestada de ponerle fin sin la intervención de la justicia del Estado; y c) la reciprocidad de concesiones que con tal fin se hacen. De aquí que para resumir las calidades que deben presentar los derechos sobre los cuales recae la transacción se emplee fórmula res litigiosa et dubia.

Acerca de los efectos del contrato aludido dijo la Corte en sentencia de casación de 14 de diciembre de 1954: "En el contrato de transacción celebrado de acuerdo con las prescripciones generales de los contratos, su efecto no podrá ser otro que el de cerrar, ineludiblemente, absolutamente y para siempre el litigio en los términos de la transacción. La controversia de allí en adelante carece de objeto, porque ya no hay materia para un fallo, y de fin, porque lo que se persigue con el juicio y la sentencia ya está conseguido. Las partes se han hecho justicia a sí mismas, directa y privadamente, en ejercicio de su libertad; de modo que la jurisdicción, que es institución subsidiaria, quedó sin qué hacer. Y se ha hecho justicia en la forma más plausible, porque implica abandono de intereses en beneficio común, en busca de la paz humana, que es altísimo bien" (G. J., t. LXXIX, Nº 2149, pág. 267).

Es por consiguiente inaceptable que, existiendo aún la transacción acordada entre las partes con el fin de zanjar su desacuerdo sobre las compraventas contenidas en las escrituras Nos. 121 y 122 del 15 de junio y 163 del 30 de julio de 1964, y de evitar la intervención de la jurisdicción para determinar el alcance de estos actos, se haya instaurado el proceso para lograr su destrucción. Y menos aceptable es que a más de ello los demandantes supliquen también la ejecución en parte del contrato de transacción, puesto que con tal conducta acogen dos situaciones antitéticas: reconocen la transacción al demandar la pena estipulada para el incumplimiento; y, sin pedir su resolución o la nulidad le desconocen efecto al demandar concurrentemente la declaración de simulación de los actos que fueron objeto del acuerdo transaccional.

5. Tal manera de estructurar la demanda, acumulando en ella concurrentemente acciones incompatibles entre sí mediante sus dos primeras súplicas principales, le infunde ineptitud formal que ha impedido la regular constitución de la relación procesal por falta del presupuesto de demanda en forma, vicio éste que, como lo ha sostenido la doctrina de la Corte, no permite dar solución firme a la controversia planteada.

La demanda en forma como presupuesto procesal. La acumulación de acciones

6. La demanda, que es el escrito por el cual se pide tutela jurisdiccional para un derecho subjetivo mediante una sentencia, tiene un carácter en parte determinante y en parte preparatorio: lo primero, porque concreta los sujetos del proceso, el funcionario llamado a actuar, la acción o acciones instauradas, la causa y el objeto de las pretensiones; y lo segundo, porque prepara y delimita el campo de acción del juez y de las partes.

De acuerdo con el ordenamiento procesal dicho libelo debe ajustarse en su forma a ciertos requisitos, determinados por los artículos 205, 222, 737 del C. J., entre otros. Cuando la demanda se estructura desacatando estos imperativos legales, en circunstancias tales que el juez no pueda considerar y decidir en el fondo la pretensión o pretensiones en ella formuladas, adolece de un defecto tal que le infunde ineptitud para alcanzar su fin, hablándose en tal evento de la ausencia del presupuesto procesal de demanda en debida forma.

Según nuestra ley procedimental la demanda debe contener la indicación concreta de la acción incoada, o de las varias acciones que acumuladamente se ejerciten. Ocurriendo este segundo evento es necesario advertir si la acumulación objetiva, consagrada expresamente por el legislador con fundamento en el principio de la economía procesal, es legalmente procedente, pues de no serlo, la demanda que la contiene no estará debidamente conformada, y, por tal razón el fallador no puede entrar a decidir ninguna de las pretensiones del actor.

7. La acumulación o agregación de acciones en una sola demanda, autorizada por el artículo 209 del C. J., depende en su formulación de la voluntad del demandante, es cierto; pero la procedencia del fenómeno no queda al amparo de su absoluta libertad: está limitada por la incompatibilidad que las varias acciones tengan entre sí, desde luego que el citado texto preceptúa que en el mismo escrito de demanda se pueden ejercitar varias acciones siempre que concurran los siguientes requisitos: a) que el juez sea competente para conocer de todas, con la salvedad prevista en el numeral 1º de esa norma; b) que a todas corresponda el mismo procedimiento; y c) que aquellas no sean contrarias o incompatibles entre sí, a menos de tratarse de una acumulación subsidiaria, "siempre que los derechos sean tales que no se destruyan por la elección o por cualquier otro motivo no se consideren incompatibles".

Lo cual quiere decir, como lo sostienen los doctrinantes en la materia, que la incompatibilidad de las acciones, como óbice para su acumulación, puede ser material o procesal. Hay incompatibilidad material, y por ende la acumulación deja de ser legalmente posible, cuando los efectos jurídicos de estas pretensiones no pueden coexistir por ser antagónicos; y existe incompatibilidad procesal cuando el juez no es competente para conocer de todas, o cuando a ellas no les corresponde idéntico procedimiento.

8. Como en el caso presente la demanda con la cual se inició el proceso acumula una pretensión con origen en el pacto de transacción, —persigue el pago de la cláusula penal estipulada sin demandar la resolución— concurrentemente con la acción de simulación de los actos jurídicos que fueron objeto de él, se presenta imposibilidad para juzgar al mismo tiempo la una y la otra porque sería tanto como admitir dos ideas antagónicas: si el litigio referente a la simulación murió con la transacción, no puede renacer sobreviviendo ésta; si se le reconocen efectos al convenio transaccional al demandar la pena, es absurdo que a renglón seguido se haga tabla rasa de él instaurando la acción simulatoria.

Hay, pues, incompatibilidad material en la acumulación simple o concurrente de estas dos pretensiones, razón suficiente para sustentar la sentencia que ha de reemplazar el fallo acusado.

V

Resolución

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, ad-

ministrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de diez (10) de noviembre de mil novecientos sesenta y seis (1966), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Guateque en este juicio ordinario de Carlos Moreno Sánchez y Roberto Moreno Ruiz contra José del Carmen López y otros, y actuando como Tribunal de instancia,

Resuelve

Primero. Revócase en todas sus partes la sentencia de 5 de marzo de 1966, proferida en este mismo juicio por el Juzgado Promiscuo Municipal de Somondoco;

Segundo. Declárase que, por falta del presupuesto procesal de demanda en forma, no hay lugar a decidir en el fondo el litigio;

Tercero. Las costas de la primera instancia son de cargo de la parte demandante; y,

Cuarto. Sin costas en la segunda instancia ni en el recurso extraordinario.

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

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

Heriberto Caycedo M. Secretario.

SIMULACION

Corrección de la demanda.

Apoderado. — Facultades. — Su personería no surge del auto que lo reconoce.

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

(Proyecto preparado por el Abogado Asistente Doctor Ricardo Uribe Holguín y aprobado en sesión del 16 de febrero, según Acta Nº 15).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 6 de diciembre de 1967, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial del Socorro en juicio ordinario seguido por FELIX ARGUELLO VILLARREAL contra ALEJANDRO GOMEZ PINILLA.

I. El litigio

1. En demanda presentada ante Juez Civil del Circuito del Socorro, dirigida contra Alejandro Gómez Pinilla, solicitó Félix Argüello Villarreal que se hicieran las siguientes condenaciones:

"A) Que son absolutamente simulados los contratos recogidos en la escritura pública Nº 103, pasada ante la Notaría Primera del Socorro, escritura que está especificada en el numeral tercero de los hechos fundamentales de esta demanda;

"B) Que, como consecuencia del ningún valor ni efecto de tales contratos, los bienes a que ellos se refieren pertenecen en pleno dominio a mi mandante Félix Argüello Villarreal;

"C) Que, como resultado de lo anterior, los señores Registradores de Instrumentos Públicos y Privados del Socorro y de Vélez, deben cancelar las inscripciones de aquel título".

2. Fundó el actor sus súplicas en hechos que la Corte resume así:

a) Mediante la escritura Nº 103, otorgada en la Notaría Primera del Socorro el 28 de abril de 1949, el demandante transmitió a título de venta y en forma absolutamente simulada al demandado, quien era por entonces su amigo y consejero, el dominio sobre la totalidad de sus bienes raíces, consistentes en derechos proindiviso en cinco porciones de terreno que en la demanda se determinan y deslindan;

b) Esa compraventa fue absolutamente simulada, como se desprende de varias circunstancias: haberse pagado con fondos del demandante las hipotecas que pesaban sobre los bienes aparentemente vendidos; haber reconocido siempre el demandado, de palabra y por escrito, que tales bienes continuaban perteneciendo al demandante; y no haber tenido nunca el supuesto comprador la posesión de los terrenos que el actor dijo venderle.

3. Antes de abrirse el juicio a prueba, el demandante presentó al Juez un escrito en que textualmente dijo: "...en ejercicio de la facultad que confiere el art. 208 del C. J., atentamente le manifiesto que enmiendo la demanda, así: HECHOS. Los adiciono así: El día treinta de abril de 1963 el señor Alejandro Gómez Pinilla, con un pretexto

cualquiera, obtuvo de Félix Argüello V. la firma de un contrato de arrendamiento entre aquel y éste, relativo a los predios de que el demandado era titular simulado, conforme a lo dicho en el libelo inicial. Este contrato, absolutamente simulado como el de compraventa, fue protocolizado unilateralmente por Gómez Pinilla el día 17 de octubre del presente año, es decir, el siguiente de ser notificado de la demanda, ante la Notaría Primera de esta ciudad, mediante escritura número 435, registrada bajo la partida número 534 del Libro 2º el día 20 del mismo mes.

"DEMANDA. Adiciono los pedimentos así: Que se declare que el contrato de arrendamiento celebrado el día 30 de octubre de 1963 entre Gómez Pinilla y mi mandante, y que acaba de determinarse, es absolutamente simulado, y que carece, por lo mismo, de todo valor jurídico".

4. El demandado contestó la demanda inicial negando la mayoría de los hechos en que se apoya y oponiéndose a las súplicas del actor. En cuanto a la corrección o enmienda de aquella, pidió reposición del auto que la admitió y, en subsidio, negó el hecho adicional y se opuso a la nueva condenación pedida.

5. El Juez Civil Municipal del Socorro, a quien correspondió la decisión del litigio en la primera instancia, declaró absolutamente simulados tanto el contrato de compraventa como el de arrendamiento; resolvió que, en consecuencia, los bienes a que tales contratos se refieren pertenecen en pleno dominio al demandante; ordenó cancelar las correspondientes inscripciones en el registro, y condenó al demandado en las costas del juicio.

6. Contra la decisión del Juez interpuso el desfavorecido el recurso de apelación, en virtud del cual los autos pasaron al conocimiento del Tribunal Superior del Distrito Judicial del Socorro, quien luego de agotados los trámites de segundo grado, dictó fallo en que "CONFIRMA la sentencia apelada de fecha ocho de febrero de mil novecientos sesenta y siete, proferida dentro de este proceso ordinario por el Juzgado Civil Municipal del Socorro". Condenó además en las costas de la segunda instancia al demandado.

II. Fundamentos del fallo acusado

En su extenso proveído, comienza el Tribunal puntualizando cuáles fueron las súplicas de la demanda inicial y los hechos en que se las fundó.

Luego pone de manifiesto que, antes de notificarse el auto que abrió el juicio a prueba, el actor enmendó la demanda con la adición de un nuevo hecho y de una nueva súplica.

Dada la circunstancia de que el demandado sostuvo en ambas instancias que la corrección o enmienda de la demanda no se ajustó a las prescripciones contenidas en el artículo 208 del Código de Procedimiento Civil, el Tribunal en su sentencia se ocupa ante todo de este asunto, sobre el cual razona de este modo:

"En su alegato de conclusión de segunda instancia, el Dr. Rueda Amorocho (apoderado por entonces de la parte demandada) vuelve a reclamar contra la corrección de la demanda. Después de puntualizar que uno de los presupuestos procesales es el de demanda en debida forma, y que este presupuesto falta cuando la demanda no reúne los requisitos de forma o de fondo exigidos por la ley o cuando se ha hecho una acumulación indebida de acciones, sostiene que en el evento presente se hizo una indebida acumulación objetiva de dos acciones opuestas entre sí y que no pueden definirse en un solo proceso sin quebrantar la más elemental lógica jurídica.

"Para la Sala, la enmienda de la demanda vino a constituir una adición de un hecho y de una petición a los ya contenidos en el libelo inicial. La acción de simulación del contrato de arrendamientos bien puede acumularse a la acción de simulación del contrato de compraventa, porque se reúnen a cabalidad los requisitos del Art. 209 del C. J. En efecto, el mismo Juez es competen-

te para conocer de las dos acciones. Ambas pueden sustanciarse por el mismo procedimiento judicial. Y las dos no son contrarias e incompatibles entre sí. Nótese la conexidad de las dos acciones en lo relativo a las personas de los litigantes y en lo relativo a los bienes trabados en la litis. Adviértase también que entre el contrato de compraventa y el contrato de arrendamiento no se interpuso ningún otro contrato escrito. Partiendo de estos postulados, si se demuestra la simulación del contrato de compraventa, tal demostración conduce necesariamente a la simulación del contrato de arrendamiento. Y al contrario, demostrada la simulación del contrato de arrendamiento, esa comprobación coadyuva a descubrir la simulación del contrato de compraventa".

Resuelta así esta cuestión previa, entra de lleno el Tribunal en un detenido estudio de los elementos de prueba aducidos por las partes litigantes, estudio que, dada la naturaleza de las acusaciones que contra su sentencia se formulan ante la Corte, carece de incidencia en la decisión que ésta habrá de tomar.

III. La demanda de casación

Contra el fallo de segunda instancia que se deja extractado en lo pertinente, la parte demandada interpuso el recurso extraordinario de casación.

Dos cargos formula la censura, que se estudiarán y decidirán conjuntamente, por estar íntimamente vinculados entre sí.

a) Primer cargo

Lo expone así el recurrente: "Con invocación de la causal cuarta de casación civil, establecida por el artículo 52 del Decreto 528 de 1964, que reglamenta y gobierna este recurso extraordinario, acuso la sentencia objeto de él, por haberse incurrido en la causal de nulidad consistente en falta de citación o emplazamiento en la forma legal del demandado, a la cual se refiere en forma específica el artículo 448 del C. de P. Civil y que surge, además, de la disposición constitucional marcada con el número 26 en la actual codificación".

Para fundarlo, razona el acusador de esta manera:

1. A título de enmienda o corrección de la demanda con que se inició el juicio, presentó el actor una "demanda adicional" en la que pidió, a más de la declaración de ser absolutamente simulado un contrato de compraventa, que era lo solicitado en el libelo original, la de ser absolutamente simulado un contrato de arrendamiento. Esta segunda acción no es dependiente ni consecuencial de la primera. Por lo tanto, el actor no "aclaró", "corrigió" ni "enmendó" su demanda inicial, únicos actos para los cuales lo autorizaba el artículo 208 del Código de Procedimiento Civil, sino que la adicionó con súplica nueva, distinta e independiente de la originalmente impetrada.

2. El mandato que recibió el apoderado de la parte demandada le fue conferido por ésta exclusivamente "para que me represente en el juicio", esto es, en el que se inició con la demanda en que se solicita la declaración de ser absolutamente simulada una compraventa. Este mandato comprendía naturalmente la defensa del demandado contra la acción ejercitada por el demandante y contra cualquiera otra "subalterna, secundaria, dependiente o consecuencial" de ella, cuyo ejercicio en el litigio pudiera preverse como secuela de una aclaración, corrección o enmienda del libelo inicial; mas no contra acción nueva, distinta e independiente de aquella, como es la de simulación absoluta de un arrendamiento, propuesta en la "demanda adicional".

3. El auto que admitió la corrección de la demanda inicial no se le notificó personalmente al demandado, ni de ésta se le dio traslado alguno. Tales dos formalidades procesales se cumplieron con su apoderado, quien carecía de poder para actuar en nombre de su mandante en lo que concernía a la acción de simulación del contrato de arrendamiento.

4. Estas irregularidades constituyen falta de citación o emplazamiento en la forma legal del demandado, vicio no sólo erigido como causal específica de nulidad en

todos los juicios (artículo 448 del Código de Procedimiento Civil), sino que además surge como una consecuencia del principio general consignado en el artículo 26 de la codificación constitucional, principio que constituye el fundamento de las causales de nulidad procesal previstas expresamente en la ley y también de las que guarden analogía con ellas, que no tienen carácter taxativo.

5. La falta de citación o emplazamiento legal del demandado, en lo tocante con la acción de simulación del arrendamiento, no puede limitarse en sus efectos a la invalidez del juicio en cuanto al trámite relativo a esa acción y no a la de simulación de la compraventa. El litigio debe declararse nulo en toda su integridad, por ser uno solo y porque el vicio es letal para toda la actuación.

6. Finalmente, no cabría afirmar que el demandado, según lo previsto en el inciso final del artículo 450 del citado Código, "representó" en el juicio sin reclamar la declaración de nulidad, convalidándolo por esa causa. En primer lugar, su actuación personal estuvo limitada a reconocer unos documentos y absolver unas posiciones, actos que no pueden tenerse por intervención procesal de parte; en segundo término, no puede decirse que su apoderado actuó sin hacer reclamación alguna por la admisión de la "demanda adicional", pues aparte de que sí la hizo, quien carece de personería adjetiva no puede convalidar la actuación; y por último, cuando el apoderado recibió la notificación y el traslado de la nueva demanda, aún no estaba reconocido como tal, es decir, todavía no era mandatario judicial de la parte rea.

b) Segundo cargo

La censura lo propone como subsidiario, y lo formula así: "Acuso la sentencia con invocación de la misma causal 4ª del artículo 52 del citado Decreto Nº 528 de 1964 por haberse dictado el fallo en juicio viciado de nulidad por ilegítima representación de quien figuró como apoderado del demandado".

El cargo se funda en los siguientes argumentos:

1. Todo lo expuesto para invocar la causal de nulidad por falta de citación o emplazamiento, sirve de base para sustentar la de falta de personería del apoderado del demandado. Las razones de ambos cargos son las mismas.

2. Sólo quedaría por examinar si dentro del litigio se produjo saneamiento de la ilegítima representación por alguna de las dos únicas causas a las cuales la ley reconoce ese efecto, a saber: las de los ordinales 3º y 4º del artículo 450 atrás citado.

3. Debe negarse de plano que la prevista en el ordinal 3º haya tenido lugar en este litigio. Ocurre ella "cuando, aunque el poder no sea bastante, la parte interesada o algún apoderado o representante legal suyo ratifica lo actuado". En el curso del juicio, ni el propio demandado, ni representante suyo alguno, ratificaron la actuación del apoderado que obró en él sin mandato para defender a aquel en lo concerniente a la acción de simulación del contrato de arrendamiento.

4. Tampoco fue el caso de convalidación por la causal 4ª del artículo 450, es decir, "cuando resulta claramente de los autos que el interesado ha consentido en que la persona que figura en el juicio como apoderado represente sus derechos, aunque carezca de poder, o éste no se halla arreglado a la ley". A través de la tramitación del juicio no aparece en ninguna forma, y menos aún con la claridad que exige el ordinal transcrito, aceptación o consentimiento del demandado para que su mandatario en la acción de simulación de la compraventa representara también sus derechos en la acción de simulación del arrendamiento. Y es indudable que tal aceptación o consentimiento mal podría provenir del apoderado mismo, porque quien generó el vicio por ilegítima representación no puede redimirlo ni sanearlo.

IV. Consideraciones de la Corte

1. Los dos cargos formulados por la parte recurrente se fundan en una premisa común: las demandas pueden ser "aclaradas, corregidas o enmendadas", mas no adicionadas con nuevas súplicas que no sean "subalternas, secundarias, dependientes o consecuenciales" de las propuestas en el libelo original.

No comparte la Corte la interpretación del artículo 208 del Código de Procedimiento Civil que contiene el anterior planteamiento del censor. Los vocablos "aclararse, corregirse o enmendarse", empleados en la redacción de ese texto legal, carecen del sentido estricto y marcadamente limitado que la censura les atribuye. El fenómeno procesal conocido con el nombre de CORRECCION DE LA DEMANDA tiene una significación más amplia, un alcance mayor.

Cuando el demandante hace uso del derecho de corregir su demanda con el fin de proponer una o más acciones no ejercitadas en el libelo original, la corrección es admisible en cuanto la nueva o nuevas acciones sean acumulables a la primera. Para determinar si lo son o no lo son, es preciso atender a la regla contenida en el ordinal 3º del artículo 209 del citado Código, a saber: "3º Que las acciones no sean contrarias e incompatibles entre sí. Sin embargo, pueden proponerse subsidiaria o condicionalmente dos remedios contrarios, siempre que los derechos sean tales que no se destruyan por la elección o que por cualquier otro motivo no se consideren incompatibles". La demanda y su corrección forman un solo cuerpo. Por lo tanto, la disposición del ordinal transcrito les es aplicable cuando en la corrección se introducen acciones adicionales acumulables a la inicialmente propuesta.

La acción de simulación absoluta de una compraventa no es contraria a la de simulación absoluta de un arrendamiento supuestamente celebrado por el aparente comprador, como arrendador, ni las dos se destruyen por la elección o son incompatibles. Luego pueden ejercitarse en una misma demanda y, por lo tanto, cabe proponerlas en ésta y en su corrección.

2. Cuando una persona natural o jurídica otorga poder especial para que se la represente como demandada en un juicio sin restricciones expresas, el apoderado adquiere personería para intervenir como representante de esa persona en todo el curso del litigio, sean cuales fueren las implicaciones que éste pueda llegar a tener, salvo en lo relativo a confesión que no se haga en la respuesta de la demanda o en escrito de excepciones, y a las facultades de recibir, desistir y transigir, todo lo cual requiere mandato expreso. Entre las posibles implicaciones de la actuación está comprendida la de que la demanda sea corregida dentro de los límites legales; por consiguiente el apoderado del demandado puede recibir válidamente el traslado de la corrección.

3. La personería de los apoderados judiciales para actuar en representación de sus mandantes, no surge del auto en que se los reconoce como tales, sino del poder legalmente aducido a los autos y aceptado por el mandatario. De consiguiente, obrando ya en este expediente el que el demandado otorgó a quien debía representarlo en el juicio, con constancia de haber sido aceptado, la notificación del auto admisorio de la corrección del libelo inicial y el traslado de éste a dicha parte eran actos procesales que podían cumplirse, como en efecto se cumplieron, con el apoderado y no con el poderdante.

4. En cuanto al cargo de ser nulo el juicio por falta de citación o emplazamiento del reo, de lo dicho en los puntos anteriores se concluye que en este litigio no se incurrió en tal vicio procesal. Al folio 5 vto. del cuaderno Nº 1 está visible la notificación personal y el traslado que de la demanda inicial se le dió al propio demandado. Este solo hecho sería suficiente para rechazar el cargo de nulidad por la expresada causa. Además, al folio 12 vto. del mismo cuaderno

aparece la notificación personal y el traslado al personero del demandado, en relación con la corrección de la demanda. Citado el reo en legal forma mediante la notificación personal que se le hizo y conclúyese que no hay causa de nulidad por falta de citación o emplazamiento.

Mas en la hipótesis de que en el particular se hubiera incurrido en el vicio que el recurrente invoca, la nulidad habría quedado saneada, como quiera que quien la alega actuó en el juicio sin reclamar la declaración de la supuesta nulidad (inciso final del artículo 450 del Código de Procedimiento Civil). Que actuó es indudable, porque no sólo fue llamado para el reconocimiento de su firma en unos documentos, sino que se lo citó y compareció para absolver posiciones, actos ambos que, contra la opinión de la censura, sí son constitutivos de "representación" o "actuación" en el litigio, habida cuenta de lo dispuesto en el Capítulo I, Título VIII del Libro II del citado Código.

5. En lo tocante al cargo de nulidad del litigio por ilegitimidad de la personería de quien actuó como apoderado de la parte demandada, se concluye de lo expuesto que éste sí tenía personería suficiente, no sólo para notificarse del auto admisorio de la corrección de la demanda, sino también para representar a su mandante, como efectivamente lo representó, en todo el curso del proceso originado con la demanda y su corrección.

Además, en auto ejecutorio proferido por el Tribunal Superior de San Gil, visible al folio 2 vto. del cuaderno Nº 2, se reconoció la personería del apoderado de la parte demandada en confirmación de lo resuelto por el Juez sobre este particular (ordinal 1º del artículo 450 del mismo Código).

Se rechazan pues, ambos cargos.

V. Resolución

En mérito de las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia objeto del presente recurso extraordinario.

Las costas de éste son de cargo de la parte recurrente.

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

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

Heriberto Caycedo M. Secretario.

CONTRATO DE TRANSPORTE

Sólo el consignatario puede exigir al transportador la entrega de las mercaderías ya transportadas.

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

(Proyecto preparado por el Abogado Asistente Doctor Ricardo Uribe-Holguín y aprobado en sesión del 3 de febrero, según Acta Nº 10).

Procédese a decidir el recurso interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 5 de mayo de 1967, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio ordinario promovido por ACERIAS PAZ DEL RIO, S. A. contra los FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA.

Antecedentes

I. En su demanda, la sociedad Acerías Paz del Río, S. A. pidió que se hicieran contra los Ferrocarriles Nacionales de Colombia las condenaciones siguientes:

"1ª La Empresa FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, entidad oficial autónoma con personería jurídica propia, es civilmente responsable ante ACERIAS PAZ DEL RIO, S. A., sociedad anónima de nacionalidad colombiana constituída por escritura Pública Nº 4410 de 17 de septiembre de 1948 de la Notaría Cuarta de Bogotá, de la pérdida de 147 toneladas de materiales de hierro discriminados así: 30 toneladas de redondos de ¼" en chipa, 60 toneladas de redondos de ½" en seis metros, 30 toneladas de redondos de ⅝" en seis metros y 27 toneladas de redondos de ¾" en seis metros.

"2ª En consecuencia, la Empresa FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA pagará a ACERIAS PAZ DEL RIO, S. A., dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, la suma de $ 201.365.01, valor comercial de los materiales de hierro a que se refiere el punto anterior o en su defecto el valor que a tales elementos se les haya asignado en el juicio, más los intereses de esa suma a la rata legal desde el 27 de junio de 1963 hasta el día en que se le haga el pago.

"3ª Los FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA pagarán las costas de este juicio previa su liquidación en forma legal".

II. Resumidos, los hechos en que se fundaron tales súplicas fueron estos:

a) En carta del 14 de junio de 1963, escrita y firmada en papel con membrete de "ESGUERRA & HERRERA ARQUITECTOS", se solicitó a la empresa Acerías Paz del Río, S. A. el despacho de 147 toneladas de hierro, con destino a determinada obra y con instrucciones de remitirlas por los Ferrocarriles Nacionales desde Belencito hasta Bogotá, consignadas a los compradores;

b) Con base en el pedido hecho en la citada comunicación, que resultó ser falsificada, y teniendo ya en su poder carta de crédito aparentemente expedida por el Banco del Comercio por cuenta de "ESGUERRA & HERRERA — BOGOTA" para asegurar el pago de los materiales, documento que también resultó ser falso, Acerías contrató con los Ferrocarriles el transporte de

esas mercaderías de acuerdo con las instrucciones de los compradores, o sea, hasta la Estación de la Calle 66 (Chapinero) y con cargo a éstos;

c) El valor del pedido, según lista de precios de venta que Acerías tiene para el público, era de $ 201.365.01 a la fecha del embarque;

d) En cumplimiento del contrato de transporte, los Ferrocarriles situaron los materiales en la correspondiente Estación de Chapinero y, en vez de entregarlos al consignatario indicado en la remesa ferroviaria, que era "ESGUERRA & HERRERA LTDA.", los entregaron al portador de una carta que aparecía firmada por "ESGUERRA & HERRERA ARQUITECTOS", según instrucciones contenidas en ésta, que resultó ser igualmente falsa;

e) Cuando Acerías resolvió hacer efectiva la carta de crédito, el Banco del Comercio se negó a pagarla, por ser falsa y no exhibir las firmas de los empleados de ese banco que tienen autorización para suscribir esta clase de documentos;

f) La manera como los Ferrocarriles hicieron la entrega de los materiales transportados, permitió que se consumara el delito y la consiguiente pérdida total, para Acerías, del valor del pedido;

g) El hecho de que los Ferrocarriles entregaran las mercaderías a una firma que no era la consignataria indicada en la carta de porte o remesa ferroviaria, los hace civilmente responsables ante Acerías, por culpas lata y leve, y los obliga a pagarle indemnización igual al monto del precio del pedido.

III. Los Ferrocarriles contestaron la demanda aceptando varios de los hechos, pero oponiéndose a las pretensiones de la parte demandante.

IV. El Juez 14 Civil Municipal de Bogotá, a quien corespondió decidir el litigio en la primera instancia, resolvió en su sentencia: "PRIMERO. ABSTENERSE de fallar el presente juicio instaurado por ACERIAS PAZ DEL RIO, S. A. contra los FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, por ausencia de legitimación en la causa en la parte demandante. SEGUNDO. SIN COSTAS".

El fallo acusado

Contra el proveído del Juez, ambas partes recurrieron en apelación.

Cumplidos los trámites de segundo grado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá desató la controversia en fallo cuya parte motiva contiene las consideraciones siguientes:

1. Primeramente encuentra el Tribunal que la competencia, la capacidad de los litigantes para ser partes y para comparecer en juicio y el requisito de demanda en forma, aparecen reunidos en el caso del litigio.

2. En cuanto a la **legitimatio ad causam**, el Tribunal manifiesta no compartir la siguiente tesis del Juez que lo llevó a dictar sentencia inhibitoria:

"Está legitimado en la causa para exigir responsabilidad al porteador por la no entrega o por la avería o por la pérdida de la mercancía, única y exclusivamente el Consignatario, por cuanto es quien tiene interés serio, legítimo y actual como directamente perjudicado en su patrimonio por la no entrega de la mercancía. El Cargador no está legitimado para reclamar por la no entrega de la mercancía por cuanto al hacer expedición de dicha mercancía ha hecho tradición efectiva de ella, segun lo prescrito en el artículo 238 del C. de Co.

"Aplicando estas nociones al caso sublite, se llega a la conclusión de que Acerías Paz del Río, S. A., no está legitimada en la causa para entablar la acción instaurada ya que dicha legitimación le corresponde a la firma 'Esguerra - Herrera Ltda.' única y exclusivamente. Acerías Paz del Río, S. A. hizo tradición de las mercancías al expedirlas y por lo tanto, si no fueron entregadas, quien debía presentar la reclamación a los Ferrocarriles Nacionales era la sociedad 'Esguerra - Herrera Ltda.'

"En estas condiciones, faltando la legitimación en la parte actora o sea en Acerías Paz del Río, debe producirse un fallo inhibitorio, de acuerdo con lo visto anteriormente. No se puede estudiar el fondo de la acción instaurada por cuanto la titularidad de la acción no reside en la persona que ejercitó su derecho judicialmente. Es decir, no hay identidad entre la persona del actor (Acerías Paz del Río, S. A.) con la persona a la cual la ley concede la acción pertinente (Esguerra - Herrera Ltda.)".

El Tribunal estima que este razonamiento llevó al Juez a dos conclusiones distintas: a) La falta de legitimación en la causa obliga al juzgador a dictar sentencia inhibitoria; y b) Acerías Paz del Río, S. A. no está legitimada en la causa, como quiera que el ejercicio de la acción propuesta en la demanda compete exclusivamente a la firma Esguerra & Herrera Ltda.

Con el fin de infirmar la primera de estas conclusiones, el Tribunal repite el concepto de Chiovenda citado por el Juez, sobre lo que debe entenderse por legitimación en la causa, y transcribe alguna doctrina de la Corte acerca de que este requisito no constituye presupuesto procesal, para concluir de todo ello que la falta de esa legitimación "trae como consecuencia obligada el pronunciamiento de un fallo adverso a la pretensión del actor, fallo que por decidir el litigio en el fondo, hace tránsito a cosa juzgada material".

3. Luego se examina en la sentencia de segunda instancia la otra conclusión del Juez, es decir, la de que Acerías Paz del Río, S. A. no es titular de la acción ejercitada en este litigio. Sobre el particular, razona así el Tribunal:

Es indudable que, con arreglo a las disposiciones pertinentes del Código de Comercio, la regla en materia de entrega de las mercancías transportadas es que ésta debe hacerse al consignatario. Sin embargo, no hay ninguna norma legal que "consagre o determine el que el consignante no pueda instaurar la acción respectiva cuando no se hubiere hecho la mencionada entrega".

Y agrega: "Podría aceptarse quizás que Acerías Paz del Río, S. A. no estaría legitimada para intentar la acción en el supuesto de que hubiera existido entre ella y Esguerra y Herrera Ltda. un verdadero contrato de compraventa respecto de la mercancía a que se refiere la demanda, y entonces, como consignatario que fuera, sí le correspondía exclusivamente accionar contra la entidad Paz del Río (sic). Mas como en el caso en comento ese contrato de compraventa no tuvo real perfeccionamiento, no puede hablarse de que sea Esguerra y Herrera Ltda. la persona a quien la ley concede la acción (legitimación activa), sino que ésta corresponde a Paz del Río, S. A., ya que esa mercancía no puede considerarse como salida del patrimonio de ella".

En seguida, refiriéndose a la tradición de que trata el artículo 238 del Código de Comercio, afirma el Tribunal: "Es claro que en el caso sub-lite, esa tradición efectiva no tuvo realización, pues, como se dijo antes, no existió entre Esguerra y Herrera Ltda. y Acerías Paz del Río, S. A. un verdadero contrato de compraventa... Es indispensable la celebración de un contrato previo de compraventa entre el comprador y el vendedor, para estimar que el destinatario adquiera los derechos sobre la mercancía".

Por último, examina el fallador las pruebas aducidas en el juicio y encuentra plenamente demostrados el contrato de transporte y el hecho de que la mercancía no fue entregada al consignatario Esguerra & Herrera Ltda.; advierte que, por haber habido lugar a duda de si la persona que solicitaba la entrega era o no era la consignataria, debieron los Ferrocarriles, como porteadores, depositar judicialmente la carga; y concluye que, no habiéndolo hecho así, los Ferrocarriles son civilmente responsables ante Acerías Paz del Río, S. A. por el valor de los materiales transportados.

4. Con base en todas estas consideraciones, el Tribunal resolvió:

"1º Declárase que la Empresa de los FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA es civilmente responsable ante

ACERIAS PAZ DEL RIO, S. A. de la pérdida de 147 toneladas de material de hierro discriminadas así: 30 toneladas de redondos de ¼; 60 toneladas de redondos de ½; 30 toneladas de redondos de 5/8 y 27 toneladas de redondos de ¾.

"2º Como consecuencia del numeral anterior condénase a la Empresa FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA a pagar a ACERIAS PAZ DEL RIO, S. A. el valor de los materiales a que se refiere el numeral primero de la parte resolutiva de esta providencia, valor que se debe regular conforme al procedimiento establecido en el artículo 553 del Código de Procedimiento Civil.

"3º Costas de la primera instancia a cargo de la parte demandada.

"4º No las hay en el recurso".

La demanda de casación

Los Ferrocarriles, que son la parte recurrente, formulan un solo cargo, dentro del ámbito de la primera de las causales de casación: "Ser la sentencia violatoria de la ley sustancial por infracción directa de los artículos 238, 258, 298, 300, 303 y 309 del Código de Comercio Terrestre".

Para fundar este cargo, expone la censura: "Las partes contendientes en el proceso civil desatado en segunda instancia por el Tribunal Superior y cuya sentencia es objeto del recurso de casación que ahora sustento, han aceptado sin reserva alguna que celebraron un contrato de transporte para la conducción de 147 toneladas de material de hierro, de Belencito a la Estación de la calle 66 - Chapinero. No ha sido, pues materia de controversia el contrato de transporte, en sí.

"Lo fue la definición y alcance de los derechos y obligaciones que por razón de ese contrato surgieron entre el porteador (Ferrocarriles Nacionales de Colombia) y el consignatario (Esguerra y Herrera-Arquitectos o Esguerra y Herrera Ltda. o Esguerra y Herrera), pues mientras el demandante Acerías ha alegado que por circunstancias especiales —la de haber mediado engaños para despachar el pedido— puede reclamar de los Ferrocarriles por la pérdida de la mercancía, haciendo las veces de consignatario, sin serlo, el demandado Ferrocarriles Nacionales ha alegado que las circunstancias que mediaron en el contrato de compraventa no son cosas que lo alcanzan, por ser los Ferrocarriles un tercero en ese contrato; en cambio sí tienen los Ferrocarriles que atenerse a los términos de la carta de porte o remesa, en donde se señala a una persona distinta a Acerías Paz del Río, S. A. como consignatario, siendo ese consignatario la única persona que, conforme a la ley, tendría facultad para responsabilizarlos por la no entrega del cargamento de hierro".

Tal es la síntesis del pensamiento del censor, que lo conduce a señalar como infringidos por el Tribunal, por falta de aplicación al caso del litigio, los artículos del Código de Comercio Terrestre citados en la enunciación del cargo, así:

1. El 238, que dice: "La expedición que hace el vendeddor de las mercancías al domicilio del comprador o a cualquier otro lugar convenido, importa la tradición efectiva de ellas. La expedición no implicará entrega, cuando fuere efectuada sin ánimo de transferir la propiedad, como si el vendedor hubiere remitido las mercancías a un consignatario, con orden de no entregarlas hasta que el comprador pague el precio o dé garantías suficientes".

La parte recurrente encuentra, que, habiendo expedido Acerías el cargamento sin ninguna de las reservas indicadas en el artículo transcrito, sin informar a los Ferrocarriles de que había irregularidades en el contrato de compraventa celebrado con el consignatario y sin ulterior contraorden de entrega una vez terminada la conducción, el Tribunal debió aplicar la norma general del inciso primero de ese artículo, cosa que no hizo.

2. El artículo 258, que define el contrato y establece que las mercaderías deben ser

entregadas "a la persona a quien vayan dirigidas"; precepto que, en opinión del censor, debió ser aplicado por el Tribunal para deducir de él que sólo el consignatario, no el cargador, puede reclamar por la entrega.

3. El 298, según el cual la responsabilidad del porteador "concluye con la entrega a contento del consignatario", norma que el fallador también habría omitido tener en cuenta y que llevaría a la misma deducción indicada en el punto anterior.

4. El 300, que reza así: "El transporte obliga directamente al porteador, a favor del consignatario designado; y en consecuencia, deberá entregarle las mercaderías, so pena de daños y perjuicios, tan luego como hubieren llegado a su destino. El porteador carece de personería para examinar la validez del título que tenga el consignatario para recibir los objetos consignados".

Según la censura, el Tribunal infringió de modo directo esta disposición, puesto que resolvió que la obligación de entregar, a cargo del porteador, y la consiguiente responsabilidad por su incumplimiento, pueden ser exigidas por el remitente o cargador.

5. El 303, con arreglo al cual "El porteador deberá restituir al consignatario las mismas mercaderías que hubiere recibido del cargador", disposición esta que confirma que el derecho de recibir las cosas transportadas y reclamar por razón de su entrega, sólo compete al consignatario.

6. Y el 309, en el cual se dice que las averías serán pagadas por el porteador al consignatario en los términos del artículo 308; norma que, sostiene el recurrente, demuestra cómo es siempre el consignatario la única persona que tiene derecho a reclamaciones provenientes de la falta de entrega o de la entrega retardada o defectuosa.

Consideraciones de la Corte

De los artículos que regulan el contrato de transporte de cosas en el Código de Comercio Terrestre (258 y siguientes), surgen claramente los siguientes postulados:

a) El transporte es contrato en que de ordinario tienen interés tres personas: el cargador, remitente o consignante, persona que encarga la conducción; el porteador, quien contrae la obligación de conducir; y el consignatario, aquel a quien se remiten las mercaderías. El cargador y el consignatario pueden ser una misma persona (artículos 259 y 260).

b) El transporte es consensual y, de consiguiente, se entiende celebrado por el solo consentimiento expreso o tácito de las partes (artículo 263). Puede establecerse con cualquier medio de prueba, entre ellos la carta de porte (artículo 266), y las omisiones en que al otorgar ésta se incurra, pueden ser suplidas también con cualquier medio de prueba (artículo 276).

c) El transporte participa del arrendamiento de obra o de empresa —arrendamiento de servicios— y del depósito (artículo 264). En cuanto participa de aquel, impone al porteador las siguientes obligaciones principales: 1. Recibir las mercaderías en el tiempo y lugar convenidos; 2. Cargarlas como persona inteligente; 3. Emprender y concluir el viaje en el plazo y por la ruta estipulados (artículo 290). Porque también participa del depósito, el porteador además se obliga: 4. A la custodia y conservación de las mercaderías que reciba para transportarlas (artículo 299); y 5. A entregarlas una vez concluido el viaje (artículo 300).

d) El transporte es contrato de ejecución sucesiva y comprende tres etapas: 1ª La recepción y la carga de las mercaderías; 2ª La conducción de éstas; 3ª Su entrega. De las dos primeras etapas, el Código trata en sus artículos 279 a 299 inclusive; de la tercera, en los artículos 300 a 317.

e) Durante las dos primeras citadas etapas, las obligaciones del cargador son exigibles por el porteador, las del porteador por el cargador y las de uno y otro por el consignatario (artículo 317). Pero durante la

tercera etapa, la obligación del porteador de entregar las mercaderías ya transportadas sólo es exigible por el consignatario o por sus causahabientes a título universal o singular (artículos 269 y 301, en relación con las normas de los artículos 300 a 314, en que sólo se menciona al porteador y al consignatario, no al cargador).

f) La responsabilidad por pérdidas, faltas o averías de las cosas transportadas, ocurridas durante la conducción, es exigible al porteador por el cargador, el consignatario o el dueño de tales cosas, con crédito privilegiado a favor del primero de estos acreedores (artículo 283 y 289). La responsabilidad proveniente de la ocurrencia de cualquiera de tales eventos una vez terminada la conducción, sólo puede ser exigida al porteador por el consignatario (artículos 306 y siguientes).

g) El contrato de transporte es independiente de la situación jurídica preexistente o coexistente que vincule entre sí a la persona que encarga la conducción y a la persona a quien vayan consignadas las mercaderías. La naturaleza de tal situación jurídica no puede en manera alguna alterar o modificar las obligaciones y los derechos que el transporte genera para el porteador, quien es un tercero con relación a ella y, por lo tanto, carece de personería, derecho e interés legítimo para exigir que se le dé conocimiento de la calidad con que el consignatario recibirá las cosas transportadas (inciso final del artículo 300).

Aplicando estos postulados al caso del litigio, se concluye:

I. Cualquiera especie de responsabilidad contractual en que hayan podido incurrir los Ferrocarriles Nacionales con motivo de la entrega que hicieron de las cosas transportadas por encargo de Acerías Paz del Río y con el consentimiento e instrucciones de quienes afirmaron ser Esguerra & Herrera, Ltda. (según aparece en la remesa ferroviaria) o Esguerra & Herrera Arquitectos (conforme a la carta en que se hizo el pedido), sólo puede ser exigida por quien, con arreglo al contrato de transporte, tenga el carácter de CONSIGNATARIO o causahabiente de éste. En consecuencia, si la entrega se hizo a quien no tenía este carácter, únicamente la persona que sí lo tuviera podría exigir indemnización de perjuicios a los Ferrocarriles en virtud de incumplimiento del contrato de transporte y por lo que concretamente toca con la obligación de ENTREGAR las cosas transportadas UNA VEZ TERMINADA LA CONDUCCION (artículo 300). Acerías Paz del Río no tiene en manera alguna la calidad de consignatario.

II. El fundamento del fallo acusado que determinó el pronunciamiento condenatorio contra los Ferrocarriles, radica en que el Tribunal consideró que no había existido contrato de compraventa entre Acerías Paz del Río y quienes afirmaron ser Esguerra & Herrera, lo que lo condujo a proponerse el siguiente dilema: si entre el cargador y el consignatario en el contrato de transporte, existe uno previo de compraventa, sólo el consignatario está legitimado para exigir la entrega de las mercaderías transportadas; no así en el caso de ser INEXISTENTE esa compraventa, porque entonces tal derecho corresponde al cargador.

Por vía de mera rectificación doctrinaria y aunque ello no toca con el despacho del recurso extraordinario en estudio, es conveniente confutar el concepto del Tribunal acerca de la inexistencia del contrato de compraventa en que figuró como parte vendedora Acerías Paz del Río. Personas no identificadas le dirigieron a esa empresa siderúrgica una carta con membrete de Esguerra & Herrera Arquitectos, y supuestamente firmada por éstos, en la cual se le hacía un pedido de sus productos a título de compraventa. Esta oferta de contrato fue aceptada por su destinatario mediante hecho inequívoco de ejecución del contrato, cual fue la expedición de lo pedido (artículo 190 del Código de Comercio), o sea que la compraventa se perfeccionó y estaba llamada a cumplir todos sus efectos legales, entre ellos la obligación del vendedor de hacer tradición de las cosas vendidas, que quedó cumplida simultáneamente con el perfeccionamiento del negocio (artículo 238 ibídem). Lo que no entendió el Tribunal

sentenciador fue que ese contrato así celebrado nació con un vicio de NULIDAD RELATIVA, proveniente de la maniobra dolosa de quienes suplantaron a Esguerra & Herrera Arquitectos, maniobra determinante del consentimiento de Acerías Paz del Río, porque es claro que esta entidad no habría prestado dicho consentimiento de haber conocido esa suplantación de la persona con quien tuvo intención de contratar (artículo 1515 del Código Civil).

III. Pero aún en el supuesto de que el citado contrato de compraventa fuera inexistente y el Tribunal hubiera podido pronunciarse sobre ese extremo, que no fue pretensión oportunamente aducida por ninguna de las partes, a la misma conclusión indicada en el punto I. anterior tendría que llegar la Corte, puesto que de acuerdo con el régimen legal del contrato de transporte de cosas, el cargador o remitente, como tal, jamás puede reclamar al porteador ni la entrega de las mercaderías YA TRANSPORTADAS, ni responsabilidad contractual alguna por falta total, parcial o meramente transitoria del cumplimiento de esta obligación, que sólo es exigible, una vez terminada la conducción, por quien tenga la calidad de consignatario.

IV. Por lo dicho en el punto anterior, no cabría sostener que la casación de la sentencia acusada sólo podría tener lugar en el caso de que la parte recurrente hubiera invocado las violaciones de ley sustancial que invocó, fundándolas en la premisa de haber incurrido el Tribunal en error de hecho o de derecho en la apreciación o valoración de las pruebas del contrato de compraventa; pues la existencia o inexistencia de este contrato, asunto que no fue motivo de controversia dentro del litigio ni se necesitaba que lo fuera, es incapaz de alterar la conclusión de que Acerías carece de los derechos y acciones del consignatario en relación con la entrega de mercaderías ya transportadas por orden y sin contraorden suya.

V. De todo lo anterior expuesto surge la conclusión final de que el Tribunal violó, por falta de aplicación al caso del pleito, las disposiciones sustanciales del Código de Comercio Terrestre acusadas como infringidas, señaladamente la del artículo 300 de esa obra.

El cargo, pues, prospera .

Sentencia de instancia

El hecho de que la parte demandante no sea titular de la acción por responsabilidad contractual ejercitada en su demanda, conlleva sin duda una falta de legitimación suya en la causa. Mas esta circunstancia no justifica, como erróneamente lo sostuvo el Juez y acordemente lo rectificó el Tribunal, fundándose en doctrina de la Corte, que el fallo deba ser inhibitorio. La falta de legitimación en causa, sea de la parte actora, sea de la demandada, obliga a dictar fallo absolutorio, pues la persona contra quien se ejercite acción que el demandante no tiene, o que teniéndola la dirige contra quien no responde de ella, debe ser absuelta, sin que por ello el verdadero titular no pueda dirigirse después contra el verdadero responsable de los cargos de la demanda.

El fallo que dictará la Corte en este litigio habrá de ser, pues, absolutorio y, por tanto, con efecto de cosa juzgada entre las partes.

Será absolutorio, porque en los autos se probó plenamente el contrato de transporte, no sólo por confesión de las partes en la demanda y su respuesta, sino además por la carta de porte o remesa ferroviaria; y porque se demostró, por los mismos medios, que el consignatario no fue Acerías Paz del Río, S. A.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia objeto de este recurso extraordinario y, en su lugar, obrando como juzgador de instancia,

Resuelve

1º REVOCASE la sentencia de primera instancia proferida en este litigio por el Juez 14. Civil Municipal de Bogotá.

2º ABSUELVESE a la parte demandada de todos los cargos propuestos en la demanda.

3º CONDENASE a la parte demandante en las costas de primera y segunda instancias.

4º Sin costas en el recurso extraordinario.

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

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

Heriberto Caycedo M. Secretario.

NULIDAD DEL JUICIO DE VENTA Y DEL REMATE

Remate, su nulidad como acto procesal. Dictamen pericial, formalidades necesarias para ser apreciado como prueba.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., marzo ocho (8) de mil novecientos setenta y uno.

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

(Aprobado según Acta Nº 18 de fecha veintitrés de febrero de mil novecientos setenta y uno).

Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandante contra la sentencia del 10 de octubre de 1968 dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio ordinario instaurado por JORGE FERNANDEZ PARRA contra LUIS AREVALO BAYONA y otros.

I

El litigio

1. Mediante libelo del 15 de octubre de 1964, corregido por escrito del 3 de abril siguiente, Jorge Fernández Parra demandó ante el entonces Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Bogotá a Luis Arévalo, y a las entidades "Urbanizaciones La Victoria Ltda." y "Colombiana de Capitalización S. A.", sociedades domiciliadas en esta ciudad, representadas por sus respectivos gerentes, a fin de que previos los trámites del juicio ordinario de mayor cuantía se hicieran las siguientes declaraciones:

"Primero: Es nulo el juicio de venta de Luis Arévalo contra Jorge Fernández Parra que cursa en el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Bogotá desde el 28 de septiembre de 1963, día en que se anunció irregularmente el remate de la finca perseguida en tal juicio.

"Segundo: Se declara nulo el remate que la Sociedad Urbanizaciones La Victoria Ltda. hizo el 31 de enero de 1964 en el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Bogotá, dentro del juicio de venta de la cosa hipotecada seguido por Luis Arévalo contra Jorge Fernández Parra, sobre la siguiente finca: el lote que hace parte del predio 'F' de la Hacienda El Cedro, en Usaquén, Distrito Especial de Bogotá, distinguido en el plano que se protocolizó en la escritura 2.896 de noviembre 4 de 1959 de la Notaría Décima de Bogotá con el número UNO (1), que tiene una cabida aproximada de 151.368,75 varas cuadradas...

"Tercero: Se ordena la cancelación de la inscripción del remate efectuada en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de Bogotá el día 25 de junio de 1964 bajo el número 8.253-A de la página 432 del Libro número primero.

"Cuarto: Se declara sin efecto legal alguno la hipoteca que constituyó la Sociedad Urbanizaciones La Victoria a favor de la Sociedad Colombiana de Capitalización S. A., por medio de la escritura 3.250 de septiembre 2 de 1964 de la Notaría Primera de Bogotá, en lo que hace relación a la finca que se identificó y determinó en el numeral segundo de esta parte resolutiva, o sea la que ha sido objeto de este pleito.

"Quinto: Se ordena la cancelación de la inscripción de la expresada hipoteca, que

consta en el número 11.880 del folio 178 del libro de hipotecas de la Oficina de Registro de Bogotá".

Como consecuencia solicitó el demandante que se le declare dueño del inmueble materia de la litis; que se condene a la sociedad "Urbanizaciones La Victoria Ltda." a restituirle dicho predio y a pagarle los frutos naturales y civiles que hubiera podido producir, desde la fecha de la contestación de la demanda; que se ordene retrotraer el juicio de venta de Luis Arévalo contra Fernández Parra al estado en que se encontraba en el momento de incurrirse en la irregularidad procesal que invalidó el remate; y, además, que se condene a los demandados a pagarle las costas del juicio.

2. Los hechos que en la demanda se invocan como constitutivos de la **causa petendi**, quedan sintetizados en los siguientes:

a) En el Juzgado 8º Civil del Circuito de Bogotá cursó un juicio de venta de la cosa hipotecada instaurado por Luis Arévalo contra Jorge Fernández Parra, a fin de hacer efectivo un crédito por la suma de $ 250.000.00, junto con los intereses pactados, proceso en el cual se ordenó rematar el inmueble objeto del gravamen, o sea el solar número 1 del loteo de la Hacienda "El Cedro" de Usaquén, distinguido por las especificaciones y comprendido dentro de los linderos que se consignan en el hecho primero del libelo de la demanda. Surtidos que fueron los trámites de nombramiento y posesión, los peritos designados rindieron dictamen el 2 de febrero de 1963, atribuyendo al fundo el valor de $ 3'178.743.75, equivalente al precio de $ 21.00 para cada una de sus 151.368,75 varas cuadradas que lo componen;

b) Dentro del término del traslado del avalúo el ejecutante solicitó que los peritos explicaran y aclararan algunos puntos relacionados con el peritaje, y a la vez lo objetó por error grave: como el Juzgado de la causa requirió al peticionante, para que se decidiera por la aclaración o la objeción, el requerido expresó que primero se debía ordenar la explicación y luego, en el evento de que ésta no le fuera satisfactoria, disponer el trámite de la objeción. Ordenada por el Juzgado la aclaración de la pericia y rendida a satisfacción del demandante, éste prescindió de la objeción que había formulado;

c) "Ocurre que —dice el actor en el hecho séptimo de su demanda— los peritos en su explicación se extralimitaron en su encargo, pues lejos de explicar el dictamen, lo que hicieron fue decir que se habían equivocado y que, como consecuencia del error en que habían incurrido, el valor de la finca no era de $ 3'178.743.75 M/cte., sino que cada una de las varas cuadradas que la formaban valía siete pesos";

d) Del escrito de aclaración y ampliación se dio nuevo traslado el 30 de abril siguiente, y luego, el 21 de octubre de ese mismo año, se procedió a la diligencia de la primera subasta del bien hipotecado, pero en vez de haber avisado la licitación con base en el 70% del avalúo de $ 3'178.743.75, se hizo por un porcentaje de $ 1'059.581.25. "Este error en el anuncio —afirma el demandante— tuvo la consecuencia necesaria de que nadie acudió a rematar la finca, pues el remate hubiera sido nulo";

e) El 31 de enero de 1964, en segunda subasta, se realizó el remate del predio y se adjudicó a la sociedad "Urbanizaciones La Victoria Ltda." por la suma de $ 635.748.75, equivalente al 60% de la segunda de las cantidades atrás indicadas; y fue aprobado por auto del 14 de marzo del mismo año, registrados éste y la diligencia en el Libro I de la Oficina respectiva de Bogotá el 25 de junio siguiente;

f) No debió ser la cantidad de $ 1.059.581.25, indicada por los peritos cuando ya habían fenecido sus funciones, sino la de $ 3'178.743.75, que fue la señalada en el dictamen no objetado, la que ha debido tomarse como base para determinar el monto de las posturas admisibles en la almoneda. Como no se respetó el avalúo pericial la venta del bien hipotecado se hizo por algo menos del 20% de su valor, de lo cual resulta que el remate se llevó a cabo "sin llenar las exigencias procedimentales para su vali-

dez"; habiéndose además efectuado antes de hacerse la liquidación del crédito, sin que, por tanto, el deudor supiera cuánto era lo que entonces debía a su acreedor; y

g) La entidad rematadora "Urbanizaciones La Victoria Ltda.", que es la poseedora de la finca desde enero de 1964, constituyó sobre ésta gravamen hipotecario a favor de la sociedad "Colombiana de Capitalización S. A." según escritura Nº 3.250, otorgada el 2 de septiembre siguiente en la Notaría Primera de Bogotá.

3. Surtido el trámite de la primera instancia sin oposición de los demandados, el Juzgado de la causa, que a la sazón lo era el Diecinueve Civil Municipal de Bogotá, le puso término con sentencia del 15 de abril de 1968, mediante la cual negó todas las súplicas impetradas en la demanda y absolvió a los demandados de los cargos que en dicho libelo se formularon contra ellos.

Por apelación interpuesta por el demandante el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el cual, en fallo proferido el 10 de octubre de ese mismo año, confirmó el apelado e impuso las costas al apelante, quien propuso contra dicha providencia el recurso de casación.

II

La sentencia del Tribunal

1. Luego de relacionar los antecedentes del litigio y de advertir que en este caso se hallan presentes los presupuestos del proceso, indispensables para pronunciar sentencia de mérito, pasa el Tribunal a determinar las dos pretensiones que por razón de invalidez procesal trae deducidas la demanda: la nulidad del juicio de venta seguido en el Juzgado 8º Civil del Circuito de Bogotá por Luis Arévalo contra Jorge Fernández Parra; y la del remate practicado en él. Afirma que así la una como la otra vienen edificadas sobre el mismo fundamento: las irregularidades en que según el demandante se incurrió en el avalúo del inmueble subastado.

2. En relación con la primera, comienza el fallador diciendo que en nuestro régimen procedimental civil las causales de nulidad adjetiva se encuentran taxativamente señaladas por la ley, y que por consiguiente las irregularidades procesales que no encajan en ninguna de ellas, no pueden dar base legal para invalidar una relación jurídico-procesal. Agrega que según lo estatuido por el artículo 448 del C. J. las causas de anulación, para todos los juicios, se reducen a falta de jurisdicción o de competencia, a indebida representación de las partes, o a irregularidades en la forma como aparecen citadas al proceso.

Acomete luego el ad-quem el análisis de las copias que del juicio de venta del bien hipotecado se incorporaron al presente como prueba, notando que el examen de su contenido no permite enlistar, dentro de ninguna de las causas de nulidad general, los hechos alegados por el demandante como causa petendi de su acción, pues "en la manera como fue practicada en dicho juicio la prueba pericial no puede edificarse una ilegitimidad de personería, ni una violación del derecho de defensa, circunstancias estas que, según el artículo 457 del C. J. pueden ser alegadas por la vía ordinaria", para concluir, por tanto, a que la primera pretensión de nulidad no puede prosperar.

3. Emprende enseguida el fallador el examen de la súplica tendiente a que se declare la nulidad del remate, comenzando por determinar que tanto ella como la de anulación del juicio, descansan sobre idéntico fundamento: que los peritos procedieron oficiosamente a corregir su dictamen, variando el valor en que habían estimado el precio del inmueble que, con base en ese nuevo valor, subastó la sociedad "Urbanizaciones La Victoria Ltda.".

Y después de observar que "la falta de las formalidades prescritas para hacer el remate de bienes" constituye, por mandato del artículo 451 del C. J., motivo específico de nulidad procesal de la subasta, advierte que el análisis de las copias del proceso en

el cual se realizó la almoneda cuya validez desconoce el demandante "permite concluir que ella se inició, desarrolló y concluyó de acuerdo con los artículos 1.037 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, que determinan las formalidades que se deben observar para practicar el remate de bienes en un juicio ejecutivo".

Añade el sentenciador, después de transcribir alguna doctrina de la Corte que así lo predica, que la modificación oficiosa que los peritos hagan de su dictamen no puede estructurar la nulidad prevista por el ordinal 2º del artículo 451 citado, "en primer lugar, porque si el avalúo adolecía de algún defecto, él ha debido ser alegado dentro de 'a oportunidad prevista por los artículos 719 y 720 del C. J. y no posteriormente como causal de nulidad, ya que la deficiencia probatoria no puede acarrear la nulidad del juicio, y, en segundo término, porque la corrección que de su experticio hace quien lo rinde no puede considerarse como un procedimiento irregular".

Expresa finalmente el Tribunal que el hecho de haberse llevado a cabo el remate antes de verificar la liquidación del crédito, tampoco encarna irregularidad constitutiva de nulidad procesal, puesto que la liquidación previa solo se hace necesaria cuando el ejecutante actúa como rematador y no en los eventos en que, como aquí ocurrió, quien remató el bien fue un tercero.

III
La demanda de casación

Dos cargos se formulan en esta demanda contra la sentencia del Tribunal antes extractada, ambos con fundamento en la causal primera del artículo 52 del Decreto 528 de 1964, y que la Corte procede a examinar en el orden en que aparecen propuestos.

Primer cargo

1. Se formula por violación directa del artículo 448 del Código Judicial, por aplicación indebida; de los artículos 451 y 452 del mismo estatuto, por falta de aplicación de ambos y además por interpretación errónea del primero; y de los artículos 1.746 y 1.748 del Código Civil.

2. Para sustentarlo, empieza el recurrente afirmando que al considerar el Tribunal que las irregularidades que la demanda indica en relación con el remate, no encajan dentro de las causales generales de nulidad establecidas por el artículo 448 del C. J., aplicó este precepto sin ser el aplicable al caso, puesto que, dice el censor, "la nulidad propuesta por mí en la demanda no se funda en el artículo 448 citado, sino en el 451 del C. J. en concordancia con el 452".

Expresa luego la censura que con aquella consideración el sentenciador violó también los artículos 451 y 452 del C. J., "porque no los aplicó siendo los aplicables al punto de la nulidad proveniente por falta de formalidades de un remate", agregando, a renglón seguido, que quebrantó el primero de estos dos textos "porque lo interpretó erróneamente, pues circunscribió su efecto a los juicios ejecutivos y no a las ventas como le ordena el artículo 452... Sea por falta de correcta interpretación o no, —añade el impugnante— lo cierto es que el Tribunal violó los artículos 451 y 452 del C. J. por no haberlos aplicado siendo aplicables al caso".

En conclusión del cargo dice el impugnador que al negarse el ad-quem a estudiar si estaba configurada la nulidad propuesta, violó también los artículos 1.746 y 1.748 del C. C., puesto que con su proceder desconoció al demandante los derechos a ser restituido al mismo estado en que se hallaría si no hubiese existido el acto nulo, y a reivindicar la cosa rematada ilegalmente.

La Corte considera

1. Según las normas de nuestro procedimiento civil la demanda, que es el escrito con el cual se inicia el proceso, debe contener, a más de otros requisitos de forma, la clara indicación de la pretensión o pretensiones incoadas y de los hechos en que el actor las funda.

Tanto la causa potendi como el petitum de la demanda, los que para la viabilidad de

la acción deben guardar relación jurídica de causa a efecto, unidos al planteamiento formulado por el demandado a través del derecho de contradicción, son factores de trascendental importancia en el desarrollo y resultado del litigio, porque trabada la relación jurídico-procesal todos ellos vienen a determinar el campo de la actividad del juez y los límites de la sentencia.

Ciertamente es deber inexcusable del fallador ejercer la jurisdicción para resolver el conflicto de intereses que se ha llevado a su conocimiento; pero también lo es que al decidir, según el principio dispositivo que aún campea en nuestro procedimiento civil, ha de tener como base exclusiva todas las pretensiones de cada una de las partes y solo las que éstas hayan aducido. "Los Jueces y Tribunales no pueden, bajo ningún pretexto, —dice el artículo 481 del C. J.— negar ni reservar para otro juicio la resolución de las cuestiones que hayan sido materia del pleito"; y según el 471 ibídem las sentencias deben ser claras, precisas "y en consonancia con las demandas y demás pretensiones oportunamente deducidas por las partes".

2. El remate, no considerándolo como acto civil sino como acto procesal, puede resultar inválido en uno de estos dos eventos: cuando se decreta la nulidad del juicio dentro del cual se ha llevado a cabo; o cuando se declara la ineficacia de la subasta, por falta de las formalidades prescritas por la ley para su celebración.

Si la demanda trae deducidas concurrente y simultáneamente estas dos acciones, ambas pretensiones deben ser objeto de consideración y resolución por el Juez. Mas, por tratarse de acciones distintas en su contenido y alcance, habrá de hacerlo con acatamiento de las diferentes normas legales que regulan cada una de estas situaciones: la nulidad del juicio se rige necesariamente por el artículo 448 del C. J., norma ésta que al determinar las causales de nulidad para todos los juicios, es parte integrante pero principalísima dentro del conjunto de las disposiciones que gobiernan la materia, y, además, si el juicio cuya validez se discute es ejecutivo, por el artículo 451 de la misma obra, en cuanto por él se señalan los motivos específicos de nulidad en este procedimiento; la nulidad del remate por falta de formalidades en su celebración por la disposición contenida en el ordinal 2º del precitado artículo 451, puede tener ocurrencia también en el juicio de venta y en general en todos los procesos en que haya remate de bienes (arts. 1.197 y 452 C. J.).

3. Al determinar la diferencia del objeto sobre el cual cada una puede recaer, la sentencia del Tribunal reconoce las dos clases de nulidad que pueden presentarse en un proceso de ejecución, o sean las generales para todos los pleitos, de que trata el artículo 448 del C. J., y las especiales a que se refieren los artículos 451 y 452 ibídem, dentro de las cuales, dice, la falta de las formalidades prescritas para el remate es "extensiva a aquellos en que tenga ocurrencia una diligencia de pública subasta". Deduce la improcedencia de la primera al advertir que los hechos alegados por el demandante no encajan dentro de ninguna de las causales previstas por el primero de estos preceptos, pues que "en la manera como fue practicada en dicho juicio la prueba pericial no puede edificarse una ilegitimidad de personería, ni una violación del derecho de defensa, circunstancias éstas que, según el art. 457, pueden ser alegadas por la vía ordinaria"; y la de la segunda, afirmando que el remate "se inició, desarrolló y concluyó de acuerdo con los artículos 1.037 y siguientes del Código de Procedimiento Civil que determinan las formalidades que se deben observar en la subasta de bienes, ya que la modificación que los peritos hicieron del avalúo inicial no estructura la nulidad prevista por el ordinal 2º del artículo 451 del C. J."

4. Por cuanto el Tribunal negó la declaración de las dos nulidades pedidas en la demanda, la del juicio y la del remate practicado en él, no aplicó los artículos 448, 451 y 452 del C. J.; y al no haberlos aplicado, no procede la acusación de la sentencia ni por indebida aplicación ni por interpretación errónea de estos preceptos; tampoco por falta de aplicación de las dos últimas

normas, puesto que su inaplicación se debe a la inexistencia en el caso sub-lite de la situación fáctica que ellas regulan. Y como no declaró ninguna de las nulidades obviamente no violó, por inaplicación, los textos de los artículos 1.746 y 1.748 del C. C., ya que los derechos por ellos consagrados son consecuenciales de la declaración de nulidad.

El cargo es por tanto ineficaz.

Segundo cargo

1. Mediante él se acusa la sentencia por haber incurrido el Tribunal en error de derecho en la apreciación del avalúo pericial, practicado en el juicio de venta y traído como prueba al presente, proveniente de no haber aplicado a él lo dispuesto por los artículos 719, 720 y 721 del Código de Procedimiento Civil, lo que indujo al sentenciador a la violación indirecta de las siguientes disposiciones que cita como sustanciales: los artículos 1.038 y 451 del Código Judicial, 1.746 y 1.748 del Código Civil.

2. En desarrollo del cargo empieza el censor por afirmar que la jurisprudencia de la Corte en que se apoyó el Tribunal, para inferir que la circunstancia de haberse anunciado el remate con los datos contenidos en la aclaración del dictamen no constituye nulidad, es inaplicable al caso de la presente litis por ser diferente al evento que juzgó la Corte al sentar esa doctrina. En aquel, dice la censura, el dictamen y su corrección formaron un solo cuerpo, por haberse presentado la ampliación oficiosamente durante el término del traslado del experticio; en éste, en cambio, el avalúo inicial y su aclaración no forman una unidad, "sino que la corrección vino como consecuencia de la ampliación que solicitó una de las partes".

Después de sostener que los peritos no pueden a través de aclaraciones modificar la esencia de su dictamen, prueba de lo cual es, dice, "que la ley no autoriza poner en conocimiento de las partes la aclaración", pasa a afirmar que cuando los peritos reconocen sus yerros, este reconocimiento sirve como prueba en el incidente respectivo para demostrar el error, pero en ningún caso constituye un nuevo dictamen. Añade que si se hubiera tramitado el incidente de objeciones la contraparte habría podido demostrar la equivocación de la aclaración de los peritos, oportunidad que no tuvo porque el objetante prescindió de la impugnación.

Continuando con el desenvolvimiento de la censura el impugnador, luego de afirmar que según la ley la oportunidad que tienen los litigantes para pedir la ampliación o explicación del dictamen, o para objetarlo, es la misma, y que "en ningún caso autoriza el traslado de la aclaración", dice que cuando se ponga en conocimiento un experticio errado la parte perjudicada debe objetarlo y a la vez, si cree que para el resultado del incidente por esta causa es útil la aclaración, pedir ésta dentro del mismo traslado, porque "la ampliación o explicación no es un nuevo dictamen, sino un complemento de éste que le servirá de elemento de juicio al juez para decidir las objeciones". De lo cual deduce el recurrente que la sentencia del Tribunal quebranta los artículos 719, 720, y 721 del C. J.: el primero, porque "dió a la explicación de los peritos la calidad de dictamen sin serlo"; el segundo, "porque hizo prosperar unas objeciones sin que se tramitara el incidente contemplado en esta norma"; y el tercero, porque atribuyó el valor que este precepto "da a los avalúos periciales a una pieza que, como la ampliación, no tiene la calidad de dictamen pericial".

Concluyendo la formulación de esta censura dice la demanda de casación que el Tribunal violó indirectamente las siguientes disposiciones sustanciales:

"El artículo 1.038 del C. J. que ordena anunciar el remate por medio de carteles que den noticia, entre otras cosas, del ava-

lúo. Como en este caso los carteles no dieron noticia del avalúo sino de un dato obtenido en una ampliación, la formalidad del anuncio no se llevó a cabo en el remate objeto de este juicio. Pero el Tribunal consideró que sí violándolo, porque le dio a la aclaración o ampliación el carácter de dictamen.

"También violó el numeral segundo del artículo 451 del C. J., porque sin existir la formalidad del anuncio del remate, estimó que todas las formalidades estaban cumplidas y, en consecuencia, no había lugar a declarar la nulidad del juicio de venta y del remate.

"Que faltaron formalidades es evidente si se tiene en cuenta que uno de los requisitos del cartel es que dé noticia del avalúo; si no da noticia del avalúo, el cartel es defectuoso y no tiene la virtud de formalidad del remate.

"El Tribunal dejó sin aplicación, y en consecuencia violó, el artículo 1.746 del C. C. en cuanto que, por el error de derecho en que incurrió de darle a una aclaración la calidad de dictamen no declaró la nulidad del remate y le conculcó a mi mandante el derecho que tiene de ser restituido al mismo estado que tenía en el momento de producirse el acto nulo y le conculcó el derecho a las prestaciones mutuas establecidas en este artículo.

"Por último, violó el artículo 1.748 del C. C., en el sentido de que no le dió a mi mandante el derecho que tiene de reivindicar la cosa rematada por virtud del error de derecho en que incurrió al estimar el valor probatorio del avalúo".

La Corte considera

1. Sostienen con razón los expositores de derecho procesal que el diligenciamiento de la prueba, entendido como el conjunto de actos que es necesario cumplir para su incorporación al proceso, no es sino una manifestación particular del contradictorio, desde luego que un elemento de convicción judicial no puede, en principio, oponerse al litigante que no tuvo ingerencia en su producción.

A la contraparte le asiste derecho de fiscalizar la prueba de su adversario en el litigio. Y esta facultad se cumple a todo lo largo del período que dura la incorporación de ella al juicio, ya que, conforme al principio dominante en la materia, formulada la petición y decretada la prueba el auto respectivo se comunica a la contraparte; continúa su intervención durante la práctica de la prueba, como cuando se le permite tomar parte en el nombramiento de los peritos o tachar los designados; y se prolonga aún después, como acontece cuando objeta la peritación, o pide que se amplíe.

2. Con fundamentos en los principios de publicidad y contradicción que son esenciales de los medios probatorios, el procedimiento civil colombiano determina en sus disposiciones el modo de pedir, decretar y practicar las pruebas. Si se omite la observancia de todos o de algunos de estos preceptos, la misma ley prohibe al Juez evaluar la prueba; si, en cambio, se acatan en su totalidad, surge para él la obligación de estimarla, debiendo atribuirle el valor que la misma ley indica, puesto que las normas que rigen su diligenciamiento son de orden público y por consiguiente de forzoso cumplimiento.

3. Así, tratándose de la prueba pericial, para que ella cumpla la función civil que le es propia, su incorporación al proceso tiene que estar revestida de ciertas formalidades que son a la vez garantía para las partes y seguridad para el juez. Si estos ritos no se observan, los litigantes tienen derecho a oponerse y a rechazar la prueba, y el juzgador el deber de desestimarla.

Según lo preceptuado por los artículos 597, 705, 708, 715 y 719 del Código Judicial, las formalidades dichas son fundamentalmente las siguientes: a) que la prueba se pida y se decrete oportunamente, con conocimiento de las partes; b) que los peritos sean designados por la persona o personas que según la ley tengan la atribución, y en la forma que aquella prescribe; c) que el juez acepte los nombrados y les dé posesión; d) que cada parte pueda tachar o recusar el perito elegido por la otra o por el juez; e)

que los expertos al cumplir su misión deliberen juntos; y f) que rendida la peritación, se ponga ella en conocimiento de las partes.

4. Dentro de estas exigencias emerge con perfiles de singular relievancia la ordenada por el artículo 719 citado, es decir el traslado que debe darse a las partes del concepto pericial, pues que solo en virtud de él pueden éstas ejercitar cabalmente el derecho de vigilancia de la prueba, al tener, dentro del lapso de su duración, la oportunidad para impugnarlo. Sin traslado, como lo ha dicho la Corte, "el dictamen no alcanza su perfección jurídica, y constituye apenas una prueba incompleta, inconducente para llevar al ánimo del Juzgador la plena convicción, fundamento necesario de toda condena" (G. J. t. LXXII, pág. 444).

5. Por cuanto el dictamen no es un dogma para el juez sino un concepto técnico, la ley otorga a las partes derecho a pedir, dentro de la oportunidad referida, que los peritos lo expliquen, amplíen o aclaren en caso de ser oscuro o deficiente, con el fin de complementar la prueba purgándola de dudas o dificiencias, o para darle mejores fundamentos. Por lo mismo, también corresponde oficiosamente esta facultad al juez; y aún, por estar de acuerdo con la naturaleza y el fin de este medio de convicción, como lo sostienen los expositores, pueden ejercerla motu proprio los peritos ya que ningún texto legal se lo prohibe. Y pueden también las partes, dentro del mismo término del traslado, objetar el dictamen por "error grave, fuerza, dolo, cohecho o seducción", en orden a purificar la prueba de los vicios que la invaliden y a que, por consiguiente, se repita la diligencia con la intervención de nuevos peritos.

Se trata, pues, de dos facultades disímiles entre sí, no solo por el procedimiento indicado por la ley para tramitarlas, sino también y fundamentalmente por la finalidad jurídica que a cada una corresponde, por lo cual no es posible reducirlas a una sola, ni menos, por el hecho de que la ley indique término común para su ejercicio, considerar que la primera es apenas un medio para demostrar los fundamentos de la segunda. Por ello no es técnico tramitarlas concurrentemente a instancia del mismo litigante; y si las propone a la vez, la existencia de la objeción estará subordinada a que la aclaración o ampliación no resulte satisfactoria para él.

6. La aclaración o ampliación del dictamen, que como está dicho tiende a sanear la prueba de oscuridad o deficiencia, dándole mejores fundamentos de ilustración para que llene a cabalidad sus fines, no constituye un nuevo peritaje sino parte integrante o complemento del concepto inicialmente rendido, formando con éste un solo todo, así sea que mediante ella el perito modifique o rectifique, y aún contradiga, sus primeras conclusiones: su misión es dar a conocer lo que en su concepto sea la verdad.

Cierto es que el Código de Procedimiento Civil no contiene norma que ordene expresamente el traslado a las partes de la aclaración, explicación o ampliación que los peritos hagan de sus primeras conclusiones. Empero, como tampoco hay disposición legal que lo prohiba, dicho traslado no es ni puede ser una ordenación exótica en el diligenciamiento de esta prueba. Contrariamente, acatando los principios generales del procedimiento probatorio establecido para atribuir eficacia a las pruebas, cabe afirmar que cuando las aclaraciones o explicaciones contienen modificaciones sustanciales al dictamen inicial, con incidencia sobre las pretensiones de las partes, el referido traslado es presupuesto inexcusable para el conocimiento del contenido de la aclaración o explicación y por ende para la perfecta ritualidad del medio probatorio.

Y si por vía de aplicación analógica se oyen las voces de los artículos 40 y 41 de la Ley 63 de 1936, reglamentarios del trámite de los avalúos en el juicio de sucesión, la legalidad del anterior aserto sube de punto, desde luego que conforme a estos preceptos a la objeción puede llegarse allí, ya inmediatamente rendido el dictamen, o ya después de hecha la aclaración. Además, no son infrecuentes los casos en que para advertir el yerro de los peritos se impone cotejar sus conclusiones con los fundamentos en que éstas se apoyan.

7. En el caso de que aquí se trata, el avalúo del inmueble rematado en el juicio de venta por Luis Arévalo contra Jorge Fernández, que fue rendido por peritos legalmente designados, se puso en conocimiento de las partes, a virtud de lo cual el demandante en ese proceso oportunamente solicitó que sus autores lo aclararan y lo explicaran, simultáneamente con la objeción de la cual después desistió; presentadas que fueron las explicaciones, rectificaciones y modificaciones que dieron a su conclusión inicial, de ellas se corrió traslado a las partes sin que el demandado les opusiera reparo alguno; más tarde el dictamen inicial, junto con sus aclaraciones, fue aceptado por el juez al acoger la estimación de valor que en esas piezas se dió como base de las posturas para la licitación; y como contra las decisiones respectivas no se interpuso en ese juicio ningún recurso, allí precluyó la oportunidad para impugnar las posibles irregularidades que no configuren nulidad procesal. En consecuencia, el dictamen quedó desde entonces legalmente perfeccionado, debiéndosele atribuir el mérito de plena prueba que le corresponde según lo imperado por el artículo 721 del C. J.

8. Como así procedió el Tribunal sentenciador al evaluar el dictamen pericial, se impone concluir que no violó las disposiciones legales que rigen el diligenciamiento y la valoración de esta clase de prueba, ni quebrantó, por tanto, las normas materiales que cita la censura.

Se rechaza pues este 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 diez (10) de octubre de mil novecientos sesenta y ocho (1968), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este juicio ordinario.

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

Guillermo Ospina Fernández, Germán Giraldo Zuluaga, José María Esguerra Samper, Alfonso Peláez Ocampo, Alberto Ospina Botero, Arturo Tapias Pilonieta - Conjuez.

Heriberto Caycedo Méndez. Secretario.

ARRENDAMIENTO

Incongruencia. — Es en la parte resolutiva del fallo donde debe buscarse.

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

(Magistrado Ponente: Doctor Alberto Ospina Botero).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 13 de julio de 1967 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en el Juicio ordinario de Enrique Naranjo Solís contra Ellsworth Goldstein.

Antecedentes

Ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cali, Enrique Naranjo Solís demandó a Ellsworth Goldstein, para que se hicieran las siguientes declaraciones:

"Primera. Que el demandado está obligado a pagar a mi poderdante, inmediatamente después de que quede ejecutoriada la sentencia que ponga fin al presente juicio, el valor del arrendamiento o bodegaje causado por la máquina molduradora, marca 'Woods', referencia 132 M, que pertenece al demandado y que mi poderdante ha tenido guardada por cuenta del demandado, en el salón de máquinas de su fábrica denominada 'Maderas El Naranjo', situada a inmediaciones de esta ciudad;

"Segunda. Que el demandado está también obligado a pagar a mi poderdante el valor de sus servicios por la guarda y cuidado de dicha máquina, que custodia en el salón de máquinas de su fábrica 'Maderas El Naranjo', desde el año de 1961 hasta el presente;

"Tercero. Que por concepto de arrendamiento del local en que ha permanecido la máquina premencionada, el demandado está obligado a pagar la suma de ochenta y cinco pesos ($ 85.00) diarios, a partir del día en que la máquina fue guardada en el salón de máquinas de la fábrica denominada 'Maderas El Naranjo', hasta el día en que dicha máquina sea retirada de allí por el dueño;

"Cuarta. Que por los servicios prestados en la guarda y cuidado de la expresada máquina, el demandado está obligado a pagar a mi poderdante, la suma de quince pesos ($ 15.00) diarios, por todo el tiempo en que la máquina ha estado y esté en su poder;

"Quinta. Que mi representado tiene derecho a retener la máquina premencionada, molduradora marca 'Woods', referencia 132 M, número 8-632108, hasta que se le paguen las indemnizaciones arriba mencionadas, correspondientes al bodegaje o arrendamiento del local y servicios por la custodia y cuidado de la expresada máquina; y,

"Sexta. Que el demandado debe pagar a mi poderdante las costas del presente juicio si lo afronta".

B. Los fundamentos de hecho de la demanda pueden compendiarse así:

a) Por el año de 1961, posiblemente en el mes de julio, Ellsworth Goldstein dejó en poder de Enrique Naranjo S. una máquina molduradora, marca 'Woods', referencia 132 M. número 8-632108, para que éste la tuviera bajo su cuidado, en el salón de máquinas de la fábrica "Maderas El Naranjo", sin acordar valor de arrendamiento o bodegaje,

ni tampoco valor de los servicios personales de Naranjo S. por el cuidado de la máquina; b) Ellsworth Goldstein se ausentó del municipio de Cali en el año de 1961, dejando la premencionada máquina en poder de Enrique Naranjo S., sin que el primero haya regresado a reclamar la devolución de ella, la que continúa ocupando un espacio importante en la fábrica de "Maderas El Naranjo", perteneciente al demandante, con perjuicio para éste; c) inútiles han resultado los esfuerzos que Enrique Naranjo S. ha hecho para comunicarse con Ellsworth Goldstein, a fin de exigirle el retiro de la máquina "y el pago de los arrendamientos del local y de los servicios prestados en la guarda de la misma"; d) el Juez Cuarto Civil del Circuito de Cali, a petición del demandante, practicó el día 23 de noviembre de mil novecientos sesenta y cuatro una inspección ocular con auxilio de peritos a la fábrica denominada "Maderas El Naranjo", ubicada en el sitio de "El Cortijo", en jurisdicción del municipio de Yumbo, en donde se constató la existencia, dentro del salón de máquinas de la fábrica, de la máquina molduradora descrita anteriormente, "sin uso, cubierta con una lona y montada sobre cuartones de madera" asignándole los peritos por "bodegaje o arrendamiento del sitio ocupado" la suma de ochenta y cinco pesos ($ 85.00) diarios y como "honorarios al señor Naranjo Solís por guarda y cuidado de la máquina", quince pesos por día; e) como entre "arrendador y arrendatario no se pactó el precio del bodegaje, ni el precio de los servicios por el cuidado de la máquina dentro del local arrendado, es lo natural que dichos precios sean fijados pericialmente", dice el libelista en su último hecho.

C. El juicio se adelantó con la asistencia de curador ad-litem para el demandado, quien no contestó la demanda, habiendo culminado la primera instancia con sentencia de octubre seis de mil novecientos sesenta y seis, mediante la cual se negaron las declaraciones formuladas en el libelo.

Apelado el anterior fallo por la parte demandante, el Tribunal dio término al segundo grado con sentencia de 13 de julio de 1967, reformatoria de la del a quo, en el sentido de "absolver al demandado de los cargos formulados en la demanda".

No conforme el actor con la decisión del ad quem, oportunamente interpuso el recurso de casación.

La sentencia del Tribunal

El fallador de segundo grado, luego de relatar las peticiones y hechos de la demanda y algunos detalles del proceso, transcribe pasos de la sentencia del a quo y, en las consideraciones de su fallo reflexiona así:

a) de acuerdo con los elementos de convicción, "se ha llegado a la conclusión de que no se comprobó el contrato de arrendamiento ni el de depósito civil, ni mucho menos el de depósito mercantil, y por consiguiente debe absolverse al demandado";

b) el depósito, sea civil o mercantil, "es un contrato real que, por lo mismo, no se perfecciona sino por la entrega de la cosa objeto del contrato";

c) quien alegue como fuente de la obligación de pagar un contrato de depósito, "tiene que probar el perfeccionamiento del contrato mediante la entrega de la cosa depositada", porque el hecho concreto de la entrega de la cosa, "es lo que hace surgir el vínculo jurídico que da nacimiento a la obligación demandada, de tal manera que "si la entrega de la cosa depositada no se prueba, no puede ser reconocido judicialmente el contrato de depósito. El hecho de que una cosa esté en manos de una persona que dice haberla recibido en depósito, no prueba por sí solo la entrega que de ella le haya hecho otra en esa calidad".

d) que no obstante admitirse "cualquier clase de prueba pertinente" para demostrar el depósito, no obra en el juicio medio de convicción en tal sentido y tampoco se puede "derivar de los hechos de la demanda una condenación al pago de las expensas que haya hecho para la conservación de la cosa por la misma razón, es decir, por no estar demostrada la existencia del contrato de depósito y porque, además, no se ha for-

mulado en la demanda petición en ese sentido. Por lo cual, si se resolviera sobre esto habría una condenación ultra petita, por no estar en consonancia con lo pedido en la demanda".

Con esta motivación, el Tribunal resolvió "reformar" la sentencia del a quo, "en el sentido de ABSOLVER al demandado señor Ellsworth Goldstein, de los cargos formulados en la demanda, por falta de prueba de los contratos pretendidos".

La demanda de casación

Dos cargos formula el recurrente contra la sentencia del Tribunal, dentro de la esfera de las causales primera y segunda de casación.

Por cuestiones de orden lógico se estudia en primer término el último.

Cargo segundo

Se funda en el hecho de "no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones de la acción".

Acerca de esta censura dice el recurrente que si bien la Corte tiene asentada la doctrina de que la causal segunda de casación no procede cuando la sentencia es absolutoria, esta posición se refiere "a casos en que los recurrentes han confundido el no estar la sentencia en consonancia con las peticiones de la acción, con no estar de acuerdo la sentencia con las pretensiones del demandante" (las subrayas son del recurrente).

Sentada esta premisa, el acusador expresa luego que "no es este el caso presente. La sentencia recurrida afirma: 'No se puede tampoco derivar de los hechos de la demanda una condenación al pago de las expensas que haya hecho para la conservación de la cosa por la misma razón, es decir, por no estar demostrada la existencia del contrato de depósito y porque, además, no se ha formulado en la demanda petición en ese sentido. Por lo cual, si se resolviera sobre esto habría una condenación ultra petita, por no estar en consonancia con lo pedido en la demanda'. —Esta afirmación de la sentencia no está en consonancia con las peticiones de la acción—".

Enseguida transcribe los numerales 2) y 4) de las peticiones de la demanda, para concluir que "no se trata, pues, de que habría de haber inconsonancia por una hipotética decisión ultra petita, si se hubieran fallado estos puntos, sino que existe una reconocida inconsonancia con las claras peticiones de la acción, una decisión infra petita, una verdadera y reconocida denegación de justicia".

La Corte considera

1. Como causal de casación consagra la ley el caso de no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes.

De suerte que, las pretensiones de los litigantes, referidas en la demanda y en la respuesta, determinan el contenido de la controversia y le señalan al juez una pauta precisa y obligada para la sentencia que ha de dictar. De ahí que, como lo viene afirmando reiteradamente la doctrina de la Corte, la incongruencia de un fallo ha de buscarse mediante el proceso comparativo entre la relación jurídico-procesal y lo resuelto por el juzgador, inconsonancia que sólo se dará ante la presencia de una cualquiera de las hipótesis siguientes: a) cuando la sentencia decide más allá de lo pedido (decisión ultra-petita); b) cuando ha sentenciado sobre puntos no sometidos a litigio (decisión extra-petita); y, c) cuando omite fallar sobre alguna de las pretensiones contenidas en la demanda o sobre las excepciones propuestas por el demandado (decisión mínima - petita).

2. En este orden de ideas, ha sido doctrina permanente de la Corte que la sentencia totalmente absolutoria no puede ser censurada de incongruente, ni en consecuencia acusada con fundamento en la causal segunda de casación, a virtud de que en ella quedan plenamente resueltas las súplicas de la demanda y las demás pretensiones deducidas por las partes, de tal modo que no es

posible descubrir "por sustracción de materia, ninguno de los elementos constitutivos de la inconsonancia". (Cas. Civ. 17 de feb. de 1964, CVI - 91; 11 de mayo de 1964, CVIII 153/54; 4 de marzo de 1969, CXXIX - 38).

3. De otro lado, es en la parte resolutiva del fallo donde debe buscarse la incongruencia de este con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, tiene dicho la Corte. (sents.: 9 de junio de 1934, XLI bis - 59; 22 de agosto de 1934, XLI bis - 97; 30 de agosto de 1934, XLI bis - 120; 23 de agosto de 1939, XLVIII - 474; 24 de febrero de 1945, LVIII - 620; 31 de julio de 1945, LIX - 406; 8 de agosto de 1945 LIX - 861; 17 de mayo de 1946, LX - 462; 3 de junio de 1946, LX - 666; 17 de noviembre de 1947, LXIII - 616; 12 de marzo de 1948, LXIV - 75; 3 de junio de 1948, LXIV - 414; 4 de julio de 1951, LXX - 30; 5 de mayo de 1952, LXXII - 49; 23 de junio de 1952, LXXII - 472; 27 de febrero de 1953, LXXIV - 108; 16 de marzo de 1953, LXXIV - 381; 6 de abril de 1953, LXXIV - 574; 5 de junio de 1953, LXXV - 277; 4 de julio de 1953, LXXV - 495; 5 de septiembre de 1953, LXXVI; octubre 19 de 1954, LXXVII - 882; 31 de mayo de 1955, LXXX, 350; 16 de febrero de 1959, XC - 53; 30 de noviembre de 1959, XCI - 852; 6 de marzo de 1961, XCV - 59; 18 de abril de 1964, CVII - 73; 3 de febrero de 1967, aún no publicada).

4. El Tribunal, en el caso sub lite, desestimó todas las súplicas de la demanda, vale decir, produjo un fallo absolutorio, especialmente por falta de prueba del negocio jurídico o contrato del cual pretendía derivar algunos derechos la parte demandante y, así lo ratificó en la parte resolutiva, al "ABSOLVER al demandado señor Ellsworth Goldstein, de los cargos formulados en la demanda, por falta de prueba de los contratos pretendidos".

El cargo no prospera, no solo por ser totalmente absolutoria la sentencia del Tribunal, sino porque el recurrente lo monta sobre la parte expositiva del fallo.

Cargo primero

Acusa la sentencia de ser "violatoria de los artículos 940, 338, 21 y 942 del Código de Comercio, y de los artículos 764, 754, 2149, 768, 1524 y 2259 del Código Civil y 593, 597, 721 y 730 del Código de Procedimiento Civil, por falta de apreciación de la prueba que obra en el juicio, con lo cual ha incurrido en error de derecho y en error de hecho que aparece de modo manifiesto en los autos".

A continuación el censor se anticipa a presentar como síntesis de su acusación, la siguiente: "La sentencia acusada se basa totalmente en la afirmación de que no está comprobada la entrega de la máquina molduradora: esta afirmación pugna a) contra la evidencia de los hechos; b) contra claras disposiciones legales (arts. 940 y 338 del Código de Comercio y 2149, 764, 754, y 1524 del C. C.); c) esta afirmación llevó al Honorable Tribunal de Cali a desconocer que se trataba de un depósito comercial y, por lo tanto, a desconocer el artículo 21 del Código de Comercio que así lo determina, ante los hechos aceptados, y a inhibirse de reconocer a favor del depositario retribuciones y compensaciones que exige dicho depósito, pretermitiendo así la aplicación de los artículos 942 del C. de Co. y el artículo 2259 del C. C. y todo ésto, d) olvidando el Honorable Tribunal sustanciales disposiciones probatorios del Código de Procedimiento Civil cuales son los artículos 593, 597, 721 y 730 de esta obra".

Se ocupa luego el censor del desarrollo del cargo y, en esa labor, dice que la "afirmación de que no está comprobada la entrega de la máquina molduradora pugna contra la evidencia de los hechos", ya que el mismo Tribunal inicia los considerandos de la sentencia recurrida dando por existente tal circunstancia y contradice también la evidencia sobre la entrega de la máquina, "plenamente confirmada por las inspecciones oculares, los peritos, los testigos y todas las pruebas que obran en el expediente", quebrantando con ello, por falta de aplicación "claras disposiciones legales", algunas de las cuales transcribe y comenta (artículos 21, 338, 940 y 942 del C. Co., 754, 764, 768, 1.524, 2149 y 2159 del C. C.).

Finalmente el acusador dice que "la afirmación de que no está comprobada la entre-

ga de la máquina molduradora llevó al Tribunal... a pretermitir la aplicación de sustanciales disposiciones probatorias, como son los artículos 593, 597, 721 y 710 del Código de Procedimiento Civil. Todas estas disposiciones dicen relación al valor probatorio de las inspecciones oculares, de los peritazgos, de los testimonios que obran en el juicio con el cumplimiento de todas las formalidades legales, todo lo cual fue, por motivo de su error trascendental de desconocer la entrega de la máquina molduradora, olvidado, desconocido y violado por consiguiente, por el Honorable Tribunal Superior de Cali".

La Corte considera

1. La violación de la ley sustancial ocurre por dos vías: directa e indirecta. La primera modalidad se da, cuando con exclusión de todo reparo sobre la estimación de la prueba, el fallo deja de aplicar al litigio el precepto que le es propio, o le aplica el que no le corresponde, o le aplica el llamado a regular el caso pero con desvío de su verdadero sentido. La segunda modalidad tiene lugar, cuando la sentencia quebranta la ley sustancial, por falta de aplicación o por aplicación indebida, a consecuencia de un error de derecho o de uno manifiesto de hecho en la apreciación de determinadas pruebas.

2. A su turno, el error de hecho se da, bien cuando el sentenciador supone una prueba que no obra en el juicio, ya cuando ignora la que sí existe, hipótesis en las que respectivamente se comprenden los casos de adiciones extrañas o cercenamiento del real contenido de la prueba. En cambio, el error de derecho se reduce a un problema de valoración legal, consistente en que a pruebas materialmente bien contempladas, el juzgador les asigna un mérito que la ley no consagra o les niega el que ella les otorga.

3. En la acusación por error de hecho, tiene establecido la jurisprudencia, corre de cargo del impugnante demostrar, con incidencia en el fallo, el error que alega, demostración que tendrá que efectuarse singularizando en todo caso la prueba a que se refiere, ya como supuesta, ya como no vista, ya como alterada en su verdadero contenido por adición o cercenamiento. En punto de error de derecho, la acusación "tiene que concretarse a demostrar que el sentenciador ha fundado su decisión en una o más pruebas producidas por fuera de las normaciones legales, o que les ha atribuido el mérito que no tienen, o que les ha negado el que sí les corresponde, todo ello frente a preceptos concretos que determinan las oportunidades procesales para la aducción de las pruebas o que fijan el mérito de las mismas según sus varias especies". (Cas. civ. 5 de diciembre de 1969, aún no publicada).

4. En atención a la diversidad de estos dos yerros, la doctrina de la Corte tiene dicho que no es posible, en un mismo cargo, acusar la sentencia del Tribunal por errores de hecho y de derecho en la apreciación de una misma prueba y respecto de un mismo punto. Así mismo, como la técnica del recurso le impone al acusante determinar la prueba o pruebas mal estimadas, no es dable en casación acusar el fallo a través del planteamiento global del complejo probatorio.

5. De suerte que, como la casación no se encuentra establecida y regulada como una tercera instancia, sino como un recurso extraordinario, eminentemente formalista y dispositivo, es apenas natural que los cargos que se formulan contra un fallo de segundo grado deben sujetarse incuestionablemente a los requisitos técnicos que exige la disciplina propia del recurso, para que puedan ser estudiados.

6. La acusación, tal como viene formulada, no se ajusta a la preceptiva del recurso, porque elegida la vía indirecta, la impugnación padece del vicio de acumular en un solo cargo censuras por error de hecho y de derecho respecto de las mismas pruebas, fuera de que el ataque se plantea en forma global al acervo probatorio, porque en lo tocante al error evidente de hecho expresa que el sentenciador cayó en contraevidencia al afirmar la inexistencia de prueba sobre la entrega de la máquina molduradora de la parte demandada al actor, pues este hecho —según el censor— está "plenamente confirmado por las inspecciones oculares, los

testigos y todas las pruebas que obran en el expediente". Igual criterio adopta para montar la censura por yerro de valoración.

En estas condiciones, como por la imprecisión de la censura no se sabe cuál fue la prueba mal apreciada, ni puede ésta determinarse oficiosamente, el cargo se rechaza.

Resolución

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 trece de julio de mil novecientos sesenta y siete, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en el juicio ordinario de Enrique Naranjo Solís contra Ellsworth Goldstein.

Sin costas en el recurso de casación por no aparecer causadas.

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

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

Heriberto Caycedo M. Secretario.

(El anterior fallo se discutió y aprobó en sesión de Sala que consta en Acta Nº 21).

PROMESA DE VENTA

Admisibilidad de pruebas en la inspección ocular. — Su resolución por incumplimiento.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, diez y siete de marzo de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: doctor Ernesto Cediel Angel).

(Aprobación: Acta Nº 21 de 9 de marzo de 1971).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 25 de noviembre de 1968, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Garzón en el proceso ordinario de Clímaco Salgado contra Marcos Meneses Gaviria y otros.

Antecedentes

1. Mediante el documento de fecha 18 de septiembre de 1968, suscrito en Saladoblanco, Clímaco Salgado prometió vender a Marcos, Misael y Edoel Meneses Gaviria y a Santos Meneses Meneses, y éstos prometieron comprar a aquel, "la casa de habitación construida de ladrillo y teja de barro y zinc con su correspondiente solar sobre el cual está edificada, y solar adyacente, ubicada en el centro urbano del Municipio de Saladoblanco", debidamente determinada por sus linderos. La promesa de venta comprende, además, "tres mesas de billar y una de billar-Poll con sus correspondientes juegos de carambolas y tacos; cuatro mesas de madera y dieciséis butacas del mismo material; veinte canastas de envase, una radiola".

2. Los contratantes acordaron que "el precio del inmueble prometido en venta es la cantidad de cien mil pesos m/cte.", que los promitentes compradores pagarían así: $ 10.000.00, el 17 de noviembre del citado año de 1965 $ 10.000.00, el 17 de enero de 1966; $ 25.000.00 el 17 de septiembre siguiente; $ 25.000.00 el 17 de septiembre de 1967; y los $ 30.000.00 restantes el 17 de septiembre de 1968. Estipularon, asimismo, que la "entrega material de lo prometido en venta se hace el día 19 de septiembre del presente año (1965); que la escritura de venta se otorgaría una vez que los prometientes compradores completaran la cantidad de $ 70.000.00; y que la parte que incumpla el contrato pagaría a la otra la cantidad de $ 20.000.00 como cláusula penal.

3. Con fundamento en el contrato de promesa mencionado, y afirmando haber cumplido el prometiente vendedor todas las obligaciones a su cargo, incluyendo la entrega material de los bienes prometidos en venta, y el incumplimiento de las asumidas por los prometientes compradores, "pues sólo han pagado la cantidad de veinte mil pesos m/cte., cuando deberían haber pagado ya cuarenta y cinco mil pesos", aquel demandó a éstos ante el juez promiscuo municipal de Saladoblanco a efecto de que se declarase resuelto el contrato de promesa de venta precitado, y se condenase a los demandados a pagarle al actor la cantidad de $ 20.000.00 que estipularon como cláusula penal y a restituirle los bienes prometidos en venta.

Al contestar la demanda aceptaron los demandados ser cierto que adeudan la cuota de $ 25.000.00 que debían pagar el 17 de sep-

tiembre de 1966, pero niegan hallarse en mora de pagarla en razón de que el demandante "no llevó a cabo la entrega material del inmueble o no lo hizo en forma total". Con fundamento en estos hechos y en el de que la parte del inmueble que les entregó el actor no es de ladrillo sino de bahareque, propusieron aquellos la excepción de contrato no cumplido o cumplimiento deficiente del mismo.

El Juzgado puso fin a la primera instancia del juicio con la sentencia de 10 de junio de 1968, en la cual acogió las súplicas del libelo y condenó en costas a los demandados. Apelada esta decisión por la parte vencida, el Tribunal la revocó mediante el fallo que constituye la sujeta materia del recurso de casación, y en su lugar absolvió a los demandados de los cargos que les fueron formulados, con costas a cargo del demandante en ambas instancias.

Motivación de la sentencia impugnada

Los fundamentos de la decisión del Tribunal, ordenadamente expuestos, pueden resumirse así:

Que el demandante Salgado Parra pretende que por la justicia se declare resuelto el contrato de promesa de venta celebrado con los demandados, recogido en el documento privado suscrito el 18 de septiembre de 1965, y se condene a éstos a pagarle la cláusula penal en él estipulada; que apoya su pretensión en el incumplimiento por parte de los demandados de las obligaciones a su cargo, y en el cumplimiento de las que él asumió, anteriores a aquellas; que entre las obligaciones del vendedor se encuentra, en primer término, la de entregar a los compradores los bienes prometidos, el 19 de septiembre de 1965, pero que "sobre este punto tan importante de la negociación no obra prueba alguna que acredite que el señor Salgado entregó efectivamente en esa fecha la casa prometida con los muebles, y enseres comprendidos en la promesa, a los promitentes compradores Meneses Gaviria"; y que si el demandante "no estaba en capacidad de demostrar que ha cumplido sus obligaciones contractuales, mal podía exigir del demandado el cumplimiento de las suyas", según lo preceptúa el artículo 1609 del C. C.

A esta conclusión llegó el sentenciador luego de relacionar las pruebas presentadas por demandante y demandados, y de examinar la fuerza probatoria de las allegadas por aquel. A este respecto expresa el Tribunal que Salgado Parra adujo como pruebas el testimonio de Alfredo Bermeo y la inspección ocular practicada en primera instancia; que en el escrito petitorio de pruebas manifestó aquel que se reservaba el derecho de ampliar los puntos materia de la inspección y de presentar documentos en el curso de la misma, y que fue así como durante ella presentó las certificaciones del Secretario y del Cajero pagador de la Caja Agraria de Saladoblanco, y del Tesorero Municipal de ese lugar; que la declaración de Bermeo es deficiente pues "no hay constancia que confirme la calidad de Tesorero que él desempeñó por algún tiempo en Saladoblanco", y porque "este testimonio es único entre las probanzas, ya que el apoderado del demandante no pudo hacer que se recibieran los otros testimonios que citó al iniciarse la diligencia de inspección ocular"; y que las certificaciones aducidas "no fueron decretadas por el Juez en el auto de julio 29 de 1967... pues el Juez atendió las otras peticiones tanto del demandante como del demandado, pero nada dijo en cuanto a la reserva hecha por el Sr. Muñoz en su oportunidad".

Agrega luego que "como prueba por parte del demandante sólo obra el testimonio del señor Alfredo Bermeo, quien afirma haber sido Tesorero de Saladoblanco, pero cuyo dicho no tiene confirmación alguna"; que "la declaración de un solo testigo no forma por sí sola plena prueba, pero puede constituir más o menos atendible, conforme al artículo 696 del C. J."; que omitió el a quo "decir si negaba el derecho de ampliar el cuestionario que era objeto de la inspección, y si consentía o no en que dentro de la misma inspección se presentaran documentos por parte del demandante"; que habría podido exigirle a éste "que explicara qué clases de documentos pretendía hacer valer, ya que como se dijo al folio 10 vto. del auto de 17

de noviembre último de este Tribunal, con base en los comentaristas Dres. Echandía y Rocha Castilla (sic), 'el juez sí puede para mejor percibir, allegar documentos públicos y privados al momento de estarse practicando una diligencia de esta clase, y que puede hacerlo de oficio o a petición de parte".

Advierte el ad quem que del acta de la diligencia de inspección ocular aparece que Marcos Meneses y su familia ocupan "el local habitable contiguo al salón donde funciona el café en donde hay cuatro billares", y que la casa está cubierta con teja de barro y lámina de zinc; y que los peritos expresaron en su dictamen "que la estructura general de la edificación es de ladrillo, pero hay construidas seis divisiones de bahareque, para darle más servicio al inmueble, sin que por esa razón la construcción deje de ser de ladrillo".

Al referirse a las pruebas aportadas por la parte demandada dice el sentenciador que ellas consisten en los testimonios de Edolio Chicué y Francisco Esteban Peña, las certificaciones del Director de la Caja Agraria de Saladoblanco y del Tesorero Municipal de ese lugar, y la inspección ocular practicada en primera instancia; que "conforme a los testimonios de Chicué y Peña es evidente que ambos tienen locales arrendados en la casa donde funciona la Caja de Crédito Agrario de Saladoblanco, y pagan en su orden $ 70.00 y $ 90.00 mensuales de arrendamiento, y esos pagos los han venido haciendo al señor Marcos Meneses o a sus hermanos, como al señor Arsenio Meneses"; y que "al folio 7 aparece una copia en papel común del contrato que el señor Clímaco Salgado suscribió con el Municipio de Saladoblanco, y que el Municipio adquirió (sic) para cederlo a la Caja de Crédito Agrario del mismo lugar, obligándose a pagar la cantidad de $ 200.00 mensuales, contrato que se acordó por cinco años a partir del 1º de agosto de 1964".

Comenta finalmente las pruebas allegadas por las partes en estos términos:

"La prueba del demandado se concreta a demostrar que cuando el demandante señor Salgado prometió la venta de su casa ubicada en el centro del poblado de Saladoblanco tenía arrendada gran parte de la casa: por una parte al Municipio de Saladoblanco, quien a su vez cedió el arrendamiento de ese local en favor de la Caja Agraria que funciona allí. A más de lo anterior, el mismo señor Salgado había arrendado otras dos piezas de la misma casa prometida en venta a los Meneses, inquilinos que responden a los nombres de Edolio Chicué y Francisco Esteban Peña".

"La prueba aportada por el demandante —agrega— no es suficiente para decretar la resolución del contrato de promesa de venta, puesto que no se ha podido saber cuándo entregó el señor Salgado al menos la parte de casa deshabitada para que la ocupara Marcos Meneses con su familia; ni desde cuándo entregó el establecimiento de café que debió quedar bajo la administración de Marcos Meneses o de sus hermanos. Tampoco se sabe cómo ni cuándo hizo el señor Salgado arreglo con los Meneses para que convinieran en percibir la renta de los otros locales de la casa prometida incluyendo desde luego el local que ocupa la Caja de Crédito Agrario ahí en Saladoblanco".

De todo lo cual concluye el Tribunal que está probada la excepción de contrato no cumplido propuesta por los demandados, y que, por lo mismo, debe revocarse el fallo del juzgado para absolver, en su lugar, a aquellos de los cargos que les fueron formulados.

La demanda de casación

Dos son los cargos que en ella se formulan a la sentencia de segundo grado, ambos del resorte de la causal primera. Mas como la Corte encuentra que el primero está llamado a prosperar, contrae a él su estudio.

Cargo primero

Acúsase el fallo mencionado "por aplicación indebida del artículo 1609 del Código

Civil y por no aplicación de los artículos 1546, 1592 y 1600 del mismo Código y 89 de la ley 153 de 1887, violaciones en que incidió el sentenciador indirectamente por error de derecho en la apreciación de las pruebas" de confesión judicial, inspección ocular, instrumentos públicos, declaraciones testimoniales y dictamen pericial.

A intento de fundar su acusación expresa el censor en síntesis:

a) Que en la contestación de la demanda afirmó el mandatario judicial de los demandados que el demandante "no llevó a cabo la entrega material del inmueble o no lo hizo en forma total", y que "Clímaco Salgado no ha entregado aún la mayor parte del inmueble prometido en venta". De donde concluye el impugnante "que por propia confesión judicial —ya que el mandatario se presume autorizado para hacerla en los escritos de demanda y excepciones y en las respuestas correlativas (art. 607, inciso segundo, del Código Judicial)—, el apoderado de los Meneses confiesa que hubo por lo menos entrega parcial", y que al no darle a tal confesión el valor de plena prueba infringió el Tribunal los artículos 1769 del C. C. y 604, 605 y 606 del C. J.

b) Que en el acta de la diligencia de inspección ocular el Juzgado dejó "la constancia de que se encontró en un local habitable contiguo al salón donde funciona un café en el cual hay cuatro billares, habitado por el señor Marcos Meneses con su familia, según datos suministrados por Misael Meneses, demandado"; que como el propio Misael suscribió el acta, lo cual constituye nueva confesión judicial, le es aplicable lo expuesto en el literal anterior; que la inspección revela que por lo menos hubo entrega parcial, y que al no darle el sentenciador el valor de plena prueba quebrantó los artículos 1770 del C. C. y 730 del Judicial.

c) Que en relación con las certificaciones allegadas en el curso de la diligencia de inspección ocular, "el Tribunal acepta lo que tales certificaciones indican, pero no les imprime el valor de plena prueba en orden a la entrega virtual o simbólica del local ocupado por la Caja Agraria, con quebranto del artículo 632 del Código Judicial que así lo ordena, en tratándose como aquí se trata de instrumentos provenientes de funcionarios que ejercen cargos por autoridad pública, en lo referente al ejercicio de sus funciones, como son las certificaciones de tesorero municipal, de secretario y de pagador de la Caja Agraria, funcionarios, el primero de entidad de derecho público, y los segundos de establecimiento público del orden nacional. (Decreto Ley número 1050 de 1968)".

d) Que los testigos Edolio Chicué y Francisco Esteban Peña declaran que los dos locales que ocupan les fueron arrendados por los demandados Meneses, a quienes les vienen pagando los correspondientes cánones desde fechas muy cercanas a la del contrato de promesa; que como en este caso es admisible la prueba testimonial y los declarantes mencionados son hábiles y concuerdan en los hechos y en las circunstancias de tiempo, modo y lugar, forman plena prueba al tenor del artículo 697 del C. J.; que esta norma fue infringida por el Tribunal por no haberle reconocido "su mérito demostrativo de la entrega por parte de Salgado y los Meneses de los locales por ellos ocupados a título de arrendatarios de los demandados, que no del demandante; y que si no hubo entrega material, "cabe preguntar ¿qué es lo que ocupan los Meneses y sus arrendatarios, y por qué reciben aquellos los correspondientes cánones?"

e) Que aunque los dos peritos rindieron por separado sus dictámenes, están de acuerdo en que "el inmueble está ocupado así: un local grande por la Caja Agraria. Otro local por el señor Edolio Chicué. Otro local ocupado por el señor Francisco Esteban Peña, y el resto del inmueble ocupado por el señor Marcos Meneses". Por manera —dice el recurrente— que según el experticio en cita, complementado con las otras pruebas atrás analizadas, todo el inmueble está en poder de los Meneses; parte por ocuparlo directamente, parte por haberlo arrendado a los señores Chicué y Peña, y el resto, o sea la porción ocupada por la Caja Agraria, ya vimos que esa entidad es comodataria del Mu-

nicipio de Saladoblanco a quien se la arrendó el señor Salgado pero cuyos cánones traspasa a los Meneses". Agrega que conforme al artículo 722 del C. J., el dictamen uniforme de los dos peritos constituye plena prueba de la entrega total del inmueble materia de la promesa, entrega hecha por el prometiente vendedor a los prometientes compradores; y que al no reconocerle el sentenciador ese valor al dictamen en cuestión violó el precepto citado.

Observa finalmente el censor que en sentir del Tribunal tales medios probatorios, ni autónomamente, ni combinados entre sí con arreglo a los preceptos de la sana crítica, acreditan la entrega material de la cosa prometida, por no estar demostrado que éste se llevó a cabo exactamente el 19 de septiembre de 1965; que no obstante que el sentenciador acepta que la entrega está hecha, considera que el demandante estaba en mora de cumplir esa obligación por no estar acreditado que la hubiese llevado a cabo precisamente en la fecha antedicha; que esta apreciación del Tribunal es contraria a la realidad, porque si el demandante debía hacer la entrega al día siguiente de la celebración del contrato de promesa, o sea el 19 de septiembre de 1965, no se explicaría, si la entrega a los demandados no se hubiera realizado, que éstos hubieran pagado el primer contado de $ 10.000.00 el 17 de noviembre siguiente, y luego, el 17 de enero de 1966, el segundo contado de $ 10.000.00; de donde ha de concluirse, según el impugnante, o que Salgado cumplió la obligación de entregar, o que los demandados le purgaron la mora.

Se considera

Como se dejó visto al resumir la motivación de la sentencia impugnada, el Tribunal encontró probada la excepción de contrato no cumplido propuesta por los demandados con fundamento en que el demandante no les había hecho entrega de la totalidad del inmueble prometido en venta, y, en consecuencia, revocó el fallo de primera instancia para absolver, en su lugar, a los demandados de los cargos que se les formularon en la demanda. Constituye, por tanto, eje principal de la decisión absolutoria del Tribunal, y, desde luego, de su impugnación en el recurso extraordinario, la mora de Salgado en el cumplimiento de su obligación de entregar materialmente a los demandados los bienes prometidos en venta el día estipulado en el contrato. De esta suerte, la determinación de si el demandante se hallaba o no en mora de cumplir esa obligación, es cuestión que tiene incidencia decisiva en la legalidad del fallo de segundo grado.

La conclusión a que llegó el sentenciador en el punto, como se pasa a ver, es equivocada, pues obedeció a los errores de derecho en que incurrió al apreciar los medios probatorios señalados en el cargo, pues no obstante que percató su presencia objetiva en el proceso, erró al ponderar su eficacia probatoria, negándoles el mérito que la ley les da.

En efecto:

a) El Tribunal vio las manifestaciones que en la contestación de la demanda hizo el apoderado judicial de los demandados acerca de que el demandante "no llevó a cabo la entrega material del inmueble o no lo hizo en forma total"; de que "Clímaco Salgado no ha entregado aún la mayor parte del inmueble prometido en venta"; y de que "la parte entregada es de bahareque no de ladrillo", pues así aparece de los pasos de la sentencia en donde al hacer el relato de la actuación surtida se refiere el sentenciador a las excepciones propuestas por la parte demandada. Y no obstante que tales manifestaciones entrañan una confesión por cuanto acepta el personero de los demandados que el vendedor les hizo a éstos entrega de parte del inmueble prometido en venta, confesión plenamente válida al tenor del artículo 607, inciso 2º, del C. J., por haber sido hecha en el escrito de contestación a la demanda, el Tribunal no le dio el valor de plena prueba que aquella tiene en conformidad con el 606 del Código citado. De haberle dado ese valor habría tenido por cierto que el demandante entregó a los demandados la parte que según ellos es de bahareque, confesión que completada con los otros medios, según se verá, demuestra la entrega total del inmueble.

b) El sentenciador se refiere a la inspección ocular practicada en primera instancia, en los siguientes términos: "La otra prueba solicitada y decretada en favor del demandante es la que resulta de la inspección ocular, según la cual por la constancia que allí dejó consignada el juzgado, aparece que en el local habitable contiguo al salón donde funciona el café en donde hay cuatro billares, quien habita ese local con su familia es Marcos Meneses; y que la casa está cubierta en su techo con teja de barro y con lámina de zinc. Los peritos por su parte hicieron constar en su dictamen que la estructura general de la edificación es de ladrillo, pero hay construidas seis divisiones de bahareque, para darle más servicio al inmueble, sin que por esa razón la construcción deje de ser de ladrillo".

No pasó, por tanto, inadvertida para el Tribunal esta prueba, ni, por ende, la constancia dejada en ella por el Juzgado. Pero no le dio el mérito probatorio que le corresponde de acuerdo con el artículo 730 del C. J., pues de lo contrario habría tenido por demostrada la entrega de otra parte del inmueble, es a saber "el local habitable contiguo al salón donde funciona un café en el cual hay cuatro billares, habitado por el señor Marcos Meneses con su familia".

c) El Tribunal le negó valor probatorio a las certificaciones del Secretario y del Cajero Pagador de la Caja Agraria de Saladoblanco, y del Tesorero del mismo lugar, presentadas por el demandante en el curso de la diligencia de inspección ocular, porque "no fueron decretadas por el juez en el auto de julio 29 de 1967"; porque dicho funcionario "contravino los mandatos del art. 602 del C. J., omitiendo de paso decir si negaba el derecho de ampliar el cuestionario que era objeto de la inspección, y si consentía o no que dentro de la misma inspección se presentaren documentos por parte del demandante"; y porque en el curso de la inspección ocular sólo pueden allegarse documentos cuando ellos le permiten al juez percibir mejor los hechos materia de la misma, tal como lo expresó el mismo Tribunal en auto de 17 de noviembre de 1967 dictado en este proceso. En dicha providencia se consideró ilegal la decisión proferida por el a-quo en la diligencia de inspección ocular mencionada, por medio de la cual ordenó recibir unas declaraciones de testigos, en atención a que "no tienen esos testimonios relación alguna con los hechos por dilucidar en la diligencia, y entonces la prueba testimonial aducida es inoportuna y carece de eficacia".

Acoge, así el Tribunal la interpretación que le ha dado la Corte al numeral 2º del artículo 597 del C. J., que hoy reitera, o sea la de que en una inspección ocular no pueden las partes presentar pruebas ad libitum, sino sólo aquellas que pidieron dentro del término señalado en la ley para tal efecto, y las que concurren a facilitarle al juez apreciar mejor los hechos materia de la diligencia. Doctrina ésta que informa el precepto del artículo 246, numeral 3, del nuevo Código de Procedimiento Civil, según el cual "durante la inspección podrá el juez, de oficio o a petición de parte, recibir documentos y declaraciones de testigos, siempre que unos y otras se refieran a los hechos objeto de la misma".

Ahora bien: por auto de 29 de julio de 1967, el juzgado, a instancia del demandante dispuso: "Practíquese una diligencia de inspección ocular a la casa materia del litigio, con asistencia de peritos nombrados por las partes, en la cual se establecerán los linderos del inmueble en mención, quiénes son los ocupantes del mismo (se subraya); qué clase de materiales tienen las paredes; materiales del techo de la misma casa;..." De consiguiente, las partes podían presentar en el curso de la diligencia pruebas que le permitieran al juez establecer "quiénes son los ocupantes" del inmueble precitado, por constituir ese hecho uno de los objetos de la inspección. Y como los documentos presentados por el demandante en el curso de aquella tenían por finalidad facilitarle al juez la apreciación de ese hecho, pues de ellos se desprende que son los demandados quienes ocupan el inmueble materia de la diligencia y no el demandante, ha debido apreciarlos el sentenciador y darles el valor que les correspondía.

De tales documentos aparece, en efecto, que al pedirle el Secretario de la Caja Agraria de Saladoblanco a Clímaco Salgado, en septiembre de 1965, que le hiciera algunas reparaciones al local ocupado por ella, éste le manifestó que lo había vendido a los señores Meneses; que fueron estos quienes pagaron tales reparaciones; que a mediados de 1965 se presentó Meneses en las oficinas de la Caja con el fin de manifestar que había comprado a Clímaco Salgado la casa donde está el local que éste le había dado en arrendamiento a aquella, y que por consiguiente sería Meneses quien en adelante cobraría el valor del arrendamiento; y que los cheques girados por la Caja en 1966 por concepto de arrendamiento del local, fueron cobrados por Marcos Meneses. Todos estos hechos, como es obvio, ponen de manifiesto que el inmueble en cuestión se hallaba en poder de los demandados.

Al no darles el valor que les correspondía a esas certificaciones, violó el Tribunal los artículos 597, ordinal 2º y 632 del C. J. De lo contrario habría encontrado que tales documentos acreditan actos de dominio de los demandados sobre el inmueble prometido en venta, actos que, obviamente, presuponen su entrega material a aquellos.

d) Al referirse a los testimonios de Edolio Chicué y Francisco Esteban Peña, dice el Tribunal que conforme a ellos "es evidente que ambos tienen locales arrendados en la casa donde funciona la Caja de Crédito Agrario de Saladoblanco, y pagan en su orden $ 70.00 y $ 90.00 mensuales de arrendamiento, y esos pagos los han venido haciendo al señor Marcos Meneses o a sus hermanos como al señor Arsenio Meneses". Pero como no obstante la evidencia de ese hecho no tuvo por probada la entrega, así fuera simbólica de dichos locales a los demandados, erró el sentenciador al desconocerles a tales testimonios mérito para acreditar la entrega que el demandante hizo de ellos a los compradores.

e) Los peritos que intervinieron en la diligencia de inspección ocular, al contestar el punto b) del interrogatorio que se les formuló, manifestaron de común acuerdo que el inmueble materia de la inspección está ocupado así: "Un local grande ocupado por la Caja Agraria. Otro local por el señor Edolio Chicué. Otro local ocupado por Francisco Esteban Peña, y el resto del inmueble ocupado por el señor Marcos Meneses". Como no obstante haber rendido los peritos su dictamen de manera uniforme y sin lugar a dudas el Tribunal no le dió el valor de plena prueba que le otorga el artículo 722 del C. J., pues se limitó a decir que "los peritos por su parte hicieron constar en su dictamen que la estructura general de la edificación es de ladrillo, pero hay construidas seis divisiones de bahareque, para darle más servicio al inmueble, sin que por esa razón la construcción deje de ser de ladrillo", incidió en error de derecho con quebranto del precepto de disciplina probatoria antes mencionado. De haberle dado al experticio en cuestión el valor que le correspondía, habría tenido por cierto el sentenciador que el demandante entregó a los demandados la totalidad del inmueble prometido en venta.

Los yerros en que incurrió el Tribunal en relación con el mérito demostrativo de los medios de prueba referidos, lo llevaron a la conclusión de que el demandante estaba en mora de entregar el inmueble materia del contrato de promesa celebrado entre demandante y demandados, y a declarar, en consecuencia, probada la excepción de contrato no cumplido propuesta en la contestación de la demanda. Y por razón de esa conclusión equivocada, violó por indebida aplicación el precepto del artículo 1609 del C. C. en cuanto establece que "en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos"; y el 1546 del mismo estatuto, por falta de aplicación, ya que en la demanda se afirmó el incumplimiento de las obligaciones a cargo de los demandados de pagar la cuota correspondiente al 17 de septiembre de 1966, afirmación que no fue desvirtuada por los demandados, sino, antes bien, aceptada por ellos. En tales circunstancias incumbía al Tribunal hacer actuar en el caso sub lite el precepto del artículo 1546 precitado, que da derecho al contra-

tante cumplido para exigir, frente al que fue infiel en sus compromisos, la resolución del contrato o el cumplimiento del mismo, como indemnización de perjuicios. Al no proceder así quebrantó aquel, por falta de aplicación el precepto citado.

Debe la Corte, por tanto, casar el fallo recurrido para dictar en su lugar el que deba reemplazarlo.

Sentencia de reemplazo

Para que la acción resolutoria que consagra el artículo 1546 del C. C. sea próspera, han de aparecer debidamente demostrados en el proceso la existencia del contrato bilateral cuya resolución se impetra, celebrado entre demandante y demandado, y la mora de éste en el cumplimiento de las obligaciones a su cargo. En caso de que el demandado proponga la excepción de contrato no cumplido, fundada en el principio de que la mora purga la mora, ha de probarse además, que el demandante cumplió con las obligaciones exigibles asumidas por él.

Los dos extremos primeramente mencionados se hallan establecidos en el caso sub lite, pues con el documento suscrito por demandante y demandados el 18 de septiembre de 1965 (C. 1º, fl. 4), se prueba la existencia del contrato de promesa de venta materia de la demanda de resolución, y cuyas estipulaciones principales se dejaron extractadas en el resumen que hizo la Corte de los antecedentes del presente litigio; y con la propia confesión de los demandados, hecha al contestar la demanda, se acredita la mora de éstos en el pago de la parte del precio que debían cubrir el 17 de septiembre de 1966.

Como pudiera argüirse que la acción resolutoria ejercitada en el libelo incoativo del presente juicio se halla enervada por la excepción de contrato no cumplido que, con apoyo en el artículo 1609 del C. C., propuso la parte demandada, observa la Corte que tal excepción carece de fundamento, pues se basa exclusivamente en el hecho de que el demandante no hizo entrega total a los prometientes compradores del inmueble prometido en venta, y ya se vio, al despachar el cargo formulado a la sentencia del Tribunal, que con la confesión hecha por los demandados en la contestación a la demanda, con la inspección ocular y dictamen pericial practicados en la primera instancia, con los documentos allegados en aquella diligencia, y con los testimonios de Francisco Esteban Peña y Edolio Chicué, se halla demostrada en el proceso la entrega material de dicho inmueble a los prometientes compradores.

Conclúyese de lo dicho que están llamadas a prosperar las súplicas de la demanda atinentes a la resolución del contrato de promesa mencionado y el consiguiente restablecimiento de las cosas al estado en que se hallaban antes de su celebración, y que debe desecharse la excepción de contrato no cumplido propuesta por la parte demandada, tal como lo hizo el a quo.

Debe acogerse, asimismo, la petición referente al pago de la cláusula penal estipulada en el contrato de promesa, desde luego que los demandados se hallan en mora de cumplir la obligación de pagar la parte del precio a que se hizo referencia (C. C. arts. 1594 y 1599), y que aquella aparece pactada por el simple retardo. Ha de confirmarse, por tanto, la decisión del Juez al respecto.

Cabe sí advertir que como el a quo ordenó la restitución del inmueble al demandante, mas no la devolución de la parte del precio que éste recibió de los demandados, ha de adicionarse en este sentido el fallo de primer grado, ya que la restitución obligada de las cosas al estado anterior así lo impone. Mas como Salgado es acreedor de los Meneses por concepto de la cláusula penal que éstos deben pagarle, la compensación de tales cantidades se opera por ministerio de la ley (C. C., art. 1715).

Resolución

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de veinticinco (25) de no-

viembre de mil novecientos sesenta y ocho (1968) proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Garzón, y en su lugar, como juzgador de instancia, CONFIRMA la del Juez Municipal de Saladoblanco, fechada el diez (10) de junio de mil novecientos sesenta y ocho (1968) con la adición de que la cantidad de veinte mil pesos ($ 20.000.00) moneda corriente que el demandante debe devolver a los demandados por concepto de la parte del precio que recibió, queda compensada con la que éstos deben pagar a aquel como pena.

Condénase a los demandados en las costas de la segunda instancia.

Sin costas en el recurso extraordinario.

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

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

Heriberto Caycedo Méndez. Secretario.



FILIACION NATURAL

La calidad de heredero no puede demostrarse con certificación del juez.

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

(Magistrado Ponente: Doctor Alberto Ospina Botero).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 20 de abril de mil novecientos sesenta y siete (1967), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Soatá, en el juicio ordinario de Esther y Luis Antonio Gómez contra María del Carmen y Justiniano Gómez, como heredero de Senén Eurípides Arenas.

Antecedentes

A) Ante el Juzgado Civil del Circuito de Soatá fueron demandados María del Carmen y Justiniano Gómez en el carácter de herederos de Senén Eurípides Arenas por Esther y Luis Antonio Gómez, a fin de que se hicieran los siguientes pronunciamientos:

"Primera. Que se declare que los señores Esther y Luis Antonio Gómez, de las condiciones civiles ya anotadas son hijos naturales del doctor Senén Eurípides Arenas, ya fallecido.

"Segunda. Que se declare que los señores Esther y Luis Antonio Gómez, tienen derecho a intervenir en la sucesión de su extinto padre natural Dr. Senén Eurípides Arenas, abierta y radicada en este Juzgado, en la forma y términos que lo dispone la Ley 45 de 1936.

"Tercera. Que se ordene la suspensión de la partición de los bienes que integran el acervo hereditario del Dr. Senén Eurípides Arenas con fundamento en lo establecido en el artículo 1387 del C. J."

B) Refiere el libelo, como hechos de la pretensión, los que seguidamente se resumen: a) Bibiana Gómez Camacho, por el año de 1919 y en el Municipio de Sativanorte, se ocupaba de los oficios domésticos de la casa de Jesús Aparicio, en donde también estaba alojado el médico Senén Eurípides Arenas, quien atendía personalmente su consultorio situado en la parte baja de la misma casa; b) entre Senén Eurípides Arenas y Bibiana Gómez surgieron relaciones sexuales de las cuales nacieron Esther el día 2 de septiembre de 1920 y, Luis Antonio, el día 26 de abril de 1922; c) Senén Eurípides Arenas "atendió a la subsistencia, crianza y educación de sus hijos naturales Esther y Luis Antonio Gómez"; los trató en público y privado como a sus hijos, por un lapso superior a diez años y, a la muerte de Bibiana Gómez, "confió la crianza de los mismos a la señorita Elena Camacho, a quien pasaba todo lo necesario para manutención, crianza y vestuario de los menores".

C) La primera instancia del juicio culminó con la sentencia de veinte de septiembre de mil novecientos sesenta y seis, favorable al demandante. Apelado este fallo por la parte demandada, la segunda instancia terminó con decisión de 20 de abril de 1967, revocatoria de la del a-quo y contentiva de una resolución inhibitoria por falta del presupuesto procesal de capacidad para ser parte por el aspecto pasivo.

D) Inconforme la parte demandante con el anterior fallo, interpuso el recurso de casación que resuelve la Corte.

Sentencia del Tribunal

Referidos los antecedentes del litigio, se dio luego el fallador de segundo grado a la tarea de examinar los presupuestos procesales y encontró que no estaba satisfecho probatoriamente el referente a la capacidad para ser parte respecto de los demandados, pues al efecto sostuvo que este presupuesto no se demuestra con la certificación de un Juez alusiva a la iniciación de un juicio sucesorio y a quienes fueron reconocidos como interesados en él, ya que la prueba del carácter de heredero es específica, y precisa su criterio en los términos siguientes: "Para demostrar en este negocio la calidad de heredero de los demandados, se acompañó a la demanda una certificación expedida por los señores Juez Civil del Circuito de Soatá y su Secretario (fl. 6 c/p.), ésta de fecha veintiocho (28) de mayo de mil novecientos sesenta y cinco (1965), donde consta:

"1º Que mediante proveído de diez y siete de febrero último, fue declarado abierto y radicado en este Juzgado, el juicio de sucesión intestada del doctor Senén Arenas.

"2º Que mediante el mismo proveído, fue reconocida como interesada en la ameritada causa sucesoral intestada del doctor Senén Arenas, la señora María del Carmen León, en su condición de hermana del causante.

"3º Que mediante auto de veintitrés de marzo último, se tuvo y reconoció al señor Justiniano Gómez Arenas, mayor y vecino de Bogotá, como interesado en la causa sucesoral intestada del Dr. Senén Eurípides Arenas, en su carácter de hermano del causante. Y

"4º Que hasta el día veinticuatro de abril último, no han sido reconocidas más personas como interesadas en la causa mortuoria o sucesoral".

" 'Dentro de las normas consignadas en nuestro derecho probatorio, el carácter de heredero puede comprobarse o con el reconocimiento judicial o en su defecto con las correspondientes actas de estado civil, así como lo tienen dicho la Corte y Tribunales del país. La primera dice: "La Corte en reiterada jurisprudencia ha sostenido que la prueba de confesión no es admisible en ningún caso para establecer el carácter de heredero de una persona con respecto a otra. Estas pruebas, son, bien las correspondientes actas de estado civil o las supletorias admitidas por la ley, para acreditar el parentesco entre el de cujus y los herederos o sucesores, o bien, la copia del correspondiente reconocimiento de heredero en el juicio de sucesión, que hace suponer necesariamente que se ha llevado a este juicio la prueba del estado civil' " (cas. civ. sent. 27 de noviembre de 1932 Nº 1892 - 31; Cas. civ. sent. 22 de febrero de 1952 - LXXI - Nos. 2110 y 2111 102 y 104)".

Con apoyo en la consideración anterior, el Tribunal termina así: "La conclusión inevitable de todo lo expuesto hasta aquí, es la de que por no haber demostrado los demandantes ser los demandados y emplazados herederos del Dr. Senén Eurípides Arenas, mediante la prueba pertinente, éstos no tienen la capacidad legal para ser parte en este juicio de filiación natural.

" 'Cabe aplicar lo que dice Ricci en su tratado de las pruebas: "Los medios de prueba para provocar y producir en el ánimo del juez el convencimiento de un hecho dado, son los determinados en la ley y no otros, de tal suerte que la ley sería violada si el juez fundara su convencimiento en aquellos que la misma ley no reconoce como tales' ". (I - 13).

"Como se ha encontrado que falta el presupuesto procesal de CAPACIDAD PARA SER PARTE, se prescinde del estudio de los restantes.

"Las anteriores consideraciones, son suficientes a justificar la revocatoria del fallo de primera instancia y objeto del recurso de alzada, para en su lugar, decretar la INHI-

BICION para fallar en el fondo, de acuerdo con la verdadera situación jurídica de las partes en este juicio".

La demanda de casación

Un solo cargo, dentro de la órbita de la causal primera, le formula el recurrente a la sentencia del Tribunal, que se hace consistir en violación indirecta de la ley sustancial, por falta de aplicación de los artículos 398, 399, 404 del C. C., 4º ord. 4º y 5º de la Lel 45 de 1936, a consecuencia de errores de derecho en la apreciación de la prueba, y señala como violación medio el art. 632 del C. Judicial.

En desarrollo del cargo el censor afirma que el sentenciador cometió yerro de valoración al no aceptar como prueba de la calidad de herederos de los demandados un certificado expedido por Juez y Secretario, en donde se afirma la apertura del juicio sucesorio del doctor Senén Eurípides Arenas y el reconocimiento de María del Carmen y Justiniano Gómez como herederos del causante, en el carácter de hermanos de éste.

Al respecto reflexiona el censor en los términos siguientes:

"El Juez, en sí, es un funcionario público y el artículo 632 del Código de Procedimiento Civil habla de los demás instrumentos provenientes de funcionarios que ejerzan cargos por autoridad pública, en lo referente al ejercicio de sus funciones.

"No se ve claro, por qué solamente las certificaciones de los jueces y magistrados han de referirse a hechos de que no quede constancia en el proceso y el por qué cuando sí hay constancia en el proceso carezcan de todo valor, o no alcancen a producir efectos suficientes para acreditar un estado.

"Si un Juez, como en el caso presente, certifica que la sucesión del doctor Senén Eurípides Arenas, fue abierta y radicada en su Despacho y que por determinadas providencias fueron reconocidos como herederos los demandados, se está refiriendo, a un hecho concreto, a una situación jurídica creada dentro de determinado negocio; con base en dicha situación, da fe, hace saber hace cierto el hecho, que esto es lo que significa —certificación—.

"¿Cuál la razón o el motivo de orden legal, cuáles las consecuencias, para que el acto emanado del funcionario no alcance a producir efectos de orden jurídico y práctico?

"Si el Secretario del Despacho toma copia del auto de apertura y radicación del juicio sucesorio del Dr. Senén Eurípides Arenas y dicha copia se lleva al juicio, los demandados por este solo hecho, tienen capacidad para ser partes en el juicio ordinario de filiación natural, y entonces, el fallo hubiera sido de fondo pero, si el Juez y su Secretario verifican el mismo hecho, por medio de certificación, desaparece la calidad de herederos reconocidos en tal juicio y falta en los demandados el presupuesto de la capacidad para ser partes, porque no otra cosa significa la calificación que el Honorable Tribunal ha dado a la prueba aportada.

"Esta apreciación del Tribunal es totalmente errónea, representa una interpretación equivocada y formalista del artículo 632 del Código de Procedimiento Civil, interpretación esta que lo llevó a desechar la prueba aportada, a negarle el valor legal por obra de una deducción que repugna con el texto mismo".

Considera la Corte

1. A los certificados expedidos por Jueces y Magistrados les otorga la ley la calidad de documentos auténticos, a condición de que se refieran a hechos que pasen ante ellos en ejercicio de sus funciones "y de que no quede dato en el proceso". Porque, como lo ha dicho reiteradamente la jurisprudencia, el procedimiento adecuado para acreditar hechos que consten en documentos oficiales o públicos, no es otro diferente al de la presentación de las copias auténticas de los mismos expedidos por las autoridades o personas encargadas de su custodia". (LXXVI - 184).

Estas precauciones del ordenamiento jurídico van orientadas a que "la verdad —dice la Corte— que está protocolizada en las actuaciones oficiales, no puede ser suplantada por el dicho escueto de los funcionarios, cuya alternabilidad es muy posible, como posible es que en ellos flaquee la memoria si solamente a esta facultad hubieren de confiarse". (LXVI - 825).

2. Cuando el estado civil está de por medio, como quiera que este pertenece al orden público, el legislador se torna aún más exigente frente a los medios de convicción para establecerlo, pues como que se ha señalado con tal fin, pruebas específicas.

Cuando se trata de demostrar la calidad de heredero con respecto a un causante en razón del parentesco que con él pueda tener otra persona, estas pruebas serán: las correspondientes notas del estado civil o las supletorias admitidas por la ley para acreditar el parentesco entre el de cujus y sus sucesores, o bien, la copia del correspondiente reconocimiento de herederos en el juicio de sucesión, que hace suponer necesariamente que se ha llevado a este juicio la prueba del estado. (sent. 27 de febrero de 1932, Nº 1892 - 31; febrero 22 de 1952, LXXI - 104; agosto 31 de 1955, LXXI - 84; julio 7 de 1964, CVII - 58; abril 17 de 1970; y, febrero 9 de 1971, aún no publicadas).

3. En parte alguna autoriza la ley demostrar la calidad de heredero con un certificado expedido por un Juez sobre el reconocimiento de dicho carácter hecho en un juicio sucesorio, pues ha sido doctrina de la Corte que "los certificados de jueces y magistrados que hace plena prueba son los que versen sobre hechos que pasen ante ellos en ejercicio de sus funciones y de que no quede dato en el proceso y en los demás casos autorizados por la ley; de modo que la declaratoria de herederos debe probarse, no con un certificado sobre el particular, sino con la copia formalmente expedida del auto que lo contiene...," (cas. civ. octubre 19 de 1964, aún no publicada).

El criterio anterior fue reiterado posteriormente por la Corte en fallo de 11 de abril de 1970, aún no publicado.

Según lo que se acaba de puntualizar, ningún error de derecho cometió el sentenciador de segundo grado al desestimar la certificación de un juez y su secretario como prueba de la calidad de herederos de los demandados.

No prospera, pues, el cargo.

Resolución

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha veinte (20) de abril de mil novecientos sesenta y siete, (1967) proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Soatá, en el juicio ordinario de Esther y Luis Antonio Gómez contra María del Carmen y Justiniano Gómez, como herederos de Senén Eurípides Arenas.

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

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo.

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

Heriberto Caycedo Méndez. Secretario.

(Discutido y aprobado el anterior fallo en sesión de la Sala que consta en Acta Nº 22).

REIVINDICACION

Casación técnica. — Cargos subsidiarios.

Los arts. 1789 del C. C. y 603 del C. J. son normas de valoración probatoria y no sustanciales.

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

(Magistrado Ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga).

(Aprobado según consta en Acta Nº 22 de 15 de marzo de 1971).

Decídese el recurso de casación interpuesto por el demandado Justo Vega Lizarazo contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, proferida el 18 de noviembre de 1968 dentro del juicio ordinario en que aquel fue demandado por Ovidio López.

Antecedentes

En juicio ordinario de mayor cuantía y ante el juez del circuito civil de Villavicencio, Ovidio López demandó a Justo Vega Lizarazo para que se declarase que el primero tiene el dominio absoluto de "una casa de habitación situada en el área urbana de aquel municipio, bien que está debidamente singularizado en la demanda; que consecuencialmente se condene a Justo Vega Lizarazo a restituirle "el inmueble a que se refiere la declaración inmediatamente anterior", lo mismo que al pago de los frutos civiles del mismo "inmueble identificado" antes, y, finalmente, que se declare que "el demandante no está obligado a indemnizar al demandado por las expensas necesarias y mejoras que haya invertido el demandado en el inmueble a que se refiere la declaración primera de esta sentencia, porque el demandado es poseedor de mala fe".

La causa patendi se hizo consistir en los siguientes episodios que se resumen:

1º En el juicio de sucesión de Heraclio Gutiérrez, que fue protocolizado en la notaría de Villavicencio por medio de la escritura 1.124 de 15 de diciembre de 1.945, se adjudicó al legatario Ovidio López, "en común y proindiviso con su madre Rosa López, la mitad de una casa de habitación ubicada en el área urbana de Villavicencio" que se distinguía con los números 5-02 y 5-51 de la carrera 6ª, y que está señalada hoy con los números 21-05 a 21-33 de la actual calle 19, bien cuyos linderos son: "Por el frente, con la carrera 6ª, hoy calle 19; por otro lado, con la calle 4ª, hoy carrera 21; por otro costado, con casa de César Vanegas en aquel entonces, hoy de N. N.; por el fondo con propiedades de Juan F. Gil, Eloisa de Pérez, Domingo Rincón y Flavio Novoa en aquel entonces, hoy con herederos de Aniceto Torres y N. N.".

2º En ese juicio de sucesión, el demandado Justo Vega Lizarazo fue el apoderado de la madre del demandante "y como tal defendía los intereses" de éste que, entonces, era menor.

3º El mismo Vega Lizarazo fue el apoderado de Rosa López en el juicio divisorio que ésta propuso contra su hijo menor Ovidio López para que se partiera materialmente el inmueble singularizado en el hecho primero.

4º En este juicio se adjudicó a Ovidio López el bien que se delimita así: "Por el lado de la carrera 6ª, hoy calle 19, 17,55 metros, contados de la esquina con la actual carrera 21; por un costado, partiendo del punto dejado de 17,55 metros que se midieron de la esquina formada por las dos vías públicas, en línea más o menos perpendicular a dar con la propiedad que era de Eloisa viuda de Pérez a 1,90 metros, antes de la pared de la casa que era de Aniceto Torres colindando por este lado con la parte que se le adjudicaba a la comunera Rosa López, hoy con —Justo Vega Lizarazo por venta hecha por Rosa López, de parte de lo que le correspondió en el divisorio invocado; por el fondo con casa de Eloisa viuda de Pérez y Aniceto Torres, hoy de herederos de Aniceto Torres a dar a la calle 5ª, antes calle 4ª, hoy carrera 21; por el último costado, en longitud de 8,15 metros, a dar a la esquina punto de partida y encierra, lindero éste sobre la calle 5ª, antes calle 4ª, hoy carrera 21".

5º Tanto las hijuelas como la sentencia aprobatoria de esta partición fueron registradas el 19 de noviembre de 1947 "en el libro 1º, tomo 2º 1947 y 1º/48, pág. 407, número 413".

6º Del cuerpo cierto que, en el juicio divisorio, se le adjudicó a Ovidio López, éste vendió a Rafael y Jairo Jaramillo la parte alindada así: "por la actual calle 19, 10,50 metros; por la actual carrera 21, 8,50 metros; por el fondo con propiedad de Aniceto Torres, hoy de sus herederos y por el último costado con el resto del inmueble adjudicado dentro del juicio a que se refiere el hecho 3º de este libelo a Ovidio López ocupado y poseído por Justo Vega Lizarazo".

7º El demandado Justo Vega Lizarazo, "prevalido de la confianza que le brindó" la madre del demandante, Rosa López, al darle su representación en los juicios antes referidos y abusando de la minoridad de Ovidio López, desde enero de 1948 ocupó la parte que le restaba a éste después de la enajenación que hizo a Rafael y Jairo Jaramillo, "es decir que entró a disponer con ánimo de señor y dueño, en la porción de casa que se determina por los siguientes linderos: "Por el frente, con la calle 19, Nos. 21-11, 21-13 y 21-15; por otro lado con casa de Justo Vega Lizarazo; por el fondo con propiedad que hoy es de herederos de Aniceto Torres y por el último costado con propiedad que le vendí a Rafael y Jairo Jaramillo, hoy de los señores N. N. Jácome".

8º La posesión de Justo Lizarazo sobre ese bien, perdura hasta hoy, pues "lo ha arrendado y lo ha disfrutado sin reconocer los derechos" del demandante.

9º Por haber actuado como apoderado en los juicios de sucesión y divisorio prealudidos, Justo Vega Lizarazo sabía que Ovidio López "era el único propietario del inmueble a que se refiere el hecho 7º".

10. Por la misma razón conocía que el demandante Ovidio López era menor en ese entonces "pues él incorporó a los respectivos expedientes la partida de nacimiento" de aquel, en la que constaba haber nacido el 17 de mayo de 1935.

11. Por igual motivo el mismo sabía que el objeto del legado que Heraclio Gutiérrez le dejó al demandante, no podía ser inajenado "ni aún con licencia judicial", mientras éste fuera menor de edad.

12. A sabiendas de lo antes referido, el demandado, en 1951, "hizo protocolizar unas declaraciones para aparecer como constructor y propietario del inmueble a que hace referencia el hecho 7º y borrar con ello la realidad del título" que invoca el demandante.

13. Como éste sólo llegó a la mayoría de edad el 17 de mayo de 1956, sólo desde ese día "empezó a ganar por prescripción" el demandado.

14. Justo Vega Lizarazo es poseedor de mala fe.

15. Este fue requerido judicialmente para la restitución del inmueble apuntado, a lo cual se negó alegando "ser de su exclusiva propiedad".

16. Lo mismo afirmó en posiciones extrajudiciales.

17. El demandado aceptó, también al absolver posiciones, que tuvo la representación del demandante en el juicio de sucesión de Heraclio Gutiérrez.

18. En esa misma diligencia de absolución afirmó "ser poseedor y dueño del inmueble identificado en el hecho 7º de este libelo desde el año de 1949".

19. El demandado afirmó bajo juramento que era propietario porque el demandante, en la venta que hizo a Rafael y Jairo Jaramillo, lo había citado como colindante.

20. El inmueble que se reivindica vale más de $ 200.000.

21. Su único poseedor inscrito es el demandante, según lo expresa el certificado del registrador de instrumentos públicos de Villavicencio.

Con oposición del demandado se adelantó la primera instancia, la que remató con sentencia de 27 de septiembre de 1967, proferida por el juez civil municipal de Villavicencio, y en la que se acogieron todas las súplicas de la demanda.

Contra esta providencia interpuso recurso de apelación el demandado, pero el Tribunal superior del distrito judicial de Villavicencio, en sentencia de 18 de noviembre de 1968, la confirmó. Este fallo fue acusado en casación por la parte vencida.

Fundamentos de la sentencia del Tribunal

Luego de transcribir las peticiones de la demanda, los hechos que constituyen la causa patendi y la parte resolutiva de la sentencia del a quo, y después de encontrar que no existe causal de nulidad, entra el fallador en el examen de la acción propuesta, para concluir que se trata de la reivindicatoria de un predio urbano que aparece plenamente identificado. Apoyado en doctrina y jurisprudencia dice que son cuatro los elementos de la acción de dominio; 1º cosa singular reivindicable o cuota determinada de cosa singular; 2º derecho de dominio en el demandante; 3º posesión material en el demandado; y 4º identidad entre la cosa que se pretende y la poseída. Enseguida el fallador estudia cada uno de estos cuatro elementos, para concluir que está configurado el primero, pues se reivindica "una casa situada en el perímetro urbano, centro de Villavicencio", perfectamente singularizada; asevera que también está probado el derecho de propiedad en cabeza del demandante, pues así aparece de las siguientes pruebas:

1º "Hijuela de adjudicación de la casa de Ovidio López en el juicio sucesorio de Heraclio Gutiérrez en común y proindiviso con Rosa López según escritura pública número 1124 de 15 de diciembre de 1945, notaría de Villavicencio, debidamente registrada y visible a folios 2, 3 y 4 c. Nº 1".

2º "Al demandante Ovidio López en el juicio divisorio con Rosa López se le adjudicó según escritura pública Nº 1207 de 26 de noviembre de 1947 la mitad de la casa con un frente de diecisiete metros con cincuenta y cinco centímetros, según certificado del registrador a fs. 5 c. Nº 1".

3º "Ovidio López vendió a Rafael Jaramillo y Jairo Jaramillo por escritura Nº 1189 de 15 de septiembre de 1956 otorgada en la Notaría de Villavicencio, visible a fs. 20 y 21, c. Nº 1, un local y terreno en que se halla edificado, en la intersección de la calle 19 con la carrera 21, entre calle 5ª con carrera 6ª, en un frente de diez metros cincuenta centímetros, restándole a Ovidio López un frente de siete metros cinco centímetros, dentro de los cuales se encuentra la casa objeto del presente litigio".

4º "A fs. 5 c. Nº 1, aparece certificado del registrador de instrumentos públicos del circuito de Villavicencio que relaciona la adquisición del total de la referida casa por

parte del causante Heraclio Gutiérrez, de Noé Contento en el año de 1924 por escritura pública Nº 316 de fecha 4 de octubre de 1924".

De los documentos anteriores concluye el Tribunal que "es esta la historia fiel y exacta que relata de un modo inequívoco el derecho de dominio en el demandante sobre la casa materia del presente litigio".

En cuanto a los dos elementos axiológicos restantes, posesión material en el demandado e identidad del bien, manifiesta el Tribunal que "no se ofrecen a la menor duda, como quiera que el mismo demandado así lo reconoce expresamente en su escrito de conclusión que obra a fs. 33 vto. del cuaderno 1º"; que, además, de la inspección ocular que obra a fs. 18 a 22 del cuaderno número 2, se concluye "en un todo la posesión material del demandado en la casa y la identidad entre lo que se pretende o demanda y la posesión de la cosa singular reivindicable".

Luego remata el Tribunal afirmando que las pruebas practicadas a solicitud del demandado, no tienen virtud para "enervar o destruir" lo demostrado por el demandante Ovidio López, pues de la inspección ocular en la segunda instancia (fs. 18 y 19 del Cuaderno 7), practicada a solicitud del demandado, y del dictamen de los peritos (fs. 23 del mismo cuaderno), resulta que en nada varía la conclusión predicha del Tribunal sobre concurrencia de los elementos de la acción reivindicatoria; que de la escritura Nº 142 de 12 de febrero de 1952, de la Notaría de Villavicencio, atinente a la protocolización de unas declaraciones sobre edificación de la casa, nada favorable se deduce para el demandado, pues "la posesión regular de predios en ningún caso puede probarse por medio de testigos" y las declaraciones, en ese caso, solo tienen valor de prueba sumaria; que todo permite inferior que el demandado "lo que hizo en la casa fueron puramente reparaciones, cosa enteramente distinta" a la construcción total de la misma, afirmada por él.

El Tribunal remata expresando: "complementa la verdad y realidad de lo hasta aquí expuesto, la licencia que obra a fs. 4 del C. Nº 7 que le otorgó la Secretaría de Obras Públicas Municipales de Villavicencio al doctor Justo Vega Lizarazo con fecha 6 de octubre de 1955 que lo fue textualmente solamente para reparaciones locativas, y determinando que es únicamente para los siguientes trabajos:

"1º Cambio del cielo raso de la casa en un total de 78 m2, sin cambiar el enmaderado del techo.

"2º Tapa de goteras.

" 3º Resane y pintura general".

De lo anterior —concluye el sentenciador— que en la citada casa el demandado sólo efectuó reparaciones locativas, o cuando más mejoras; que las pruebas dan fundamento para aquello, "pero no para constituir con estos trabajos un título de dominio sobre el inmueble".

Para terminar y en vista de que el demandado carece de título constitutivo o traslaticio de dominio, el Tribunal lo califica como poseedor de mala fe.

La demanda de casación

Invocando la causal primera, el recurrente inicialmente formula los siguientes cargos contra la sentencia del Tribunal:

"1º Violación de la ley sustancial por infracción directa e indebida aplicación por errónea interpretación de las pruebas acompañadas a la demanda y a la contestación de la misma.

"2º Violación de la ley sustantiva por infracción directa como resultado de los mismos errores de hecho y de derecho en que incurrió el Tribunal sentenciador, por errónea interpretación de las pruebas producidas y aplicación errada de las mismas, y por omisión legal en la estimación de las pruebas producidas por mí" y

"EN SUBSIDIO formulo el mismo cargo con calificación de violación indirecta de la ley sustantiva y de la ley adjetiva, como consecuencia de los mismos errores de hecho y de derecho en que incurrió el Tribunal de Villavicencio al fallar el negocio, aplicando normas que no eran las conducentes o indebidamente aplicadas o dejadas de aplicar al caso objeto de la litis".

Expresa el recurrente, enseguida, que pasa "a demostrar" cada uno de los cargos formulados, en la forma siguiente:

A) Primero. Que el demandante "intentó la acción reivindicatoria con el objeto de obtener" la restitución de "una casa de habitación", debidamente alindada, aunque no se dice el municipio en que está situada. Que, por tanto, la acción de dominio versa sobre cosa accesoria que es la edificación, pues no se demandó lo principal que es el suelo.

Que el demandante acompañó como título de la propiedad que alega, una copia de la escritura número 1124 corrida ante el notario de Villavicencio el 15 de diciembre de 1945 y un certificado expedido por el registrador de Instrumentos Públicos y Privados del mismo lugar y que en el primer título se insertó la hijuela formada al demandante en su calidad de legatario en el juicio de sucesión de Heraclio Gutiérrez. "Este título o mejor la hijuela, expresa que lo adjudicado a Ovidio López es un derecho proindiviso equivalente a la mitad de la casa. Por lo demás es simplemente declarativo y no atributivo del dominio, e incompleto por cuanto no aparece inserta la sentencia aprobatoria de la partición de bienes".

B) Que ese certificado del registrador de Instrumentos Públicos y Privados "no es prueba eficaz para acreditar el dominio en reivindicación", y que de otro lado no podía ser considerado como prueba, "pues carece de las correspondientes estampillas de timbre nacional", por lo cual se presenta "violación directa del artículo 20 del decreto 2908 de 1960".

Concluye así el recurrente "por el error manifiesto de hecho y de derecho en que incurrió el Tribunal sentenciador en la estimación y aplicación de la prueba literal, incurrió en violación de los artículos, 948, 1.768, 2.562 ordinal 6º, 2.673, 1.760 del Código Civil; 38 aparte 3º de la ley 57 de 1887; 593, 596, 630 y 636 del Código Judicial".

C) Que el Tribunal al afirmar, con fundamento en el certificado del registrador que obra a fs. 5 del cuaderno 1, que en el juicio divisorio que adelantó Rosa López frente a Ovidio López, "se le adjudicó, según escritura pública Nº 1207 de 26 de noviembre de 1947, la mitad de la casa con un frente de diecisiete metros con cincuenta y cinco centímetros", incurrió "en error protuberante de hecho y de derecho, pues el certificado en mención no hace alusión alguna a la escritura 1207". Que "la estimación de un instrumento público inexistente en el proceso condujo al Tribunal a violar flagrantemente el artículo 950 del Código Civil y los artículos 1.757 y 1.758 ibídem y 630 del Código Judicial".

Cargo segundo

Afirma el recurrente que el Tribunal sentenciador incurrió en violación del artículo 739 del C. Civil, "por cuanto interpretó erróneamente la prueba testimonial sobre construcción de mi casa..." y que "no apreció en su valor legal, a pesar de haber sido ratificadas bajo juramento, las declaraciones extrajuicio de Abel Herrera Losada y José Miguel Herrera (fs. 7 y 11 C. 3) con citación de la parte contraria, que no las impugnó"; que tampoco se tuvo en cuenta la escritura pública número 142 de 12 de febrero de 1952, por medio de la cual se protocolizaron esas declaraciones en la Notaría de Villavicencio; que el sentenciador "desestimó" las declaraciones de Emilio Romero Castro, Carlos Julio Herrera y Augusto Díaz Granados, que deponen sobre la construcción de la casa con dineros del demandante, prueba que tiene el valor de plena según lo dispuesto en los artículos 693 y 697 del C. Judicial; que como el hecho debatido es "un caso clásico de accesión de muebles a inmuebles, es hecho "susceptible de ser pro-

bado con prueba testimonial, por cuanto genera una obligación personal y no real". Que como el demandante Ovidio López sólo ejercitó la acción reivindicatoria sobre la construcción, que es cosa accesoria, "resulta flagrante por el Tribunal la violación directa de los preceptos del artículo 739 del C. C.; puesto que yo edifiqué a ciencia y paciencia de toda persona sobre un solar que con mayor certidumbre viene a ser de propiedad del Municipio de Villavicencio, y por lo tanto soy poseedor de buena fe y tengo mejor derecho a adquirir la propiedad plena del suelo sobre el cual construí la casa al tenor de lo estatuido por la ley 137 de 1959, especialmente en su artículo 7º, en relación con lo anterior, desde el primero hasta el sexto".

Concluye el censor diciendo que "el Tribunal fallador incurrió además en violación de los artículos 693 y 697 del C. Judicial, por error manifiesto en la apreciación de la prueba de testigos". "La violación consistió, —según afirma— en haber omitido apreciar el Tribunal las declaraciones de testigos, tomadas por el mismo Magistrado sustanciador en la segunda instancia y que obran a los folios 3 a 6 del C. Nº 9", que contienen la aseveración de que el recurrente, a sus expensas, construyó la casa objeto de este litigio.

Cargo tercero

Acúsase violación de la ley sustancial "por error manifiesto de hecho y de derecho en que incurrió el Tribunal fallador en la apreciación de las siguientes pruebas y en la no estimación de otras:

a) La escritura pública número 1.189 de 15 de septiembre de 1956, de la notaría de Villavicencio", porque, según dice el atacante, en las cláusulas primera y tercera el demandante Ovidio López, que otorgó ese instrumento como vendedor, reconoció que Justo Vega Lizarazo era colindante del inmueble enajenado, declaración que hace fe contra el contratante, según lo dispone el artículo 1.759 del C. Civil.

b) La copia de las posiciones que extrajuicio rindió Vega Lizarazo a petición del demandante López, "que deben tenerse como plena prueba en contra de las pretensiones del demandante. Esa confesión contiene respuestas negativas en contra de las pretensiones del demandante y a ellas debe atenerse el actor, puesto que son pruebas provocadas por él y a su mérito probatorio se atuvo".

Concluye, entonces, el recurso así:

"De suerte que el Tribunal fallador, por los errores ya dichos incurrió en violación de los artículos 1.759 del C. C. y 603 del C. J."

Cargo cuarto

Se hace consistir en que "errores de hecho condujeron al Tribunal fallador a la violación de la ley sustantiva como son los preceptos contenidos en el artículo 946 del C. Civil", pues de los cuatro elementos axiológicos de la acción de dominio estudiados por aquel, ninguno fue debidamente probado. Que el Tribunal, al admitir que estaba comprobado el derecho de dominio del demandante en cosa singular con la copia de la escritura 1207 de 26 de noviembre de 1947 de la notaría de Villavicencio, instrumento que no obra en juicio, cometió "error de hecho y de derecho al aplicar una prueba inexistente al caso sub judice. Dicho error lo llevó, como consecuencia lógica, a violar y quebrantar directamente los preceptos de los artículos 946, 947, 950 y 952 del Código Civil".

Que el demandante, a quien correspondía la carga de probar, no demostró los hechos 3º y 4º de la demanda, ni "ha tenido jamás la posesión material" de la casa edificada por el recurrente. Que el elemento consistente en la identidad del bien "no fue demostrado por el sentenciador de segunda instancia de un modo claro y concreto", pues limitó su argumentación a historiar "una serie de documentos que como ya se ha visto antes no tienen la fuerza legal probatoria del dominio".

Entonces, termina expresando que "el fallador interpretó equivocada y erróneamente la afirmación positiva contenida en la contestación de la demanda. No la apreció en su sentido jurídico real, pues yo afirmé que la casa pretendida en reivindicación es de mi propiedad por haberla construido a mis propias expensas, hecho que comprobé con prueba plena y eficaz en las dos instancias del juicio. De ahí la violación directa de las normas contenidas en los artículos 693 y 697 del C. J. y las del artículo 946 del C. C."

Cargo quinto

Manifiesta el recurrente que de lo establecido en el artículo 739 del C. Civil, dedúcese que él es poseedor de buena fe; que como el Tribunal acogió la calificación del juez de primera instancia, sobre la mala fe del poseedor vencido, conclusión que "es errónea e injurídica y contraria a la verdad procesal, la sentencia viola flagrantemente los artículos 768, 769, 961, 963 y 964 del C. Civil, por error manifiesto de derecho e interpretación y aplicación errónea" y quebranta además el artículo 718 del C. C., pues, no habiendo demostrado el actor "propiedad de modo nítido sobre la casa" objeto de la litis", el demandado no estaba obligado a pagar frutos civiles, ya que, además, demostró haber construido el edificio litigado.

La Corte considera

I. Cuando es una sola la causal del recurso, como sucede en el caso presente en que fue invocada solamente la primera, no es necesario separar cada ataque en capítulos distintos, pues esta separación la ordena la ley únicamente para el evento en que "son varias las causales del recurso (último inciso del artículo 63 del decreto 528 de 1964). Pero de esto no puede seguirse que cuando, con apoyo en la misma causal, se formulen varias censuras, no esté obligado el censor a exponerlas de tal manera que cada una aparezca con entidad propia para que pueda ser identificada plenamente y no se propicie su confusión con otras. Aunque cada censura de las varias que estríbanse en la misma causal, no tenga que presentarse en capítulo separado, sí es menester que cada una sea expuesta de tal manera que la Corte pueda identificarla sin esfuerzo.

Cuando la ley impera que la demanda de casación debe indicar "en forma clara y precisa los fundamentos de ella", está disponiendo que las distintas censuras no puedem mezclarse de tal suerte que sea difícil o imposible separarlas para distinguirlas de las demás.

II. En el recurso extraordinario cada uno de los cargos debe ser autónomo, es decir, debe estar completo en su exposición, de tal manera que su cuerpo reúna la totalidad de los requisitos que debe llenar todo ataque en casación. Por ello la Corte, repetidamente, ha desechado el estudio de los que sólo podrían ser despachados buscando en otros cargos partes fundamentales no expresadas en aquellos.

III. No es uno solo el concepto por el cual puede presentarse la vulneración de la norma sustancial; el quebranto puede provenir porque ésta no fue empleada al caso que regula, evento en el cual se ofrece la falta de aplicación, denominada por el legislador "infracción directa" en el texto del artículo 52 del decreto 528 de 1964; puede ocurrir también la citada violación porque la norma fue aplicada a un caso que ella misma no contempla, en el cual se presenta la i n d e b i d a aplicación; finalmente, puede acaecer que habiéndose elegido por el fallador la norma aplicable al caso controvertido, se empleó dándole un sentido o un alcance de que carece, suceso que constituye la denominada interpretación errónea.

Síguese de lo antes expuesto, que un cargo en casación dentro del marco de la causal primera, no queda debidamente configurado cuando el censor se limita a acusar simplemente violación de ley sustancial, sin expresar y demostrar que ese quebranto fue causado por falta de aplicación de la citada norma, por aplicación indebida de ella o por errónea interpretación de la misma.

La Corte no puede indagar de oficio cuál de las distintas formas de violación de ley

sustancial sería la que configura el respectivo cargo en casación. Es al recurrente a quien compete precisar el concepto de la violación.

IV. Es un contrasentido denunciar, respecto de un mismo precepto sustancial, su simultánea violación por falta de aplicación y por aplicación indebida, pues se ofrece al entendimiento con plena claridad que si una norma fue vulnerada porque no se la empleó al caso debatido, al mismo tiempo no puede sostenerse que ese mismo quebranto se produjo porque la norma fue indebidamente empleada. El principio de contradicción enseña que una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo.

V. Cuando el quebranto de la ley sustancial no se ha producido directamente, es decir, cuando ocurre como consecuencia de apreciación errónea o falta de apreciación de determinada prueba, es menester que el impugnante demuestre que el Tribunal incurrió en error de derecho o mostrar que cometió uno de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos. La ocurrencia del primer yerro presupone que, aunque el sentenciador estableció la presencia material de la prueba respectiva en el expediente, le otorgó un valor persuasivo de que legalmente carece o dejó de concederle el que la ley le da, en tanto que el yerro fáctico parte de la base de que el Tribunal no estableció debidamente aquella figuración objetiva de la prueba, por lo cual supuso una que no existe o dejó de ver la que sí obra, situaciones a las cuales se asimilan los casos en que el fallador cercena al real contenido del medio probatorio o le hace decir lo que no expresa. Por tanto, como para que ocurra el error de derecho es necesario que no se discuta sobre la existencia de la prueba, sino sobre el valor persuasivo que legalmente tiene, síguese que, al mismo tiempo y respecto del mismo punto, no puede predicarse de una determinada prueba error de derecho y de hecho evidente, porque aquel excluye a éste.

VI. **En virtud de que cada cargo debe tener propia entidad, síguese que no es técnico dividir los cargos en principales y subsidiarios, pues la Corte tiene el deber de estudiarlos todos, cuando ninguno prospera. Y hallándose que es próspero uno de los propuestos como subsidiarios, aún sin entrar al previo estudio de los que se digan principales, está relevada del examen de estos.**

VII. Cuando la infracción de la ley sustancial proviene de la comisión de un error de derecho, es imprescindible que el recurrente señale, a más de la norma sustancial infringida, cuál o cuáles normas de valoración probatoria quebrantó el Tribunal sentenciador, pues sólo de este modo puede la Corte confrontar si efectivamente se despojó a la prueba del valor que se le concede en la ley o se le otorgó uno de que legalmente carece.

VIII. Cuando la demanda de casación se funda únicamente en la causal primera, erigida para restablecer únicamente el imperio de leyes sustanciales, violadas ya en forma indirecta, ora a consecuencia de error de derecho, ora por comisión de yerros fácticos, la acusación sólo puede fundarse en infracción de ley sustancial, entendiendo por ésta la que, en presencia de la situación de hecho que la misma norma contempla, crea, declara, modifica o extingue derechos subjetivos o impone obligaciones a las personas. Como ese primer motivo apunta al restablecimiento del imperio de la ley sustancial infringida, no es procedente acusar dentro del marco dicho, como infracción final, el quebranto de leyes instrumentales o de las simplemente rituales.

IX. Sentadas las bases anteriores, resulta que es impróspero el cargo primero, formulado bajo las letras A), B) y C), pues allí se denuncia simultáneo error de derecho y de hecho respecto a un mismo punto de la misma prueba.

El tercero tampoco puede prosperar, ya que, de un lado, no cita norma alguna de índole sustancial, sin cuyo quebranto no puede darse la causal primera, que es la invocada aquí; los únicos artículos que se dicen infringidos, **el 1.759 del C. Civil y el 603 del C. Judicial, son normas de valoración probatoria, mas no sustanciales.** De

otro lado, acúsase comisión de "error manifiesto de hecho y de derecho", en forma simultánea, lo que peca contra la técnica del recurso.

En el cargo cuarto denúnciase la comisión de error de hecho consistente en que el Tribunal supuso la existencia en el proceso de la copia de la escritura Nº 1207 de 26 de noviembre de 1947, de la notaría de Villavicencio, yerro que lo llevó, "como consecuencia lógica, a violar y quebrantar directamente los preceptos de los artículos 946, 947, 950 y 952 del Código Civil".

Efectivamente, como lo denuncia el recurrente, en el proceso no aparece la aludida copia de la escritura número 1.207 corrida ante el notario de Villavicencio el 26 de noviembre de 1947, circunstancia que determinaría la comisión de un error evidente de hecho si el Tribunal hubiera supuesto esa prueba; mas es lo cierto que, aún aceptando su comisión, ese yerro sería intrascendente porque ese título no le sirvió al fallador como único fundamento para dar por demostrado el derecho de propiedad en el demandante. Mas como el dominio que se adjudicó a éste sobre la mitad del inmueble, según lo expresa la sentencia, lo encontró probado el Tribunal con el certificado del registrador de instrumentos públicos y privados, que obra a fs. 5 del cuaderno 1º y no con base en la citada escritura número 1.207, conclúyese que no existe el error de hecho denunciado.

El recurrente no impugnó el valor persuasivo que el fallador concedió, sin tenerlo, al apuntado certificado del registrador en cuanto relacionaba la aludida escritura pública número 1.207 como medio de adquisición del derecho de dominio sobre la mitad del inmueble a que se ha hecho referencia. Como a la Corte llegan las sentencias de los Tribunales amparadas con la presunción de acierto, y como, además, no le es lícito decidir sobre puntos que no estén comprendidos dentro de los límites precisos que le trace la censura, para la Corte aquella conclusión es intocable.

Finalmente nota la Corte que el censor no dice si la denunciada infracción de la ley sustancial se produjo por falta de aplicación o aplicación indebida, y aún cuando utiliza el término violación directa o quebranto directo, que, de acuerdo con el artículo 52 del decreto 528 de 1964 sería sinónimo en ocasiones, de falta de aplicación, lo cierto es que en el caso presente no podría interpretarse en ese sentido, porque, precisamente, el Tribunal sí aplicó esas disposiciones al decretar la restitución solicitada.

El último de los ataques tampoco satisface las exigencias del recurso extraordinario. Efectivamente: denúnciase error de derecho en la apreciación probatoria y, no obstante, el recurrente omite indicar cuál o cuáles normas de valoración fueron infringidas por el Tribunal. Para que la Corte pueda, dentro del ajustado ámbito de su competencia, deducir si el ad quem despojó a una prueba del valor que le da la ley, o le otorgó uno que ésta no le concede, es menester que el censor le indique expresamente cuáles preceptos de índole probatoria quebrantó.

Como al principio quedó visto, para edificar convenientemente una acusación por la vía indirecta, no basta alegar el error respectivo, sino que es indispensable, pues así lo preceptúa terminantemente el artículo 52 del decreto 528 de 1964, demostrarlo, vale decir, probar plenamente que el Tribunal incurrió en error de derecho, o en uno de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos.

El recurso extraordinario, eminentemente formalista, tiene como sujeta materia la sentencia de segundo grado, que llega a la Corte amparada con presunción de acierto, y como la casación no crea una tercera instancia en la que pudiera reabrirse el debate concluido en las dos anteriores para tornar a enjuiciar libremente todo el material probatorio, la Corte sólo puede entrar al campo que le describa y le delimite el censor, por lo cual, si se alega error de derecho y no se indica cuáles son las normas de valoración probatoria infringidas, que son el

medio que conduce a la violación última de la ley sustancial, entonces el ataque no puede prosperar, pues no alcanza a configurarse el cargo.

Observa también la Corte que la censura no precisa cuáles fueron las pruebas indebidamente apreciadas, presupuesto sin el cual no puede prosperar un cargo de la índole del que se estudia, según lo preceptúa el artículo 52 del decreto 528 de 1964.

Añádese a lo anterior que, exceptuando el evento en que se presume de derecho, la calificación de si el poseedor lo es de buena o mala fe, no puede atacarse por la vía del yerro de jure, pues no siendo ella el resultado del acierto o del desatino en la aplicación de normas de valoración probatoria, síguese que esa calificación sólo puede impugnarse por la vía del error fáctico.

Finalmente, respecto al cargo segundo que no ofrece tan notorios defectos de técnica, la Corte observa que de los pasajes de la sentencia del Tribunal, que arriba se dejó extractada, aparece que el fallador, para concluir que el demandado Vega Lizarazo no construyó la casa de habitación cuyo dominio se litiga en este proceso, sino que solamente efectuó reparaciones o mejoras en ella, se apoyó en las siguientes pruebas cuya apreciación no fue atacada, por lo cual la Corte no pueda modificar aquella conclusión:

a) escritura Nº 1124 corrida ante el notario de Villavicencio el 15 de diciembre de 1945 (fs. 3 y 4 del cuaderno 1).

b) certificado de registro expedido por el registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Villavicencio (fs. 5 del mismo cuaderno).

c) inspección ocular practicada en segunda instancia (fs. 18 a 19 del cuaderno Nº 7).

d) licencia de la secretaría de obras públicas de Villavicencio, otorgada al demandado Vega Lizarazo el 6 de octubre de 1955 para reparaciones locativas.

Observa la Corte, además, que las declaraciones cuya apreciación habría sido omitida por el Tribunal, sí fueron valoradas y ponderadas por el sentenciador; mas sucede que el Tribunal, al encontrar que en éstas se afirmaba que el demandado construyó la citada casa de habitación, en tanto que de las cuatro pruebas antes indicadas se concluia lo contrario, haciendo uso de la facultad que tiene, cuando se presentan pruebas contradictorias, de apoyarse en las que conllevan mejor virtud demostrativa, apoyó en las segundas su conclusión de que el recurrente no levantó el aludido edificio, sino "que lo que se hizo en la casa por parte del demandado fueron puramente reparaciones, cosa enteramente distinta" de lo aseverado por los testigos que la censura cita.

Por lo cual este cargo tampoco puede prosperar.

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 dieciocho de noviembre de mil novecientos sesenta y ocho, proferida por el Tribunal Superior del distrito judicial de Villavicencio en este juicio ordinario que, frente a Justo Vega Lizarazo, promovió Ovidio López.

Condénase al demandado recurrente a pagar las costas del recurso extraordinario.

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

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

Heriberto Caycedo Méndez. Secretario.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

Influencia del fallo penal en el proceso civil.

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

(Redactó el Dr.: Simón Carrejo - Abogado Asistente).

(Aprobado según Acta Nº 24 de fecha diecisiete de marzo de mil novecientos setenta y uno).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por los demandados contra la sentencia de 23 de enero de 1967, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio en el juicio ordinario iniciado por ALCIDES TORRES QUINTERO contra GREGORIO REYES y otro.

El litigio

Ante el Juzgado Civil del Circuito de Villavicencio demandó Alcides Torres Quintero a Gregorio Reyes y a José Martín Cortés, a intento de obtener la declaración de responsabilidad extracontractual de éstos, y la consiguiente condena al pago de los perjuicios ocasionados al demandante por hechos ocurridos el día 11 de febrero de 1964 en sus propiedades denominadas Los Balcones y El Recreo, ubicadas en la vereda de Peralonso, comprensión territorial del citado municipio, y vecinas a las de "La Porfía" y "El Retiro", de Gregorio Reyes, quien las explotaba en compañía con su yerno José Martín Cortés.

Como hechos fundamentales de la demanda afirma el demandante, en síntesis, los siguientes:

1. Que los demandados ocasionaron el incendio de 80 hectáreas de potreros del demandante, sembradas de pastos de diferentes clases, y situadas en las haciendas ya aludidas.

2. Que tal incendio causó la destrucción de otros elementos, como postes de madera y cercas de alambre.

3. Que el insuceso se debió a la imprudencia y negligencia manifiesta de los demandados, quienes realizaron en la fecha mencionada una quema dentro de sus propiedades; en la horas de la mañana de ese día, una chispa proveniente de la quema fue a parar a potreros de propiedad del demandante y causó el incendio; todo ello porque los demandados, obrando con negligencia y descuido, dejaron de tomar las precauciones necesarias para prevenir un hecho desgraciado.

4. Que las pérdidas sufridas por el demandante ascendían en el momento de la demanda aproximadamente a DOSCIENTOS MIL PESOS ($ 200.000).

5. Que no se solicitó permiso de las autoridades respectivas para verificar la quema; que ella se realizó durante el día, siendo esto desaconsejado, puesto que hay entonces más peligro por los fuertes ventarrones de esa época del año; que los demandados sólo colocaron en el sitio de los hechos una exigua cantidad de trabajadores, entre ellos menores de edad, y no los necesarios para casos como estos, en que se debe prever la posibilidad de conjurar cualquier peligro de extensión del fuego, cuya fuerza fue tal, que un número considerable de cabezas de

ganado allí existente de propiedad del demandante, hubo de ser retirado de urgencia, ante el inminente perecimiento.

6. Que los demandados por la serie de descuidos, inadvertencias e imprudencias a ellos imputables y que ocasionaron el desastre, son solidariamente responsables de los perjuicios de todo orden sufridos por el demandante, quien quedó despojado de todo su capital por efecto de estos, a saber: destrucción de varias calidades de pastos, de las cercas y los postes, fuera del pago que por arrendamientos de otros pastales tuvo que efectuar, al menos por diez meses.

Los demandados contestaron el libelo y negaron la totalidad de los hechos, oponiéndose a todas las pretensiones del actor, e invocando las excepciones que denominaron de inepta demanda y de "ilegitimidad de personería".

El Juzgado falló la litis en el sentido de declarar responsables a los demandados por los perjuicios causados al demandante, los condenó al pago de la suma de TRESCIENTOS CUARENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS CINCUENTA y SIETE PESOS ($ 347.957.00), en que tales perjuicios fueron tasados pericialmente en el curso del juicio, desechó las excepciones que se habían propuesto y les impuso, por último las costas del juicio.

Apelada la sentencia por la parte vencida, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio la confirmó en la del 23 de enero de 1967, hoy objeto del recurso de casación que procede la Corte a resolver.

Consideraciones del Tribunal

Después de relacionar los antecedentes y el desarrollo del litigio, el Tribunal concluye que se trata de un caso de culpa extracontractual, que se debe regular por el precepto del artículo 2356 y no por el del 2341 del C. C., no aplicable a la especie porque según el sentenciador el Código contempla el caso "especialmente en su artículo 2356 cuando se imputa negligencia o descuido al demandado por el daño causado".

Al respecto transcribe una jurisprudencia de la Corte, aplicable a esta hipótesis.

Luego agrega el Tribunal que, comprobado como está que la causa del siniestro fue una chispa salida de la quema que verificaban los demandados en los linderos con la finca del demandante, aquellos si pretenden quedar exentos de la presunción de culpa, están obligados a demostrar una de estas circunstancias: a) imprudencia exclusiva de la víctima, b) intervención de elemento extraño o fuerza mayor o caso fortuito, ninguna de las cuales, a juicio del sentenciador, fue probada.

Enseguida hace enumeración de los hechos que estaban obligados a efectuar los demandados, si querían exonerarse de responsabilidad en lo que pudiera suceder el día de la quema: licencia de la autoridad, seguridad de las obras realizadas en las zonas limítrofes o rondas, exhortaciones del inspector a la postre incumplidas por ellos, trabajadores en número suficiente, para controlar la quema. "Es decir, se presenta en contra de los demandados un descuido o negligencia llevado al extremo, que supone una confianza absoluta de que nada iba a suceder, y de consiguiente son llamados a responder por los perjuicios en la forma y términos como se pronunció el Juez del conocimiento".

Desecha luego las excepciones de inepta demanda e ilegitimidad de personería, propuestas como perentorias, por haber sido tan solo enunciadas; y afirma que, en síntesis, las actuaciones lo mismo que las omisiones de los demandados, los hacen responsables en el litigio.

Al referirse al sobreseimiento dictado por el Juez Penal y confirmado por el Tribunal de Villavicencio, dice el fallo de segunda instancia que no todo sobreseimiento ni toda sentencia definitiva en materia penal hacen tránsito a cosa juzgada en lo relativo a la acción civil de perjuicios.

Se refiere a los cuatro casos en que el juzgador puede dictar la providencia del art. 153 del C. de P. P., cuando "El hecho impu-

tado no ha existido, o el procesado no lo ha cometido, o la ley no lo considera como infracción penal, o la acción no podía iniciarse o proseguirse", para afirmar que de tales casos, no ocurre lo mismo en los dos últimos "porque si se trata solamente de acto culposo habrá siempre obligación de reparar el perjuicio aunque no sea infracción penal por ausencia de dolo; y porque si la acción penal esté prescrita, puede no estarlo en lo civil".

El Tribunal llega a la conclusión de que al haberse dictado sobreseimiento por no constituir el hecho infracción penal, "se cumple el tercer requisito" y por lo tanto, "el fallo no hace tránsito a cosa juzgada respecto de la acción civil".

En virtud de esas razones, el Tribunal confirmó la sentencia apelada.

Impugnación del fallo de segunda instancia

El recurrente en casación formuló contra la sentencia del Tribunal dos cargos, ambos dentro del ámbito de la causal primera, los cuales se despachan en el orden en que fueron propuestos.

Primer cargo

"Violación de la ley sustancial por infracción directa consistente en el desobedecimiento de su mandato".

Al desarrollar su acusación, el demandante dice:

"Preceptúa el artículo 28 del Código de Procedimiento Penal: La acción civil no podrá proponerse ante el Juez Civil cuando en el proceso penal se haya declarado, por sentencia definitiva, o por auto de sobreseimiento definitivo que estén ejecutoriados, que la infracción en que aquella se funda no se ha realizado, o que el sindicado no la ha cometido, o que obró en cumplimiento de un deber o en ejercicio de una facultad legítima".

Concretando la acusación, el recurrente plantea los siguientes argumentos:

"El sentenciador de segunda instancia en el presente juicio violó en su fallo la norma en referencia, cuyo texto quedó transcrito, por infracción directa consistente en el desobedecimiento de su mandato, al condenar a los demandados José Martín Cortés B. y Gregorio Reyes, por culpa que en el auto de sobreseimiento definitivo se declaró no haber existido de parte del primero, y por hecho objetivamente considerado, que en la misma providencia se declaró no haber sido ejecutado por el segundo".

En seguida el censor transcribe la parte correspondiente de la sentencia en que el Tribunal se refiere al sobreseimiento dictado en favor de los demandados.

Luego puntualiza el impugnador su cargo de haber infringido la sentencia el artículo 28 del C. de P. P. diciendo que cuando el Tribunal afirma que el hecho no constituyó infracción penal, se declaró informados de la copia de la providencia respectiva, por lo cual no puede formularse cargo por falta de apreciación de dicha prueba; pero que sí hubo infracción directa del art. 28 del C. de P. P., en cuanto a la actividad de cada uno de los sindicados.

Con el objeto de demostrar la inculpabilidad de su patrocinado José Martín Cortés Bejarano en los hechos que dieron lugar a este proceso, y que la infracción atribuida careció de existencia, dice el impugnador que ello fue expresamente reconocido por el Tribunal en su fallo cuando dijo que 'En el asunto penal hubo sobreseimiento porque el hecho imputado no constituyó infracción penal', y que "la pretendida infracción, que en proceso penal se declaró no haber existido, es exactamente la misma sobre que recayó el fallo en el proceso civil, siendo también unas mismas las personas y la causa en uno y otro proceso. Basta para poner en evidencia esta identidad hacer un examen comparativo del contenido del auto de sobreseimiento definitivo y del fallo pronunciado en el proceso civil".

De lo anterior deduce que con respecto a dicho demandado, el fallo condenatorio violó la norma del artículo 28 ya mencionado.

Y con respecto a José Gregorio Reyes dice que su situación es no menos clara, pues según el auto de sobreseimiento, nada tuvo que ver con los hechos, y por ello fue vinculado ilegalmente al proceso, puesto que sólo era dueño del terreno, no de los trabajos que allí se desarrollaban, y su actividad en relación con la quema se limitó a lo siguiente: a) Transmitió a su yerno José M. Cortés la razón que el Inspector Franco dejara en cuanto a ciertas medidas que debía tomar antes de hacer la quema y b) Acompañó a su yerno a las diferentes oficinas de Villavicencio en solicitud de la licencia para quemar y se enteró de la quema por las informaciones que suministró la Radio; ignoraba la fecha en que se efectuaría Que con toda claridad se ven en este pasaje del auto de sobreseimiento definitivo que respecto del sindicado Gregorio Reyes Rozo aquella decisión se sustentó en no haber sido autor del hecho material de la quema efectuada dentro del predio que manejaba su yerno José Cortés Bejarano, ni haber cooperado en forma alguna en su realización en las circunstancias que según el demandante produjeron daño patrimonial. Y como en lo anterior se ha ubicado por el demandante la pretendida infracción que dio lugar al proceso penal y luego al proceso civil, es de toda evidencia que la parte transcrita del auto de sobreseimiento a favor de Gregorio Reyes Rozo contiene la declaración de que éste **no cometió la pretendida infracción** que fue objeto del proceso. Que si también se hace aquí un examen comparativo del contenido del auto de sobreseimiento y de la sentencia en el proceso civil, se encontrará sin la menor duda que el hecho motejado de culposo y productor de daño es exactamente uno mismo en ambas decisiones. El censor concluye, pues, que Gregorio Reyes "no ejecutó el hecho material realizado en las circunstancias que lo señalan como culposo y productor del daño" y que el fallo violó" por infracción directa, la norma sustancial prohibitiva contenida en el artículo 28 del Código de Procedimiento Penal".

Basado en argumento similar al anterior, el impugnante sostiene que hubo indebida aplicación del artículo 2356 del C. C., que establece presunción de culpa cuando el daño proviene del ejercicio de actividades peligrosas. Dice el censor que el Tribunal, por no haber tenido en cuenta el sobreseimiento definitivo dictado en favor de los demandados, aplicó el mencionado artículo a una hipótesis distinta a aquella a que en verdad se refiere. Lo hace con estos términos:

"Por el mismo concepto que acaba de expresarse el sentenciador de segunda instancia violó en su fallo por **indebida aplicación** la norma sustancial del artículo 2356 del Código Civil, cuyo texto dice: "Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta".

"Dice, en efecto el Tribunal en su fallo, que no es el artículo 2341 del Código Civil el aplicable en este negocio, y cita en seguida el artículo 2356 del mismo estatuto, transcribiendo doctrinas de la Corte sobre su interpretación, para concluir que dicha norma es la que debe aplicarse al caso del pleito, como en efecto la aplicó, confirmando con fundamento en ella el fallo condenatorio de la primera instancia.

"Pero ya quedó plenamente demostrado que para pronunciar aquella condena había un obstáculo legal infranqueable en el auto de sobreseimiento definitivo y ejecutoriado a favor de José Martín Cortés Bejarano y Gregorio Reyes Cruz por el mismo hecho pretendidamente culposo que fue objeto de la condena civil, auto de sobreseimiento en el cual se declaró la inocencia del primero por ausencia de culpa, y del segundo por **no haber ejecutado el hecho que se dice culposo.** La norma del artículo 2356 del Código Civil quedó de ese modo aplicada por el fallo del Tribunal dentro de un proceso civil que no era su campo legal de aplicación".

Se considera.

1. El cargo de infracción de la ley sustancial por vía directa, descarta toda cuestión de naturaleza probatoria, puesto que no se censura la apreciación que de las pruebas hizo por el sentenciador de instancia, con la cual el recurrente está conforme, sino que se ataca la labor dialéctica que el fallador realizó para buscar y aplicar las normas adecuadas a la situación fáctica sub-lite.

2. En el presente caso hay constancia en el expediente (fls. 55 a 66 v. del Cd. 3º) de que en providencia de fecha 27 de noviembre de 1964 el Juzgado 2º Superior de Villavicencio sobreseyó definitivamente a los sindicados José Martín Cortés Bejarano y José Gregorio Reyes Cruz por el delito de incendio, y que el Tribunal de Villavicencio, en providencia del 14 de mayo de 1965 confirmó en todas sus partes.

3. El fundamento de este proveído confirmatorio en cuanto al primero de los acusados consistió en que su hecho no constituyó delito de incendio, y en cuanto al segundo en que se le vinculó al proceso penal sin que hubiera intervenido en los hechos investigados. A términos del artículo 28 del C. de P. P. la acción civil no puede proponerse ante la jurisdicción civil cuando se declara por sentencia absolutoria ejecutoriada o por auto de sobreseimiento definitivo y ejecutoriado, que la infracción no se ha realizado, que el sindicado no la ha cometido o que, si la llevó a cabo, obró en cumplimiento de un deber o en ejercicio de una facultad legítima.

En relación con el alcance del artículo 28 del C. de P. P. ha dicho la Corte:

"La influencia que en materia civil pueden tener las sentencias pronunciadas en el procedimiento criminal no se funda propiamente en el principio de la cosa juzgada, que en realidad jurídica no existe porque entre los dos procesos —el penal y el civil— no hay identidad de objeto, ni de causa jurídica, ni de personas, se basa sobre todo en una suprema razón de orden público representada simbólicamente por el interés que tiene el Estado de que no sufra quebranto el imperio de su jurisdicción proponiendo nuevamente a las autoridades civiles un hecho cuya existencia o significación judicial ya fue calificado con igual autoridad por otro funcionario adecuado de la jurisdicción pública.

"De aquí resulta que el juez civil tiene libertad de apreciación e imperio sobre todas las cuestiones que no resulten inconciliables con lo que ha sido juzgado criminalmente. La sentencia definitiva absolutoria o el sobreseimiento de la misma índole en lo penal pueden tener su fundamento en que el hecho imputado no es constitutivo de delito por no estar previsto y definido en la ley penal, o en que el haz probatorio agregado al proceso penal no es suficiente para demostrar la intención criminal del acusado —animus nocendi— o en que tales probanzas no acreditan plenamente la comisión del hecho; y en todos esos casos tal sentencia o calificación definitiva no impide la posible prosperidad de la acción civil de resarcimiento porque el actor en ella puede probar debidamente el delito o culpa o complementar la prueba declarada insuficiente en lo penal para obtener por la vía civil la reparación del daño que demuestre habérsele causado en estas especiales circunstancias. En ninguno de estos casos habrá colisión de jurisdicción porque el fallo criminal ha dejado un campo no cubierto por la autoridad de la cosa juzgada, donde los jueces podrían actuar para apreciar lo que concierne a su jurisdicción ordinaria y privativa". (Cas. Civil de 29 de noviembre de 1941, G. J. t. p. 798).

En el mismo sentido se pronunció la Corte en sentencia de 17 de junio de 1948, G. J. LXIV p. 450: "para determinar si el artículo 28 del C. de P. P. debe o no aplicarse en un caso concreto, es necesario ante todo esclarecer si el fallo proferido por la jurisdicción penal encaja precisamente en alguna de las hipótesis limitativamente previstas en aquella disposición, y si, además, existe identidad completa entre las cuestiones o problemas fundamentales resueltos en el proceso penal con los que en el juicio están por decidirse, pues si faltara esa com-

pleta identidad, no podría invocarse la autoridad o influencia del fallo penal sobre el civil". Posteriormente la Corte, al analizar el caso de si alguien absuelto en lo penal puede sin embargo ser demandado civilmente para obtener reparación de los perjuicios causados a la víctima, dijo así: "Si la sentencia que puso fin a la actuación penal hace tránsito a cosa juzgada en cuanto a la responsabilidad criminal del autor material del hecho, en cambio este pronunciamiento absolutorio no es obstáculo para que a su vez la jurisdicción civil examine si existe o no culpa o falta que acarree para el mismo o para la persona o entidad que tiene el deber jurídico de responder por él, la responsabilidad que su hecho comporta" (Cas. civ. de 9 de septiembre de 1948, G. J. LXV, p. 210).

5. Relacionando las premisas anteriores con el caso sub-lite, resulta que la jurisdicción penal, al dictar el auto de sobreseimiento definitivo en favor de José Martín Cortés y de José Gregorio Reyes, declaró que no constituían delito de incendio los hechos a ellos imputados pero no que no hubiera existido el incendio mismo ni decidió nada en relación con las actividades susceptibles de conformar errores de conducta en que, colocada en las mismas circunstancias, no hubiera incurrido una persona que actuara con mediana prudencia.

6. El fallo que aquí se acusa, se basa en que el auto de sobreseimiento definitivo dictado a favor de los sindicados no precluye la iniciación de la acción civil para el resarcimiento de los perjuicios ocasionados al demandante por los hechos omisivos de los demandados que produjeron el incendio en las propiedades rurales de aquel, por haber realizado allí, sin las debidas precauciones, una roza o quema. Tales hechos omisivos a juicio del Tribunal fueron: 1) que estando los demandados en la obligación de obtener licencia previa de las autoridades para verificar la quema, no lo hicieron. 2) que las rondas eran insuficientes y que en parte faltaban. 3) que prevenido del hecho anterior José Gregorio Reyes, manifestó que era veterano en esas labores y que se obligaba a acatar lo que la autoridad le ordenase, y 4) que no colocaron en el sitio referido el número suficiente de trabajadores para controlarla. El fallador de instancia encuentra plenamente probados esos hechos (véase folio 30 vto. del cuaderno 5), y en ello se funda para confirmar la sentencia de primer grado: en que hubo culpa de los demandados, que origina responsabilidad civil a cargo de ellos por los perjuicios ocasionados al actor con el incendio a que dio lugar la quema.

7. Síguese de lo anterior que el art. 28 del C. de P. P. no es aplicable al caso en estudio, pues no obstante haber sobreseído definitivamente el juez penal en favor de los sindicados del delito de incendio, esa decisión no llega hasta impedir el ejercicio de la acción civil para la reparación de los daños de orden estrictamente privado que los demandados ocasionaron al demandante por razón de hechos u omisiones constitutivos de culpa.

Por consiguiente, la acusación del fallo en este primer cargo por falta de aplicación de dicho artículo, no está llamado a prosperar, porque a pesar del mencionado sobreseimiento, sobrevive en contra de los reos la acción de perjuicios surgida de sus hechos y omisiones culposas.

8. Tampoco hubo indebida aplicación del art. 2356 del C. C., porque tratándose en el presente caso del ejercicio, por parte de los demandados, de una actividad de suyo peligrosa, en la cual se presume culpa de quien la lleva a cabo, y como el Tribunal encuentra existentes los elementos de la responsabilidad civil sin que aquellos hubieran acreditado causa eximente de la culpa, de todo ello resulta que el sentenciador aplicó acertadamente la disposición del art. 2356.

Por lo tanto, el cargo no prospera.

Segundo cargo

En un segundo capítulo afirma el recurrente que por concepto distinto del expresado en el cargo anterior se infringió en el fallo recurrido el precepto del art. 2356 del C. C. por indebida aplicación al caso del litigio.

Agrega el censor que dicha norma consagra una presunción de culpa por el ejercicio de actividades peligrosas; que tal presunción no es de derecho y por ello admite prueba en contrario, que es la de ausencia de culpa del incriminado, y que el autor del daño es el responsable comprendido por la presunción y no otra persona. Que el Tribunal, a pesar de lo anterior, confirmó la decisión de primera instancia, dando con ello aplicación al art. 2356 del C. C., no obstante la ausencia de culpa de José Martín Cortés Bejarano en la producción del daño cuya reparación decretó, y la evidencia de que José Gregorio Reyes no fue autor ni coautor del hecho.

Transcribe luego apartes del auto de sobreseimiento, y reitera sus argumentos sobre la inocencia de los demandados, y de todo ello concluye que de manera indubitable el Tribunal infringió por aplicación indebida el art. 2356, ya que apareciendo clara la ausencia de culpa y la falta de relación de causalidad entre el daño y los hechos y omisiones que lo produjeron, con ello queda destruída la presunción de culpa contenida en el art. 2356 y descartada la atribución de ella a los demandados. Finalmente agrega el impugnador que en cuanto a Cortés Bejarano se aplica también la falta de relación de causalidad entre sus hechos u omisiones y la producción del efecto dañoso.

Se considera.

1. La violación de la ley sustancial puede producirse por dos vías: una directa, que no obedece a errores del fallador en la apreciación del material probatorio; y la otra indirecta, cuando el quebranto de la ley se causa por manifiestos errores de hecho o de derecho en la apreciación de determinadas pruebas.

Por consiguiente, en la censura por quebranto directo de la ley sustancial resulta inaceptable toda discusión sobre los elementos probatorios del juicio, ya que de lo que se trata es de confrontar la decisión del Tribunal con el precepto legal que se dice violado, a efecto de determinar el yerro jurídico cometido por el fallador en la aplicación de ese precepto, en su interpretación o en su falta de aplicación.

Resulta, pues, improcedente la acusación por vía directa cuando para concluir que se han violado disposiciones legales de carácter sustancial, es necesario examinar el estudio que de las pruebas hizo el sentenciador de instancia.

2. Ocurre esto precisamente en el caso sub-lite: para establecer si hubo indebida aplicación del art. 2356 del C. C., en lo que respecta a la destrucción de la presunción de culpa que dicho artículo consagra, o a la inversión de la carga probatoria que él comporta, la Corte tendría que examinar forzosamente las pruebas que con esas finalidades se allegaron al proceso, para determinar si fueron o no debidamente apreciadas por el Tribunal, y ello está indicando que la censura en tales circunstancias, debió formularse por la vía indirecta. La impugnación por vía directa basada en errónea apreciación que del material probatorio ha hecho el Tribunal no se ajusta por lo tanto a la técnica del recurso extraordinario de casación y en consecuencia, se impone su rechazo.

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 23 de enero de 1967, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio en el juicio ordinario de Alcides Torres Quintero frente a José Martín Cortés Bejarano y José Gregorio Reyes.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

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

Heriberto Caycedo M., Secretario.

SIMULACION

Casación técnica. — Normas sustanciales: los artículos 764, 765 y 768 no lo son. — Normas instrumentales: Su violación única no lleva a la prosperidad del recurso.

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

(Magistrado Ponente: Doctor. Alfonso Peláez Ocampo).

(Aprobado: Acta número 22 de marzo 15 de 1971).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de julio 6 de 1967, proferida por el Tribunal Superior de Rionegro en este Juicio Ordinario de José Jesús, Carmen Emilia, María del Socorro, María Liberata Concepción y María Lucila Hincapié Hernández contra María Gemida Valencia viuda de Hincapié, José Obed, María, Jesús María y Raúl Hincapié Valencia y Gilma Gil viuda de Hincapié, esta última en nombre propio y como representante legal de sus hijos menores Rómulo y Heriberto Hincapié Gil.

El litigio

Los demandantes antes nombrados solicitaron que frente a los demandados se hicieran las siguientes declaraciones:

Que el acto jurídico de compraventa contenido en la escritura pública número 439, de junio 24 de 1953, de la Notaría de El Peñol, es simulado y aparente.

Que el acto jurídico real disimulado con el aparente, es el de una donación entre vivos, está afectado de nulidad absoluta y no puede producir efectos por no haber sido insinuada judicialmente.

Que como consecuencia de tales declaraciones, debe ordenarse la cancelación de la escritura mencionada y de su registro.

Que como consecuencia, igualmente, se ordene la cancelación de la escritura pública número 440 de junio 24 de 1953, de la Notaría de El Peñol, su registro y el de la sentencia aprobatoria de la partición de bienes en el juicio de sucesión de José de la Cruz Hincapié, relativa a la adjudicación del inmueble singularizado en el hecho cuarto de la demanda.

Que consecuencialmente, "la simulación del contrato de compraventa y la declaratoria de nulidad absoluta del acto jurídico de donación entre vivos, afecta la posición jurídica de la señora Gilma Gil viuda de Hincapié y de sus hijos menores Rómulo y Heriberto Hincapié Gil, razón por la cual deben proceder a la restitución del inmueble a la que se refiere la demanda, dentro del término que ... señala ... la sentencia, a los herederos de la señora Damiana Hernández viuda de Hincapié, por haber causado grave menoscabo a sus legítimas rigurosas".

Que la restitución referida deberá hacerse con los frutos naturales y civiles producidos por el inmueble, desde el momento en que aparentemente salió del patrimonio de la mencionada causante, y de los pendientes

al momento de la restitución, como poseedores de mala fe.

Que se condene a los demandados en costas.

En síntesis. la causa petendi afirmada fue la siguiente:

José María Hincapié Salazar y Damiana Hernández contrajeron matrimonio católico y de esta unión son hijos legítimos: María Liberata, Carmen Emilia, María del Socorro, María de los Dolores, José María, María Concepción, María Lucila, José de la Cruz y José de Jesús, mayores de edad y vivos en la actualidad a excepción del penúltimo.

Los cónyuges Hincapié-Hernández adquirieron bienes de consideración, los que, a la muerte del marido, fueron liquidados, distribuídos y adjudicados en el juicio de sucesión correspondiente. La cónyuge sobreviviente, recibió la mitad del patrimonio, en la cual se incluyó: "Una finca territorial, con casa de habitación con tapias y tejas, los muebles y enseres existentes en ella, sementeras, pastos y demás mejoras y anexidades, situada en la vereda La Magdalena, jurisdicción del Municipio de El Peñol (A.), denominada Bella-Vista, comprendida por los siguientes linderos: 'Del río Rionegro a una mata de guadua, lindando con Alejandro Gil; sigue línea recta al camino viejo de herradura sigue por éste lindando con Damiana Hernández viuda de H. a encontrar lindero con Débora Atehortúa; con ésta al camino que gira para Concepción; sigue de para arriba hasta encontrar una chamba que está en lindero con Miguel Giraldo O.; sigue ésta abajo hasta un alambrado; sigue por éste a un caño que sale al Rionegro; sigue en chamba al primer lindero'."

Damiana Hernández viuda de Hincapié, no obstante el estado mental lúcido que conservó hasta su muerte, "no disfrutó de condiciones favorables para la organización y administración de su patrimonio", razón por la cual debido a presiones de sus hijos llevó a efecto negocios en contra de la integridad del mismo, hasta el extremo de que cuando falleció carecía de bienes de fortuna. "Fue así como uno de sus hijos, contando con el gran afecto que le profesaba su señora madre doña Damiana Hernández viuda de Hincapié, logró planear una maniobra jurídica que tuvo como resultado que el valioso inmueble que se describe en el aparte segundo del hecho cuarto de la presente demanda, se incorporara ilegalmente a su patrimonio, primero, y luego, después de su muerte, a su esposa señora Gilma Gil de Hincapié y a sus hijos menores Rómulo y Heriberto Hincapié Gil, quienes poseen actualmente el inmueble denominado Bella-Vista. La maniobra planeada por el señor José de la Cruz Hincapié Hernández consistió en que logró la simulación relativa de un acto jurídico de compraventa, celebrado primero entre la señora Damiana Hernández viuda de Hincapié, como vendedora, y el señor Eleázar Hincapié Salazar, como testaferro comprador, primero; y luego, la simulación relativa, también, de una nueva operación jurídica de compraventa entre el mismo señor Eleázar Hincapié Salazar, como aparente vendedor, y el señor José de la Cruz Hincapié, como supuesto y aparente comprador".

Para la prosperidad de la "maniobra jurídica" se aprovecharon un sinnúmero de circunstancias favorables: el ser Eleázar Hincapié Salazar cuñado de Damiana Hernández viuda de Hincapié y sujeto de gran afecto familiar por ésta; la confianza que el nombrado Eleázar inspirara a la dicha señora y a su hijo José de la Cruz Hincapié, dadas sus cualidades morales, y el afecto profesado por la misma señora a este último, su ancianidad y las promesas hechas de que en vida suya no se dispondría del inmueble.

"En efecto, por medio de las escrituras públicas números 439 y 440 de 24 de junio de 1953, ambas de la Notaría del Circuito de El Peñol (A.), se concretó la maniobra jurídica planeada, en perjuicio de la señora Damiana Hernández viuda de Hincapié, primero, y luego, fallecida ésta, en perjuicio de sus herederos legítimos, por haber afectado dichos actos de una manera abso-

luta la porción legitimaria que a éstos corresponde, con el desarrollo del acto real y aparente de donación y que se quiso disimular con dos operaciones jurídicas sucesivas de compraventa. Por medio de la escritura número 439 citada, la señora Damiana Hernández viuda de Hincapié dijo aparentemente venderle a Eleázar Hincapié Salazar el inmueble denominado Bella-Vista, descrito por sus linderos en el aparte segundo del hecho primero de la presente demanda. Y, por medio de la distinguida con el número 440, el señor Eleázar Hincapié dijo aparentemente venderle a José de la Cruz Hincapié el mismo inmueble".

El acto simulado realizado constituye el fenómeno jurídico denominado simulación relativa, que implica la coexistencia de dos actos: uno aparente, el de compraventa, llevado a cabo con todos los requisitos formales del caso, y otro, completamente real, que concreta las intenciones de los simuladores, el de donación.

Fallecidos Eleázar Hincapié Salazar y José de la Cruz Hincapié H., Damiana Hernández viuda de Hincapié, demandó a las sucesiones de éstos, para que se declarase la simulación y la prevalencia del acto oculto, y subsidiariamente la nulidad y la restitución del inmueble cuestionado a su patrimonio, pero cediendo a presiones muy explicables desistió del juicio. Este desistimiento no afecta —dicen los demandantes— sus derechos de herederos, puesto que ejercitan la acción de prevalencia como terceros perjudicados y son ajenos al juego simulatorio planeado y llevado a efecto por los intervinientes en el otorgamiento de las escrituras públicas números 439 y 440 de las fechas y procedencia citadas antes.

Damiana Hernández viuda de Hincapié, de una parte, confesó la simulación contenida en tales escrituras públicas con la demanda antes mencionada, y de otra, existe la declaración de confeso de Eleázar Hincapié Salazar, sobre ese mismo punto.

Finalmente, en el juicio de sucesión de José de la Cruz Hincapié Hernández, el inmueble alindado en la demanda fue adjudicado a Gilma Gil viuda de Hincapié, cónyuge sobreviviente, y a sus hijos menores Rómulo y Heriberto Hincapié Gil, "quienes lo poseen actualmente".

Notificados en legal forma de la demanda, los demandados, solamente Obed Hincapié Valencia y Gilma Gil de Hincapié en nombre propio y en el de sus hijos Rómulo y Heriberto Hincapié Gil, descorrieron el traslado diciendo ignorar algunos hechos, desconociendo otros, oponiéndose a las súplicas y proponiendo las excepciones de prescripción de la acción, prescripción adquisitiva del dominio y cosa juzgada. Jesús o Jesús María Hincapié Valencia no contestó la demanda, Raúl Hincapié Valencia y María o Maruja Hincapié de Hincapié descorrieron el traslado sin hacer oposiciones y María Valencia viuda de Hernández aceptó, "como ciertos todos los hechos expuestos en el libelo".

Con sentencia de marzo 17 de 1967, el Juez Promiscuo Municipal de El Peñol, clausuró la primera instancia del juicio, declarando "la existencia de las excepciones propuestas, especialmente la de prescripción adquisitiva de dominio" y decidiendo "que no hay lugar a ninguna de las solicitudes impetradas". El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Rionegro, quien conoció de la segunda instancia por apelación interpuesta por la parte demandante, en sentencia de julio 6 de 1967, confirmó la providencia del a-quo. Contra la decisión del Tribunal recurrió en casación la parte demandante.

La sentencia del Tribunal

Luego del obligatorio recuento de los sucesos acaecidos en la primera instancia del juicio, que culminaran con la resolución final de ella, desfavorable para la parte demandante, el Tribunal anuncia que estudiará el fondo del negocio, lo que no hizo —en su concepto— el a quo, quien se limitó a definir la excepción de prescripción adquisitiva del dominio. Proveyendo en tal sentido, estudia la simulación de actos jurídicos y expone que ella consiste "en el acuerdo que hacen las partes celebrantes en virtud

del cual dan carácter de declaración a un designio divergente de sus pensamientos íntimos, con el fin de engañar, ya sea inocentemente, ya en perjuicio de la ley o de terceros". Agrega que la simulación por sí misma no es ilícita, "porque puede tener inclusive una finalidad noble" y que "cuando los contratantes llevan a cabo un acto simulado realizan un negocio jurídico sólo aparente con interés de efectuar otro distinto (simulación relativa), o de no verificar ninguno (simulación absoluta)". De los elementos constitutivos e indispensables de la simulación relativa que —en su concepto— es el caso de autos, dice que son: el acuerdo entre las partes, el propósito de engañar, inocuo o en perjuicio de terceros o de la ley, y la disconformidad entre la voluntad y la declaración.

Según el sentenciador, hay simulación relativa cuando las partes concluyen un negocio diverso del pensado, en la forma, modalidad, persona, fecha, etc., situación en la cual el acto ostensible disfraza el real, como cuando una compra-venta oculta una donación, o cuando mediante interpuesta persona se realiza un negocio que en realidad es de persona diversa.

Distingue el sentenciador la prueba de la simulación, según se trate de quienes han actuado como partes en el contrato o de terceros lesionados con el acto simulado, y dice que cuando los herederos accionan como hubiera podido hacer el causante, quedan sometidos a la reserva o restricción de la prueba, mas no así cuando tratan de demostrar un fraude a sus derechos hereditarios, caso en el cual son terceros con facultad de probar por todos los medios la lesión de sus derechos.

Aplicando al caso los principios expuestos, dice el Tribunal "que las escrituras marcadas con los números 439 y 440, ambas de fecha 24 de junio de 1953, son actos simultorios del contrato oculto o secreto de donación que se ajustó entre las partes, tantas veces citadas, en el curso de esta providencia y este acto intrínseco ningún valor puede revestir por la falta de insinuación".

Refiérese el sentenciador a la prueba indiciaria de la simulación y expresa que existen los indicios graves "que arrancan convicción o certeza sobre la existencia del vicio de la simulación en los actos jurídicos ya mencionados y protagonizados entre doña Damiana y Eleázar su cuñado, de un lado, y entre éste y José de la Cruz del otro, en aquel día 24 de junio de 1953, y son: a) El otorgamiento de ambas escrituras el mismo día, 24 de junio; b) El hecho de ambas acusar el mismo precio de la compraventa, o sea $ 15.000.00 y; c) Ambas sujetas a la condición de que "no podrá disponer o vender la propiedad comprada ni parte de ella, mientras la señora Damiana Hernández viuda de H. viva". Estos hechos, que son concretos, son los indicantes o indicadores y están plenamente demostrados en el proceso —dice el Tribunal— con la declaración de Néstor Marín A., testigo instrumental en las escrituras públicas 439 y 440 de la fecha y procedencia arriba mencionadas, la cual transcribe en el fallo, con la demanda incoada por Damiana Hernández viuda de Hincapié contra las sucesiones de Eleázar Hincapié Salazar y José de la Cruz Hincapié H., y con la declaratoria de confeso del primero originada en actuación seguida ante el Juez Civil del Circuito de Marinilla.

"Lo dicho es bastante —concluye el sentenciador en este aparte del fallo— para aceptar como demostrado el vicio de la simulación que afecta a los actos jurídicos que el 24 de junio de 1953, se celebraron y que fueron cristilizados por las escrituras de números y fechas arriba anunciados y que contribuyen también a establecer los elementos constitutivos e indispensables del negocio jurídico aparente (simulación relativa) o sean: a) El acuerdo entre las partes; b) El propósito de engañar, ya sea inocuo, o en perjuicio de terceros o de la ley; c) La ninguna conformidad entre la voluntad y la declaración. En otras palabras, el acto verdadero y ostensible fue el de una donación".

Refiérese el sentenciador a las excepciones propuestas por la parte demandada, especialmente Gilma Gil viuda de Hincapié,

en nombre propio y en el de sus hijos Rómulo y Heriberto, quien afirma que es poseedora de más de diez años, con justo título "como son las hijuelas debidamente registradas, fuera del tiempo anterior a la muerte" de su esposo. Agrega el Tribunal que la afirmación cuestionada se relaciona con las adjudicaciones que se hicieran a dichas personas, mediante las hijuelas 2, 3 y 4, en el Juicio de Sucesión de José de la Cruz Hincapié, de la finca denominada "Bella Vista", en la proporción de una mitad para la cónyuge sobreviviente y de la cuarta parte para cada uno de sus hijos menores. Estudia a continuación las nociones de justo título y buena fe inicial en la posesión, transcribe apartes de una sentencia de la Corte Suprema de Justicia sobre tales nociones y previa interpretación de los artículos 764 y 768 del Código Civil, expone: "Pudiera pensarse, a primera vista, que la circunstancia, contraindicante, por parte de Gilma Gil viuda de H., radica en el posible conocimiento que del vicio de la simulación tuvo, cuando una vez adjudicadas las hijuelas de que ya se habló, sabía la existencia de dicho vicio y que, en tal virtud, no podía ser poseedora regular, y en segundo lugar, como consecuencia, la falta de la buena fe. Resulta pues, de cardinal importancia establecer si Gilma Gil cuando adquirió o le fue adjudicada la hijuela correspondiente al inmueble, hoy en litigio, estuvo o no asistida de esa buena fe inicial, no importa el hecho de que posteriormente y en virtud de la acción de simulación instaurada por doña Damiana contra la sucesión de Eleázar Hincapié su cuñado, y José de la Cruz Hincapié, su hijo, forzosamente hubiese tenido conocimiento de que su título no era justo".

En aparte especial, el Tribunal se refiere a la "conciencia de la ilicitud del hecho o de su significado antijurídico" y recordando algún concepto del tratadista Maggiore dice que la buena fe es la conciencia de obrar legalmente y expone que en parte alguna de este proceso, existe la prueba, así sea indirecta, del conocimiento que pudiera tener la señora Gil viuda de Hincapié sobre la simulación que afectaba al título del inmueble que, a buena cuenta de gananciales, recibió de los bienes pertenecientes a su esposo José de la Cruz, pues el testimonio del señor Néstor Marín Atehortúa, que invoca, en manera alguna sirve para demostrar el hecho de que doña Gilma de H., tenía ese conocimiento"; que el testigo depone sobre la intervención de Damiana Hernández viuda de Hincapié, Eleázar Hincapié Salazar y José de la Cruz Hincapié H., pero no menciona a la esposa de éste, como sabedora de la simulación de los contratos celebrados, y que su buena fe no se mengua con el conocimiento posterior de la simulación por la demanda de la primera contra las sucesiones de los segundos. Y así, dando por demostrada la posesión material de la demandada Gilma Gil de Hincapié y de sus hijos Rómulo y Heriberto sobre el inmueble, por el tiempo que exige la ley, con la propia demanda y con alguna inspección ocular practicada en el plenario, concluye el Tribunal confirmando la sentencia del aquo, en cuya parte resolutiva se reconoce la excepción perentoria de prescripción adquisitiva del dominio de parte de los poseedores materiales dichos.

El recurso de casación

El censor formula dos cargos a la sentencia de segunda instancia, ambos en la órbita de la causal primera.

Primer cargo

"La sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Rionegro es violatoria de la ley sustantiva —dice la censura— por infracción indirecta por error de hecho consistente en que la entidad mencionada considera justo título las hijuelas expedidas por el señor Notario del Circuito de El Peñol, a la señora Gilma Gil de Hincapié y en favor de sus hijos menores José Obed y otros en la sucesión del señor José de la Cruz Hincapié esposo y padre legítimo de los mismos. El error de hecho consiste —agrega— en que el Tribunal consideró establecida y probada la buena fe de la señora Gil de Hincapié y de sus hijos menores, sin que exista prueba adecuada ni de otro género en los autos. Y, también, en haber desestimado la declaración de Néstor Marín

Atehortúa y de los numerosos indicios establecidos en el proceso, en el sentido de que la señora Gil de Hincapié conoció y tomó parte en los actos aparentes y fraudulentos acusados en la demanda y a que se refiere la acción de prevalencia y consiguiente nulidad que de dichos actos se suplican en la demanda".

En concepto del censor, los títulos de Gil ma Gil viuda de Hincapié y de sus hijos Rómulo y Heriberto Hincapié sobre el inmueble de que trata la demanda, no son justos, ni confieren una posesión regular, ni ellos adquirieron de buena fe, ni conservó esta calidad durante el tiempo de posesión, "por la circunstancia de que ella formaba parte del círculo familiar dentro del cual transcurrieron y se llevaron a efecto dichas operaciones". Transcribe un aparte de la sentencia impugnada que trata de la buena fe en materia posesoria y dice que "de conformidad con la teoría de los hechos públicos y notorios, cuya virtud es la exoneración absoluta de la prueba, la señora Damiana Hernández viuda de Hincapié, dedicó los últimos años de su vida a traspasar todo su patrimonio a aquellas personas que estaban más próximas a ella en su círculo familiar. Y de este formaba parte la señora Gilma Gil de Hincapié, pues era nada menos que la esposa legítima de José de la Cruz Hincapié Hernández, hijo legítimo de la aparente vendedora" y que "este hecho o circunstancia, mediante la aplicación del método de la inducción reconstructiva, está demostrando que la demandada sí conocía a cabalidad las maniobras y los alcances aparentes y reales de los actos celebrados por doña Damiana Hernández de Hincapié y el señor Eleázar Hincapié y posteriormente, entre éste y su esposo José de la Cruz Hincapié Hernández"; afirma que la inducción reconstructiva, esencialmente indicadora, está corroborada por la declaración de Néstor Marín Atehortúa, la cual transcribe, y dice que por ser la buena fe un hecho íntimo, psicológico, su peculiar naturaleza determina la presunción legal en favor de la adquirente.

Según el censor, el adquirente de mala fe se esfuerza por dar apariencia de legalidad o legitimidad a todos los actos relacionados con su falsa posición jurídica, y que en el caso del litigio es visible el esfuerzo de Gilma Gil viuda de Hincapié para que Damiana Hernández viuda de Hincapié desistiera de la demanda instaurada, y que si la adquisición de ésta y sus hijos hubiera estado acompañada de la creencia de que adquiría el dominio por medios legítimos exentos de fraude y de todo vicio, "entonces por qué ese forcejeo que a veces llegó hasta el dramatismo por persuadir a su suegra para que desistiera de la acción de simulación que había intentado".

Finalmente, dice el censor que "como fácilmente se desprende de los apartes anteriores de la sentencia acusada, el Tribunal optó por el camino fácil de la presunción, y, desestimó las pruebas muy ostensibles de mala fe que obran en los autos, como indicios necesarios y la declaración de Néstor Marín que es muy eficiente sobre este punto. Recorrido este equivocado camino, ya era fácil la violación indirecta de los artículos 764, 765 y 768 del C. C."

La Corte considera

El cargo no se acomoda a la preceptiva técnica del recurso extraordinario de casación.

1. Según doctrina constante de la Corte "la primera causal de casación es siempre la de violación de ley sustancial, en la cual puede incurrir el fallador de tres maneras diferentes: por infracción directa, por errónea interpretación y por aplicación indebida, y como cada uno de esos casos deriva de fuentes distintas, se ha exigido, en orden al éxito del recurso y atendiendo a la limitada libertad con que la Corte actúa en casación, que el recurrente concretamente exprese, con claridad y precisión, por cuál de los tres casos de violación de la ley acusa la sentencia. De allí que se haya llegado hasta sostener que la Corte no puede tener en cuenta los motivos de casación consistentes en infracción de determinadas disposiciones sustanciales, cuando el recurrente no expresa el concepto de la infracción o cuando expre-

sando alguno, no acierta con el que en realidad correspondía y debía invocar". (LXI, 398).

No expresa el censor el concepto de la infracción, pero como acusa la sentencia de violación indirecta de ley sustancial por error de hecho y en el desarrollo del cargo ataca la aplicación de los artículos 764 y 765 hecha por el sentenciador, a los cuales agrega el 768, encuentra la Corte que el ataque y el concepto de la violación es el de aplicación indebida de tales preceptos.

Sucede, empero, que el pretendido error de hecho no lo refiere la censura a una prueba determinada, como es de orden legal y doctrinario, de cuya apreciación por el sentenciador resulta la contraevidencia, sino a las conclusiones que de las pruebas dedujo el sentenciador, concernientes a la buena fe posesoria de Gilma Gil viuda de Hincapié y sus hijos Rómulo y Heriberto Hincapié Gil, lo cual constituye un planteamiento equivocado del recurso de casación, pues el error de hecho debe versar sobre la objetividad misma de la prueba, sobre su existencia o inexistencia en el juicio.

El error de hecho consiste —anota la censura— en que el Tribunal "considera justo título las hijuelas expedidas por el señor Notario del Circuito de El Peñol a la señora Gilma Gil de Hincapié y en favor de sus hijos..." Igualmente que "los títulos a que se refiere la demanda no son justos porque no confieren el carácter de regular a la posesión ejercida por la señora Gilma Gil de Hincapié, por sí misma y en representación de sus hijos...", todo lo cual son conclusiones de la sentencia, no yerro susceptible de enmienda en casación puesto que "en el ataque al fallo del Tribunal no es suficiente presentar un criterio distinto al del juzgador, ni señalarle caminos de discernimiento, sino, concretamente, mostrar el error de hecho ostensible, si de esto se trata, o demostrar el de derecho por el desvío en la ponderación de la prueba en relación con las normas de la tarifa que consagran su valor". (CVI, 115, 2ª), pues el recurso referido no conforma una tercera instancia en el cual pueda volverse sobre el juzgamiento global de las pruebas, al cual invita el censor a la Corte cuando acusa al Tribunal de haber desestimado las "muy ostensibles de mala fe que obran en el juicio, como indicios necesarios y la declaración de Néstor Marín Atehortúa que es muy eficiente sobre este punto".

2. Además de lo anterior, ya de por sí suficiente para despachar en forma desfavorable el cargo en estudio, **los artículos 764, 765 y 768 del Código Civil, indicados como violados por el sentenciador, no conforman normas sustanciales, en cuyo beneficio pueda operar el recurso de casación.**

"Exhaustivamente lo tiene declarado la jurisprudencia —dice la Corte— en sentencia proferida en el Juicio Ordinario de los sucesores de Eugenio Méndez contra Emiliano Méndez y otro, —aún no publicada— con fundamento en la preceptiva legal, que el motivo primero de casación que parece ser el alegado en la censura que se despacha y que consiste en el quebranto de la ley, se refiere precisa e invariablemente a las normas **sustanciales**, antes denominadas **sustantivas**, o sea a aquellas que, en razón de una situación fáctica concreta, declaran, crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas también concretas entre las personas implicadas en tal situación; y que, por el contrario, el referido ataque es impertinente cuando la impugnación del fallo se hace estribar en la violación de normas **instrumentales**, categoría a la cual pertenecen las que se limitan, por vía didáctica, a ofrecer definiciones, enumeraciones, clasificaciones, etc."

El artículo 764 del Código Civil, invocado, por la censura, define la posesión regular y por exclusión del concepto la irregular. El artículo 765 clasifica el justo título en constitutivo y en traslaticio de dominio y expresa cuáles son unos y cuáles son otros. Y el artículo 768 define la buena fe en la adquisición del dominio. Todos estos preceptos son simplemente instrumentales y su violación única no lleva a la prosperidad del recurso de casación, cuya oportunidad y procedencia implica el quebranto de normas sustanciales.

El cargo, en consecuencia, es inane y no prospera.

Segundo cargo

En concepto de la censura, la sentencia del Tribunal es violatoria de ley sustancial por infracción indirecta de los artículos 2512, 2518 y 2530 del Código Civil, a los cuales agrega, en el desarrollo del cargo, los artículos 2528 y 2529 de la misma obra. "A esta violación llegó el Tribunal —dice— por error de hecho consistente en haber estimado como poseedores regulares del inmueble denominado Bella-Vista a la señora Gilma Gil viuda de Hincapié y a sus hijos menores, como también por haber estimado que dicha posesión fue de más de diez años, sin que exista medio probatorio alguno que autorice la presunción del Tribunal sentenciador".

La censura interpreta los artículos citados, de los cuales deduce que la prescripción adquisitiva del dominio requiere posesión regular y lapso de diez años. "El error del Tribunal —dice— consistió en exonerar a la demandada Gil viuda de Hincapié y a sus hijos menores de la prueba de esta excepción como medio adquisitivo y para lograrlo, resolvió sostener que bastaba la afirmación de la demanda de que la señora mencionada y sus hijos poseen en la actualidad el inmueble". De consiguiente, le imputa al Tribunal error de hecho en la apreciación de la demanda en lo que respecta a esta afirmación y de la inspección ocular que se practicó a instancia de la parte demandante. En aquella, por cuento de la aseveración de que una persona posee actualmente un inmueble, no puede colegirse el tiempo de dicha posesión, y que aún en el supuesto de que se tratara de una confesión "ésta no tiene la fuerza demostrativa sobre hecho crónico y continuado que constituye o debe constituir la posesión regular por un lapso mayor a diez años". Y en la de la inspección ocular, por cuanto "no puede acreditar de ningún modo el concepto de explotación económica, dizque por la circunstancia de que encontraron porciones de la extensión superficial de la finca denominada Bella Vista con cultivos de maíz y otros cereales, por la razón muy sencilla de que dicha diligencia no demostró a quién o quiénes pertenecían dichos cultivos".

A la demanda —agrega la censura— correspondía probar los hechos que establecieran la prescripción adquisitiva que alegó, pero que nada demostró, como quiera que no solicitó la práctica de pruebas.

"La inspección ocular que fue practicada a instancia de la parte demandante, tuvo por objeto, exclusivamente, la demostración de que el inmueble cuya restitución se solicita es el mismo a que se refieren las escrituras públicas objeto de la acción de simulación y prevalencia de los actos ocultos. Su destinación probatoria, fue, pues, sumamente clara... Pero de esta diligencia extrajo el Tribunal no solamente la posesión y explotación económica, sino la continuidad de ésta, y el lapso prescriptorio de diez años..."

La Corte considera

1. La censura acusa la sentencia de segunda instancia de infracción indirecta de ley sustancial "consistente en haber estimado como poseedores regulares del inmueble denominado "Bella Vista" a la señora Gilma Gil viuda de Hincapié y a sus hijos menores, como también por haber estimado que dicha posesión fue de más de diez años, sin que exista medio probatorio alguno que autorice la presunción del Tribunal sentenciador". Y en el desarrollo del cargo, agrega que el error referido "consistió en exonerar a la demandada Gil y a sus hijos menores de la prueba de esta excepción como medio adquisitivo" y que para lograr tal propósito apreció erróneamente la demanda, puesto que en ella había que hacer mención de la posesión actual de los demandados, siendo inaceptable la deducción del Tribunal del lapso de prescripción suficiente para la prosperidad de la excepción que se declaró demostrada. "Le dio, pues, a este medio probatorio un alcance demostrativo que no tiene, error que lo indujo a la infracción indirecta de los preceptos sustantivos citados", y que igualmente apreció erróneamente la inspección ocular, incurriendo en yerro de hecho, por cuanto mediante ella dio por establecida la posesión y su continuidad.

Del contexto del cargo, debe entenderse que la acusación se hace por razón de la causal primera del artículo 52 del Decreto 528 de 1964 y más precisamente, su inciso 2º, por cuanto alude a quebranto indirecto de ley sustancial por error de hecho cometido por el sentenciador en la apreciación de la demanda y de la inspección ocular practicada en juicio y por suposición de medios demostrativos del término hábil para la usucapión.

2. El cargo adolece de deficiencia técnica en su formulación pues el artículo 83 del Decreto 528 de 1964, ordena que la demanda de casación además de contener un resumen de los hechos debatidos en el juicio y la cita de las normas sustanciales que el recurrente estime infringidas, debe expresar "la causal que se aduzca para pedir la infirmación del fallo, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella" lo que no se cumplió por el recurrente, pues no indicó si las normas que dice sustanciales fueron violadas indirectamente por falta de aplicación o por aplicación indebida, causales éstas de procedencia del recurso de casación señaladas por el artículo 52 del mismo Decreto, cuando la violación se hace depender de errores de hecho o de derecho por apreciación errónea o falta de apreciación de determinada prueba.

Sin embargo, como del desarrollo del cargo claramente se deduce que el censor acusa la sentencia por quebranto de normas que estima sustanciales, por aplicación indebida de ellas y a causa de errores de hecho en la apreciación de las pruebas de la posesión regular de Gilma Gil de Hincapié y sus hijos Rómulo y Heriberto sobre el inmueble alindado en el libelo en los cuales el sentenciador se fundó para declarar la excepción de prescripción ordinaria adquisitiva del dominio, estudia la Corte el cargo.

Se incurre en violación de ley sustancial por aplicación indebida, "cuando entendida rectamente la norma se le emplea sin ser pertinente el asunto que se controvierte" y se comete error de hecho en la apreciación de una prueba "cuando el sentenciador no vio la que obra en el juicio o supuso la que no existe en él, hipótesis éstas que comprenden la desfiguración de la prueba, bien sea porque se le agregó algo que le es extraño o porque se le cercenó su real contenido. Requiérese, además, que la conclusión sobre la cuestión de hecho a que llegó aquel por causa del error, sea contraevidente, vale decir, contraria a la realidad fáctica establecida por la prueba y que el yerro cometido incida en la decisión, pues de lo contrario carecería de eficacia impugnativa" (doctrina de la Corte, en sentencia proferida en el Juicio Ordinario de Fabio Durán Hernández contra Raúl Gutiérrez).

La parte demandada propuso la excepción de prescripción ordinaria adquisitiva del dominio y el sentenciador dijo que "la hace consistir en el hecho del dominio con justo título y la fundamenta en lo siguiente: '...pues llevamos más de 10 años de poseer esa tierra con un justo título como son las hijuelas debidamente registradas, fuera del tiempo anterior a la muerte de mi esposo'. En este sentido excepciona la señora Gilma Gil vda. de Hincapié, en su propio nombre y en el de sus hijos menores Rómulo y Heriberto". Y continúa el sentenciador:

"Se refiere, sin duda alguna, a las hijuelas distinguidas con los Nos. 2, 3, y 4. Por la primera se adjudicó a Gilma, cónyuge sobreviviente, del finado José de la Cruz Hincapié, la mitad proindiviso, de la finca sita en la vereda "La Magdalena" y en jurisdicción de "El Peñol" y denominada "Bella Vista" o "La Dama"; por la Nº 3 y al menor Rómulo Hincapié, la cuarta parte, proindiviso, de la ya citada finca y, por la Nº 4, al menor heredero Heriberto Hincapié Gil, la cuarta parte, proindiviso de la misma finca, precisamente, esta hijuela se refiere al inmueble, hoy materia del litigio. Cabe advertir que de estas hijuelas da cuenta la escritura 1015, de fecha 15 de diciembre de 1954 y protocolizada en debida forma...

"Mas, como también se ataca el medio exceptivo, por la carencia de la prueba adecuada tendiente a demostrar la posesión re-

gular, la cual se desplaza a los actos de explotación económica del inmueble, a que se contrae la demanda, se observa: en primer lugar, dicha posesión fue admitida en forma expresa por la parte actora en su libelo de demanda, cuando en la parte final del hecho clasificado en el ordinal decimosexto, refiriéndose a dicho inmueble, expresa: 'quienes lo poseen actualmente'. Vale decir, admite o confiesa, que lo están poseyendo, durante más de diez años...

"Como si lo anterior fuese poco, dicha posesión por parte de Gilma Gil, está suficientemente acreditada en la diligencia de inspección ocular visible a fs. 12 del informativo. En dicho documento, ordinal segundo, se dice: 'La extensión superficiaria del terreno la consideramos en una extensión aproximada de quince (15) cuadras, de las cuales hay cinco en cultivo de plátano, maíz y otras sementeras, y el resto de la superficie se encuentra en potreros'. No se discute, pues, que también por este aspecto, se demuestra la posesión..."

3. "El Tribunal y también el juzgado —dice el censor— apreciaron erróneamente los siguientes medios probatorios:

"1º La afirmación que se hace en el libelo de demanda que la demandada Gil y sus hijos poseen actualmente el inmueble.

"2º La inspección ocular que se practicó a instancia de la parte demandante para acreditar la posesión de la demandada y la identificación del inmueble".

El sentenciador, según los propios términos del fallo, dio por demostrada la posesión regular de los demandados, por término mayor de diez años, sobre el inmueble "Bella Vista" o "La Dama", base de la prescripción adquisitiva de dominio, declarada como excepción, con arreglo a la apreciación que hizo de las hijuelas de adjudicación de dicho inmueble, en el juicio de sucesión de José de la Cruz Hincapié Hernández, a favor de la cónyuge sobreviviente Gilma Gil de Hincapié y sus menores hijos Rómulo y Heriberto, de las cuales "da cuenta la escritura 1015, de fecha 15 de diciembre de 1954, y protocolizada en debida forma" y asimismo de la afirmación de la parte demandante en el libelo, de que los demandados eran los poseedores actuales del inmueble, y el resultado de una inspección ocular, solicitada, dice el censor, "para acreditar la posesión de los demandados".

En el cargo primero, la censura plantea el error de hecho en la apreciación del sentenciador, respecto de las hijuelas de adjudicación referidas, argumentando que de ellas no resultaban el justo título y la buena fe de la posesión regular, cargo que por no haber prosperado y no existir otro sobre el mismo punto, deja en pie las conclusiones del Tribunal al respecto. Por consiguiente, la Corte debe despachar este segundo cargo sobre la base de que los demandados son poseedores regulares del inmueble.

En este segundo cargo, se acusa la sentencia por error de hecho proveniente de adulteración de la demanda y la inspección ocular dichas, en el sentido de ver en ellas demostrado el término de diez años en el ejercicio de la posesión por los demandados. Pero la supuesta adulteración no es manifiesta u ostensible ni conforma la contraevidencia necesaria a la prosperidad del cargo. El sentenciador fundó su conclusión en el hecho decimosexto de la demanda, especialmente su parte final, hecho en el cual se afirma que "fallecido el señor José de la Cruz Hincapié Hernández se siguió el correspondiente juicio mortuorio, y el inmueble descrito en el aparte segundo del hecho cuarto de la presente demanda fue adjudicado a la señora Gilma Gil v. de Hincapié y a sus hijos, quienes lo poseen actualmente". El mismo sentenciador, ya había destacado precedentemente la circunstancia de que "de estas hijuelas da cuenta la escritura 1015, de fecha 15 de diciembre de 1954 y protocolizada en debida forma..."

La parte demandante afirmó la posesión actual de la parte demandada y no pretendió en ningún paso de la demanda o en sus distintas actuaciones que Gilma Gil de Hincapié y sus hijos Rómulo y Heriberto hubieran dejado de ser poseedores a contar de la muerte de su causante José de la Cruz Hin-

capié Hernández, o que éste no hubiera sido poseedor o que no hubiera adquirido la posesión del inmueble, por la transferencia del dominio que le hizo Eleázar Hincapié Salazar, según escritura pública número 440, de junio 24 de 1953, de la Notaría de El Peñol. Por el contrario, esa posesión se halla demostrada por la misma declaración que la parte demandante hizo en los hechos sexto y décimo segundo del libelo. En el sexto, en cuanto admite que el acto jurídico que considera simulado "tuvo como resultado que el valioso inmueble que se describe en el aparte segundo del hecho cuarto de la presente demanda, **se incorporara ilegalmente a su patrimonio** (el de José de la Cruz Hincapié Hernández); **primero y, luego, después de su muerte, a su esposa señora Gilma Gil de Hincapié y sus hijos menores Rómulo y Heriberto Hincapié Gil, quienes poseen actualmente el inmueble denominado "Bella-Vista".** "Y en el décimo segundo, porque la misma parte afirma que "la señora Damiana Hernández v. de Hincapié, cuando aún vivía, estableció demanda ordinaria contra la sucesión de Eleázar Hincapié y contra la mortuoria de José de la Cruz Hincapié Hernández, **pidiendo la declaratoria de simulación y prevalencia del acto oculto y real, y en subsidio, la nulidad del mismo, como también la restitución del inmueble a su propio patrimonio...**" (Subraya la Corte). De manera que al interpretar la demanda el Tribunal no incurrió en contraevidencia, pues el término de más de diez años de posesión del inmueble por los demandados resulta establecido así: a) por la fecha de las hijuelas de adjudicación de Gilma Gil de Hincapié y sus hijos Rómulo y Heriberto Hincapié Gil en el juicio de sucesión de José de la Cruz Hincapié Hernández, cuyo registro data del 1º de diciembre de 1954; b) por el contexto de la demanda, principalmente en sus hechos sexto, decimosegundo y decimosexto.

El sentenciador expresa, además, que "como si lo anterior fuera poco, dicha posesión por parte de Gilma Gil, está suficientemente acreditada en la diligencia de inspección ocular visible a fls. 12 del informativo..."

La censura pretende que el sentenciador también fundó su conclusión del tiempo de posesión en la sobredicha inspección ocular, lo que no es exacto, porque si bien valoró la diligencia como prueba de la dicha posesión, no dedujo de ello el término de ejercicio que reza la sentencia.

El cargo, en consecuencia, no prospera.

Resolución

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de julio 6 de 1967, proferida por el Tribunal Superior de Rionegro, en este Juicio Ordinario de José Jesús, Carmen Emilia, María del Socorro, María Liberata, Concepción y María Lucila Hincapié Hernández contra María Gemida Valencia viuda de Hincapié, José Obed, María, Jesús María y Raúl Hincapié Valencia y Gilma Gil viuda de Hincapié, con nombre propio y como representante legal de Rómulo y Heriberto Hincapié Gil..

Costas del recurso a cargo del recurrente. Tásense.

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

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

Heriberto Caycedo Méndez. Secretario.

FILIACION NATURAL

Posesión notoria del estado de hijo natural: factores que la configuran, su prueba.

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

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

Se procede a decidir el recurso de casación que interpuso la parte demandante contra la sentencia de fecha 15 de marzo de 1968, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá desató el segundo grado de jurisdicción en el juicio ordinario promovido por Luz Marina Hernández contra Elvira Llaña de Jiménez y Enrique Jiménez Llaña.

La litis

Luz Marina Hernández demandó por la vía ordinaria a los sucesores de Pío Jiménez Z., esto es a Elvira Llaña de Jiménez como cónyuge sobreviviente y al menor Luis Enrique Jiménez Llaña, en su condición de hijo legítimo del causante, para que se hiciesen las declaraciones que en seguida se resumen:

1ª Que Luz Marina Hernández es hija natural de Pío Segundo Jiménez, fallecido en Bogotá el 4 de febrero de 1964, y de Petronila Hernández;

2ª Que la demandante es heredera del mencionado Jiménez, y en tal carácter tiene derecho a concurrir en la herencia de éste conjuntamente con el hijo legítimo menor Luis Enrique Jiménez "y con quienes acrediten tal calidad para que de los bienes que forman la sucesión se le asigne su cuota hereditaria de conformidad con las reglas de la sucesión intestada";

3ª Que se condene a los demandados a restituir a la demandante la cuota herencial que a ésta le corresponde en la citada sucesión y que, si fuere el caso, se ordene rehacer la partición de los bienes relictos que se hubiere efectuado;

4ª Que se condene a los demandados a pagar a la demandante "los frutos naturales y civiles en relación con su cuota producida por los bienes del causante, o los frutos naturales y civiles que hubieren podido producir con mediana inteligencia y cuidado desde la fecha de la defunción... hasta el día en que se haga la restitución".

5ª Que se comunique a los Notarios de Bogotá y de Miraflores la declaración de filiación natural que se haga "para que se sirvan insertar en el registro civil el acta correspondiente"; y

6ª Que se condene en costas a la parte demandada.

Como fundamento de hecho de las anteriores súplicas, la parte actora expuso:

I. Que Luz Marina Hernández es hija natural de Petronila Hernández y Pío Segundo Jiménez Zambrano, fallecido en Bogotá y de cuyo juicio de sucesión conoció el Juzgado Décimo Civil de ese Circuito, en el cual fueron reconocidos los demandados en sus calidades antes mencionadas;

II. Que Petronila Hernández y Pío Segundo Jiménez "tuvieron relaciones sexuales, estables y notorias en la ciudad de Miraflores por los años de 1937, 1938 y 1939, época en que el Dr. Jiménez vivió allí por ser Juez del Circuito";

III. Que, "Pío Segundo Jiménez durante su vida trató a Luz M. Hernández como a su hija, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento, hecho que fue conocido de sus relacionados, por lo cual, ésta ha sido reputada como hija natural de aquel";

IV. Que el nacimiento de la demandante no fue anotado en el registro civil.

Con oposición de la parte demandada, se tramitó la primera instancia que culminó con el fallo del 13 de mayo de 1967, proferido por el Juez Trece Civil Municipal de Bogotá, en el que se despacharon favorablemente todas las súplicas antedichas.

Por apelación que interpusieron los demandados, subió el negocio al Tribunal de Bogotá, el cual, con salvamento de voto de uno de los Magistrados, revocó la sentencia de primer grado y en su lugar negó todas las peticiones formuladas por la parte actora y condenó en las costas de primera instancia a la misma.

La sentencia impugnada

El sentenciador comienza por expresar que la calidad de herederos que tienen los demandados respecto del presunto padre natural, quedó acreditada suficientemente con la confesión que éstos hicieron al contestar la demanda y que, como la doctrina de la Corte aceptó a partir del año de 1945 que la acción de filiación natural puede promoverse aún después de muerto el presunto padre, la legitimación en causa de la parte demandada no merece ningún reparo.

En cuanto al evento de que trata el núm. 4º del art. 4º de la Ley 45 de 1936, que es uno de los fundamentos del petitum, expone:

"Dos, son por lo tanto los presupuestos en que se debe fundamentar la declaración de paternidad natural, con causa en la existencia de relaciones sexuales entre la madre natural y el pretenso padre 1º) que dichas relaciones fueron notorias y estables, 2º) que el hijo nació después de los 180 días siguientes al en que comenzaron o dentro de los 300 días al en que terminaron".

Hace en seguida un extenso análisis, con transcripciones de doctrinas de la Corte, sobre lo que ha de entenderse por notoriedad y estabilidad de las aludidas relaciones sexuales y sobre las características que debe tener la posesión notoria del estado civil de hijo natural, para que con base en ellas pueda hacerse la declaración judicial correspondiente; luego analiza a espacio la prueba testimonial que adujo la parte actora para demostrar las causales de filiación natural invocadas en la demanda; y concluye que "las exposiciones de los testigos no acreditan respecto de las relaciones sexuales, que éstas reúnen las características y modalidades que, en armonía con los principios doctrinarios y jurisprudenciales que se dejaron expuestos, son necesarios para estructurar dicha causal como base de una declaración judicial de paternidad, o sea la calidad de estables, públicas y notorias de tales relaciones y el requisito complementario de haberse cumplido rigurosamente entre los 180 y los 300 días anteriores al nacimiento, porque es dentro de tal lapso que la Ley presume la concepción". En cuanto a la prueba, dice: "Se recuerda que la H. Corte tiene establecido que no basta que el testigo emita el concepto de que las relaciones sexuales hayan sido estables, públicas y notorias, sino que para la validez de su exposición el dicho tiene que precisar las épocas de que habla el núm. 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, distinguiéndolas por fechas y meses..."

"Y lo propio debe decirse de la causal derivada de la posesión notoria del estado de hijo, respecto de la cual tampoco acreditan los referidos testimonios los requisitos que, en cuanto al trato, fama, reputación, lapso en que se cumplieron los hechos determinantes de tales factores, exige la Ley". Después de un nuevo análisis bastante pormenorizado de la prueba testimonial, concluye el sentenciador que "ésta no demuestra tampoco en forma plena la posesión notoria del estado de hija natural del Dr. Pío S. Jiménez que invoca la demandante en su libelo".

'Respecto de la prueba documental aducida por la parte actora —agrega el Tribunal— constituida por las cartas de que Elvira Rodríguez y Manuela de Sánchez se confesaron autoras, la Sala falladora anota que nada cabe agregar a lo anotado por ellas con ocasión del examen que del testimonio de tales personas se hizo. No emanan en efecto esas cartas del pretendido padre sino de terceras personas y el contenido de ellas resulta subordinado al testimonio de éstas. Y ya se vió por qué las mencionadas declaraciones carecen de eficacia probatoria, la que por ningún aspecto suplen las cartas por adolecer éstas de los mismos defectos de los testimonios, en cuanto a la evidencia de los supuestos básicos exigidos por la Ley para la comprobación de las causales de filiación natural alegadas".

Por último, dice "que tratándose de una prueba que no puede ser simplemente indiciaria sino plena, resultaría improcedente conjugar los hechos a que particularmente se refiere cada testigo para deducir la existencia de una prueba a la cual pudiera darse esa calidad. Porque según resulta del examen del acervo probatorio en que la actora pretendió fundamentar el éxito de su demanda, se imponen repetir que ni particularmente estimados los elementos de juicio que lo integran ni en su conjunto, puede deducirse de él por el modo fehaciente que la Ley exige, la existencia de los extremos que estructuran la causal de relaciones sexuales y de posesión notoria del estado civil de hijo natural en que aquella se fundamenta.

"De acuerdo con lo anterior, se impone declarar que la demanda básica de este proceso no puede resistir despacho favorable, debiéndose absolver, en consecuencia, a la parte reo de los cargos de la misma. Así habrá de declararse, previa revocatoria del fallo de primera instancia y por virtud de tal insuceso de la acción promovida, y en conformidad con lo preceptuado por el artículo 2º del Decreto 243 de 1951, habrá de condenarse a la actora en las costas del juicio".

El recurso

Dos cargos se formulan contra la sentencia del Tribunal, ambos dentro de la órbita de la causal primera, de los cuales basta con estudiar el primero que está llamado a prosperar.

Primer cargo

Según el censor, el Tribunal dejó de aplicar el numeral 5º, del artículo 4º, de la Ley 45 de 1936, y por tanto quebrantó dicho precepto, por la vía indirecta, a consecuencia de los errores de hecho en que incurrió "al estimar el valor probatorio de los testimonios de Elvira Rodríguez, Ana Silvia de Luengas, Lucila de Mendoza, Baldomero Rodríguez y Manuela de Sánchez, y al dejar de estimar o pretermitir el documento que aparece al fl. 7 (c. 1.) y la declaración de la Sra. María de Calderón".

Dice el recurrente que "no se escapa a los fines de este libelo la reiterada doctrina que atribuye soberanía al juzgador de instancia para calificar la fe que le merezcan los testimonios que son base para formar la convicción, pero como en el presente caso el juicio del sentenciador resulta convicto de de arbitrariedad evidente por situarse fuera de lo razonable en una forma ostensible, adulterando la versión de unos testigos, mutilando la de otros y pretermitiendo el análisis de otras probanzas, ese juicio así formado defectuosamente admite la censura en casación, porque negar la existencia de una prueba definitiva como respaldo de la pretensión cuando ha sido aportada al debate, configura el error de hecho, como también lo conlleva el atribuir a un testigo lo que no dijo o negarle lo que sí expresó en forma clara y explícita".

A renglón seguido, mediante las transcripciones que estima pertinentes, el censor compara el texto de los testimonios en cuya apreciación incurrió el sentenciador en el error de hecho que le atribuye, con la valoración que de los mismos hizo el Tribunal en la sentencia recurrida, y puntualiza en cada caso los aspectos de las declaraciones que el Tribunal pasó por alto al analizarlas. Dice que el sentenciador no vió "en el expediente la carta que de su puño y letra el presunto padre Dr. Jiménez Zambrano le remitió a la madre de la actora, escrito que,

aunque si bien no encierra una confesión inequívoca de paternidad, es prueba atendible y de gran poder de convicción, para concluir que la actora gozó de la posesión notoria del estado de hija y que el Dr. Jiménez atendió a sus necesidades".

A vuelta de copiar algunos párrafos de la aludida carta, expresa el recurrente que el contenido de la misma "denota en su autor la sensación de estar obligado. Ligado por un vínculo que no le da oportunidad de escapar responsabilidades; suscita en forma diáfana la idea de que no es la liberalidad lo que mueve a quien así se expresa. Por provenir del presunto padre este escrito es de relievante importancia en el concierto probatorio. Pero el Tribunal lo pasó por alto, no lo tuvo en cuenta e incurrió o hizo de él un eslabón más en la cadena de errores de hecho que lo llevaron a proferir un juicio y a obtener una convicción en total desacuerdo con la realidad procesal".

"Si el Tribunal hubiera visto en forma completa las declaraciones citadas —agrega el censor— hubiera apreciado la de la Sra. de Calderón, hubiera leído la carta escrita por el presunto padre, que las justifica no habría negado la posesión notoria del estado civil, ya que las pruebas vistas parcialmente y las no apreciadas, lo demuestran incontrovertiblemente. Ningún reparo mereció en el fallo acusado el dicho de los testigos sobre los elementos que constituyen la posesión notoria del estado civil y que son el tratamiento de padre a hija y el haber proveído a su subsistencia, educación y establecimeinto, además de la fama adquirida en virtud de tales hechos que se dan por demostrados. Se les aduce ineficacia (a los testimonios) porque el Tribunal no vio los pasajes en que expresan el modo como adquirieron el conocimiento y el tiempo durante el cual tuvieron ocurrencia los hechos. Al negar el Tribunal estos extremos, estando expresos en forma evidente, repito que incurrió en error de hecho, pues esta situación es igual a la de haberse omitido el estudio de las pruebas, situacion que lo llevó a violar indirectamente el artículo 4º, núm. 5º de la Ley 45 de 1936 por cuanto no lo aplicó y desconoció que hay lugar a declarar judicialmente la paternidad cuando se acredite la posesión notoria del estado de hijo natural".

Se considera:

Para despachar este cargo en forma adecuada es conveniente confrontar lo que expuso el sentenciador al valorar cada una de las declaraciones que menciona la censura con la parte pertinente del texto de las mismas, a fin de determinar si existió o no el error que se atribuye a la sentencia.

1. Declaración de Elvira Rodríguez

Al analizarla dice el Tribunal: "Y en lo que toca con el establecimiento del estado civil alegado, cabe anotar que la atención que prestaba Jiménez a los gastos de crianza y educación de la niña Luz Marina, la aduce la testigo con base en la afirmación de que ella con dineros que le suministraba Jiménez, puso a ésta en varios Colegios y que posteriormente, en los años de 1946 y 1947 en que Petra se fue con Luz Marina para Miraflores, Jiménez le dio sumas de dinero para girarle a ésta a fin de subvenir (sic) las necesidades de la niña. Empero se desconoce porque la testigo nada dijo al respecto, el monto de tales suministros y el tiempo que ellos duraron. Y repasando las cartas que la testigo envió a Petra Hernández y de que se declara autora, se echa de ver que los envíos de dineros que según ella hacía Jiménez a Petra Hernández para los gastos de Luz Marina eran irrisorios y esporádicos, pues los pocos de que dan cuenta esas cartas apenas llegaban a diez pesos. Por esta circunstancia y por no haberse aportado al proceso acta alguna de matrícula, o recibo de pensión pagadas en los Colegios a que la declarante alude, obviamente resulta que tales afirmaciones de la testigo resultan inverosímiles y carentes de fundamento apreciable".

Es indudable que el Tribunal erró al apreciar este testimonio, porque la declarante sí expresó la duración de los suministros de dinero que Pío S. Jiménez hizo para atender las necesidades de la demandante por conducto de aquella. En efecto, en la últi-

ma parte de la declaración, dice la testigo que "...Pío atendió a todos los gastos que dije desde cuando nació la niña hasta su muerte (se subraya); él fue quien quiso que estudiara mecanotaquigrafía para luego conseguirle un puesto y él se lo consiguió en el Banco Popular..."

En cuanto al monto de tales suministros de dinero, no es cierto, como lo afirma el sentenciador, que la testigo no lo hubiera expresado, puesto que en las numerosas cartas que ésta dirigía a la madre de la niña por encargo de Jiménez (fls. 10 y 34 a 45 C. Nº 1.) y que al haber reconocido como suyas, en verdad forman parte de la declaración, en tales cartas, se repite, hace referencia a giros enviados a Miraflores cuando la demandante y su madre estuvieron allá por el año de 1946 por cantidades que oscilan entre ocho y veinte pesos. La testigo dice textualmente:

"...por mis manos pasó el dinero para su sostenimiento (el de la niña) y también para su educación, porque Pío me ordenó matricularla en los Colegios y me dio la plata para las pensiones, para los útiles, para los uniformes y en fin para todos los gastos y así fue como la puse en el Colegio Flórez Tovar y en el Liceo Femenino y también en el Colegio de la señora Teresa Basto"; además, agrega, en los años de 1946 y 1947 "en que Petra se fue con Luz Marina para Miraflores, Pío Segundo siempre me dio sumas de dinero para girarle a Petra para el subvenir a las necesidades de la niña.

La Corte encuentra pues, que es manifiesto el error de hecho en que incurrió el Tribunal al no haber visto en el texto de la declaración y de las cartas aludidas que la testigo sí se refiere al monto de los suministros de dinero hechos por Jiménez para atender a las necesidades de la niña Luz Marina y el tiempo durante el cual se efectuaron. Por otra parte, cabe advertir que la Ley no exige, como parece insinuarlo el Tribunal, que la declaración de un testigo referente a la posesión notoria del estado civil necesariamente deba estar respaldado por prueba escrita.

2. Declaración de Ana Silvia de Luengas

Al respecto se lee en la sentencia acusada: "La testigo deduce que Luz Marina es hija de Jiménez, porque presenció que éste 'acariciaba a Luz Marina y jugaba con ella, porque Petra le contó que la niña había nacido cuando el doctor Jiménez 'estuvo haciendo judicatura en Miraflores' y porque en alguna ocasión que viajó allí tuvo oportunidad de apreciar que los padres de Jiménez trataban a la niña como hija de Jiménez. Además porque éste siempre contribuyó económicamente para la alimentación de Petra y la niña, dándole a Elvira el dinero necesario para los gastos de colegio, alimentación y vestuario. Pero como tales referencias las hizo la testigo sin determinación de las circunstancias explicativas de los hechos afirmados, entre ellos los relacionados con la forma como adquirió conocimiento del trato de los padres de Jiménez para con la niña Luz Marina, de la época, duración y monto de los suministros de dinero que dice hacía Jiménez para los gastos de ésta, dichas referencias carecen de fundamentación y por lo tanto, de eficacia probatoria".

Al examinar el texto de tal declaración se encuentra que la testigo comienza por afirmar que en el año de 1939, ella "vivía en la casa de Elvira Rodríguez, hermana de leche del presunto padre, quien tenía allí un taller de modistería y que Pío Segundo Jiménez le dijo a Elvira que conocía a una muchacha que vivía en Miraflores, que era muy buena persona... y fue así como llegó a la casa la señora Petra Hernández con una niña que era Luz Marina y que tenía por ahí dos o tres años de edad...". En cuanto a los suministros de dinero que Jiménez hacía para la subsistencia y educación de Luz Marina, por conducto de Elvira Rodríguez, dice la declarante: "Muchas veces presencié la entrega de dinero para tales fines y también presencié que le daba dinero a Elvira Rodríguez para que le girara a Petra porque ellas (se refiere a Petra y a la niña Luz Marina) se fueron una temporada a Miraflores y que aunque se casó en el año de 1945 y cambió de casa..." nuestra amistad continuó hasta

hoy, yo seguía visitándola en la casa de Elvira Rodríguez y ya por esta época la niña fue puesta en el Colegio..."

Finalmente, en cuanto al trato que los padres de Jiménez dispensaban a la niña Luz Marina, dice la testigo "... en el año de 1939 me parece... yo también fui a Santa Ana con Elvira y me consta que don Hermelindo y la señora Enriqueta o sean los padres de Pío estaban atentos a la niña, es decir que la querían como hija de Pío..." (C. Nº 1. fl. 28 vlto.).

De la confrontación entre la referencia que hace el Tribunal a la declaración comentada y el texto de esta surge nítidamente el error de hecho en que el fallador incurrió al valorarla, puesto que la testigo sí determinó convenientemente la razón por la cual tuvo conocimiento de los hechos que expuso y la época en que ocurrieron, comprendida entre los años de 1937 y 1945. Ese conocimiento lo deriva de haber habitado la casa donde vivían Jiménez y la niña hasta el año últimamente citado y luego, ya casado, de sus frecuentes visitas a dicha casa; y en cuanto al trato de los padres de Jiménez para con la demandante, por haberlo presenciado cuando viajó a Santa Ana donde éstos residían. El Tribunal evidentemente no vio esos importantes aspectos de la declaración y por tanto incurrió en el error fáctico que señala la demanda.

3. Declaración de Lucila Castro de Mendoza

Dice el Tribunal que la testigo "... deduce la paternidad de Jiménez, del hecho de que éste acariciaba a Luz Marina y de la manifestación que les hizo un día de que en Miraflores había tenido relaciones sexuales con Petronila Hernández, de las cuales había nacido la niña con la cual llegó cuando se instaló en casa de Elvira Rodríguez, donde la testigo residía. También por haberse 'percatado' de que Jiménez le 'daba dineros mensuales o quincenales a la señorita Elvira Rodríguez para contribuir al sostenimiento de la niña'. Pero tal deducción tampoco resulta fundada, en concepto de la Sala, porque respecto de lo último la testigo omitió determinar las circunstancias en virtud de las cuales tuvo conocimiento de esos suministros de dinero, su periodicidad, monto, etc".

La declarante comienza por exponer lo siguiente:

"Pues verá que por el año de mil novecientos treinta y nueve yo vivía en la casa de la señorita Elvira Rodríguez, situada en la carrera tercera número 14-91, en donde funcionaba un taller de modistería de la señorita Elvira Rodríguez y allí llegó a vivir la señora Petronila o Petra Hernández, quien trajo una niña hija suya, que por ese entonces tenía tres meses de edad allí también vivía el doctor Pío Segundo Jiménez, quien había recomendado a la nombrada Petra. A la señorita Rodríguez, a Anita Luengas, que también vivía allí y a mi, se nos hacía muy extraño que el doctor Pío Segundo jugara y acariciara tan tiernamente a la niña y nosotras le dábamos bromas y al principio él nada decía, pero ya más tarde, viendo el parecido de la niña con el doctor Pío Segundo Jiménez y teniendo en cuenta que siempre que él llegaba a la casa, lo primero que hacía era ir al patio en donde permanecía la niña, en un cajoncito de madera en que la sacábamos a asolear y se ponía a jugar con ella; un día resolvió contarnos que ciertamente en Miraflores había tenido relaciones con la señora Petra Hernández y que esa niña, o sea Luz Marina, era el fruto de esas relaciones. Por vivir en la misma casa me percaté que el doctor Pío Segundo le daba dineros, mensual o quincenalmente a la señorita Rodríguez para contribuir al sostenimiento de la niña Luz Marina y esto ocurrió así hasta el año de mil novecientos cuarenta y cinco en que yo me casé y me retiré de esa casa, anotando que en varias oportunidades el doctor Pío Segundo envió a Petra y a Luz Marina a pasar temporadas en Miraflores y en Santa Ana a la casa de los parientes del doctor Pío Segundo. Yo me casé pero nuestra amistad continuó con el doctor Pío Segundo, con Elvira Rodríguez y con Petra Hernández, y me pude dar cuenta que tal vez en el año de mil novecientos cuarenta y seis o mil novecientos cuarenta y siete, Petra fue con Luz Marina a vivir lar-

go tiempo en Miraflores y durante ese tiempo, muchas veces vi que el doctor Pío Segundo estaba impresionado por la suerte de la niña y recomendaba a Manuela Rodríguez y a Elvira Rodríguez para que le escribieran a Petra pidiéndole noticias y además le mandaba dinero para que le girara porque la esposa del doctor Pío Segundo permanecía furiosa por la existencia de una hija del doctor Pío Segundo Jiménez. Me consta igualmente que después de mil novecientos cuarenta y siete, Petra y Luz Marina, volvieron a vivir a la casa de Elvira Rodríguez y allí estando yo de visita presencié cómo el doctor Pío Segundo alzaba a la niña, le llevaba lápices y a veces dulces y cómo tenía para con ella las atenciones de un padre, preocupándose por saber cómo iba en los estudios, dando órdenes para que la matricularan en los Colegios y dando el dinero para que pagaran las pensiones, los vestidos de la niña y los útiles y todos sus gastos. Ya estaba casado también el doctor Jiménez, pero siempre visitaba la casa de Elvira Rodríguez, donde vivía o siguió viviendo Luz Marina, para saber de la niña y atender a sus necesidades o para saber qué se le ofrecía o qué necesitaba. Me di cuenta además, que el doctor Pío Segundo, cuando la niña estaba enferma pagó las consultas del médico doctor Segundo Sánchez y también que en una droguería les tenía cuenta a la niña y a la madre. Esto ocurrió hasta la muerte del doctor Pío Segundo o sea hasta el presente año, y lo afirmo porque yo continué con amistad con la señorita Elvira Rodríguez y continuamente visitaba su casa, en donde vivía también la nombrada Luz Marina".

De los párrafos de la declaración que se deja transcrita resulta palmario, lo cual no fue visto ni tenido en cuenta por el Tribunal, que la testigo presenció los hechos que relata por haber vivido durante varios años en la misma casa en que habitaban la niña y la madre, y haber continuado frecuentándola posteriormente; y en cuanto a la duración, que todo lo ocurrido comenzó en 1937 y terminó con la muerte del doctor Jiménez, es decir, en el mes de febrero de 1964, según la partida de defunción de éste que obra en los autos (C. Nº 1).

Resulta pues, un nuevo error evidente del Tribunal al no haber visto en esa declaración las circunstancias expuestas para estimarla como responsiva, exacta y completa.

4. Declaración de Baldomero Rodríguez

Según el sentenciador este testimonio carece... "de mérito probatorio, respecto de la filiación de Luz Marina, porque sus referencias al respecto son de oidas. Y porque aún cuando pudiera estimarse su declaración como testimonio de una fama pública, carecería totalmente de eficacia por el motivo tantas veces repetido de que tratándose de establecer la existencia del estado civil de hijo, el testigo debe precisar las épocas, la forma de asistencia y la duración del trato de padre a hijo a efecto de que el testimonio se ajuste a los requisitos que tratándose de acreditar ese hecho, exige la Ley".

El testigo dice, sin embargo, que conoció a Luz Marina desde cuando estaba pequeña "es decir, hace más de veintidós años y he sostenido con ella relaciones de amistad"; que con Pío Segundo Jiménez "también tuve relaciones muy íntimas de amistad por cuanto éramos paisanos y nos conocíamos hace algo más de cuarenta años..."; que aproximadamente en 1940 Jiménez fue a pasar una temporada en Santa Ana, llevó a la pequeña Luz Marina y la presentó en la casa de los abuelos de ésta y les contó que era hija de él; que en esa oportunidad lo visitó él y le refirió lo mismo; y agrega que desde el año de 1940 hasta 1964 "en que murió Pío Segundo Jiménez, éste siempre trató a Luz Marina como a su hija"; que en varias oportunidades no sólo presenció en casa de Elvira Rodríguez que Jiménez suministraba dinero para los gastos de la niña sino que algunas veces el mismo declarante le dio en préstamo lo necesario para ese fin. Por último dice: "Toda la familia de Pío Segundo ha reputado a Luz Marina Hernández como un miembro más de ella y así lo observé en la casa de Rosalba Jiménez y los demás sobrinos de Pío".

Basta confrontar el dicho de este testigo con el paso de la sentencia que se deja transcrito, para concluir sin lugar a duda

que el Tribunal erró ostensiblemente al no haber visto que el testigo sí expresó claramente la duración del trato que Jiménez dispensaba a la demandante y la forma de asistencia pecuniaria que le brindó para la cual el mismo testigo afirma haberle dado en préstamo algunas cantidades de dinero.

5. Carta manuscrita del presunto padre

"En igual yerro —dice el censor— incurrió el Tribunal al no ver en el expediente la carta de puño y letra del presunto padre doctor Pío Segundo Jiménez Zambrano le remitió a la madre de la actora, escrito que, aunque si bien no encierra una confesión inequívoca de paternidad, es prueba atendible y de gran poder de convicción, para concluir que la actora gozó de la posesión notoria del estado de hija y que el doctor Jiménez atendió a sus necesidades. Tal documento dice en algunos apartes '... nadie más interesado que yo en ayudarle a Ud. en la lucha por la vida; siempre he estado dispuesto a ayudarla en la forma que Ud. crea necesaria. Recuerde que cuando Ud. se resolvió a ir a Miraflores yo le rogué que no lo hiciera... la autorizo para conseguir la estancia que le convenga para yo mandarle el dinero y la pueda comprar. No pierda de vista eso sí, que soy pobre y que por lo tanto con lo que le puedo ayudar es poco... buena voluntad para con Ud. me sobra y en cambio me faltan recursos..." (Fls. 7. C. Nº 1).

El sentenciador no hace referencia alguna a la carta en cuestión, la cual fue presentada como prueba junto con la demanda y obró a todo lo largo del juicio con conocimiento de los causahabientes de su autor sin que éstos la hubieren redergüido de falsa, por lo cual debe tenerse como tácitamente reconocida por la parte demandada, al tenor del artículo 645 del Código Judicial. Dicha carta, como lo observa el recurrente, aunque no contiene un reconocimiento explícito de paternidad, sí constituye un vehemente indicio que el sentenciador no podía pasar por alto, como lo hizo en la sentencia acusada, con lo cual incurrió en un nuevo error de hecho.

6. Declaración de Manuela Rodríguez de Sánchez.

El Tribunal la analiza así:

"El testimonio de Manuela Rodríguez de Sánchez, adolece del mismo vicio, porque su afirmación de que Luz Marina es hija de Jiménez la apoya en el hecho de que 'en el tiempo que la testigo convivió con él, Jiménez le dio trato cordial de un padre para con su hija', y atendía a sus gastos, sin que la testigo determinara en forma alguna cuánto tiempo duró ese trato, el monto de las sumas que invertía Jiménez al efecto, los colegios en que colocó a Luz Marina, etc. Cualquier referencia, en fin; que indicara la razón de la afirmación. De más está anotar que las cartas anteriormente relacionadas, suscritas por 'M. Rodríguez' y de que la testigo se declara autora por recomendación de Jiménez, no respaldan las declaraciones de ésta en puntos relacionados con los suministros que hiciera Jiménez para atender a los gastos de alimentación, vestuario y educación de Luz Marina; las cartas aparecen dirigidas a Petra, con destino desconocido. Las referencias que en ellas se contienen de saludos, de recomendaciones de Pío resultan, por falta de otro respaldo probatorio, como simples afirmaciones de la testigo".

La declarante, en lo pertinente, expone que conoció a Jiménez desde que tuvo uso de razón y a Luz Marina "aproximadamente en el año de mil novecientos cuarenta y era una niña de meses"; que convivió con aquel y por eso pudo darse cuenta del trato de padre que dispensaba a la niña; que "a veces me decía que le entregara dinero a la madre y me recomendaba también le pusiera giros a Miraflores en la época que vivió allá"; reconocer ser autora de las cartas (folios 7, 8 y 11 a 15) que por encargo de Jiménez escribía a la madre de la niña, enviándole dineros periódicamente para los gastos de ésta, según las cuales tales envíos oscilaban entre ocho y veinte pesos, y que por percepción directa le consta que la madre y los sobrinos de Jiménez la reconocían y trataban como hija de éste.

Erró, pues, el Tribunal al considerar que la declaración no es responsiva y que la testigo no da la razón de su dicho. La duración del trato paternal de Jiménez para con la niña, según aparece del relato de la declarante, comienza en el año 1940 cuando aquel era aún soltero y dura al menos hasta el 9 de noviembre de 1946, fecha de la última carta que por orden Jiménez le envió a la madre de la niña, o sea que tal duración es casi de ocho años. El monto de los suministros, como se vio, está expresado en las cartas de la testigo, las cuales forman parte integrante de su declaración al haber sido reconocidas por la misma, quien advierte haberlas escrito a Petra o Petronila Hernández a Miraflores por autorización de Jiménez. Nada de ello vio el sentenciador al analizar la declaración y por ello incurrió ostensiblemente en el error de hecho que le atribuye la censura.

7. Declaración de María Josefa Zambrano de Calderón

El Tribunal no hace alusión alguna a este testimonio: se limita a mencionarlo como prueba pedida por la parte demandada e incurrió en un "lapsus" al indicar el último apellido de la testigo, haciéndola aparecer como "de Zárate". Es pues, evidente el error de hecho de que se acusa al sentenciador por este aspecto, porque en la motivación del fallo acusado no aparece ni aún en forma implícita que se la hubiera tenido en cuenta, acaso por no haber sido aducida por la demandante.

Todos los errores fácticos de orden probatorio que se dejan reseñados son ostensibles y evidentes, y conducen a la casación del fallo acusado, como que inciden en forma definitiva en la decisión que éste contiene y conllevan la falta de aplicación de las normas sustanciales que indica la demanda.

Sentencia de instancia

Los presupuestos procesales no merecen ningún reparo, como lo expresaron el Juez de primer grado y el Tribunal, ni lo merece tampoco la legitimación en causa de las partes; la demandante promovió el juicio siendo ya mayor de edad; las calidades de cónyuge sobreviviente y de hijo legítimo de Pío S. Jiménez que tienen los demandados, y por ende de causahabientes de éste, aparecen demostrados con las respectivas partidas de matrimonio, nacimiento y de defunción del mismo y por el hecho de haber afrontado este juicio al cual fueron llamados en su calidad de tales (art. 1298 y 1299 del C. C.), calidades que para mayor abundamiento aparecen aceptadas por su apoderado, al contestar los hechos 2º y 3º de la demanda. La cuestión debatida radica pues, en la prueba de las causales de filiación natural que invoca la parte actora.

I. A partir de la sentencia de casación civil del 1º de octubre de 1945 (LX pág. 684) quedó plenamente establecida la posibilidad de promover una acción de filiación natural después de muerto el padre, concepto jurisprudencial este que vino a ser ratificado por el artículo 10 de la Ley 75 de 1968. La mencionada sentencia cambió la doctrina anterior, según la cual dicha acción sólo procedía en vida del pretenso padre pero en cambio la Corte consideró que los Jueces debían ser en extremo severos al calificar las pruebas aducidas por la parte que pretendía la declaración de filiación y en especial la de testigos tendientes a demostrar las relaciones sexuales y la posesión notoria, por cuanto los herederos del presunto padre se encontraban en condiciones desfavorables para ejercer el derecho de contradicción (CXXXI, pág. 113).

II. Dentro de las causales que taxativamente enumeraba el artículo 4º de la Ley 45 de 1936 para la declaración judicial de paternidad natural, se encuentra la posesión notoria que según el artículo 6º ibídem, "consiste en que el respectivo padre o madre natural haya tratado al hijo como tal, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento, y en que sus deudos y amigos y el vecindario del domicilio en general lo hayan reputado como hijo de dicho padre o madre, a virtud de aquel tratamiento".

Según el artículo 7º ibídem, son aplicables al caso de la filiación natural, entre

otras, las reglas de los artículos 398 y 399 del Código Civil, la primera de las cuales es de orden puramente probatorio y la Corte al referirse a la expresión "se probará por un conjunto de testimonios fidedignos, que la establezcan de un modo irrefragable" ha dicho que el citado artículo, "claramente está exigiendo una pluralidad más numerosa que la ordinaria y que ellos 'la establezcan de un modo irrefragable', es decir, que no se pueda contrarrestar". (Cas. Civ. 21 de octubre de 1953, LXXVI, pág. 636). En el mismo sentido, entre otras, LXIX, pág. 589 y LXXII, pág. 128.

III. En el caso de la posesión notoria del estado de hijo natural es indispensable, al tenor del citado artículo 6º de la Ley 45 de 1936 y de acuerdo con la doctrina jurisprudencial de la Corte, que se demuestre el tratamiento que el presunto padre ha dado a quien se dice hijo, y que tal tratamiento incluya la atención a la subsistencia, educación y establecimiento del mismo, sin que sea necesario que en caso del suministro de fondos, este se haya hecho "de un modo competente" como lo exige el artículo 397 del Código Civil para el caso de la posesión notoria del estado de hijo legítimo. (Cas. Civ. 10 de noviembre de 1960. CXIV, pág. 65); es indispensable también que por razones de trato y en cuanto esté plenamente demostrado en los autos, se acredite que los deudos y amigos del padre o el vecindario de su domicilio en general "lo hayan reputado como dicho padre"; y finalmente, que esa posesión notoria haya durado por lo menos diez años continuos (hoy reducidos a cinco según el artículo 9º de la Ley 75 de 1968).

Todos estos factores que según la Ley configuran la posesión notoria de ese estado, deben ser concurrentes y requieren estar demostrados en forma plena y completa, sin que pueda quedar en el ánimo del juzgador el más leve asomo de duda, es decir, que hayan sido establecidos de un modo irrefragable.

La aludida concurrencia de factores no exige sin embargo que cada una de las pruebas que se aduzcan para demostrarlos tenga que versar a un mismo tiempo sobre el tratamiento, la fama y el nombre, ni tampoco que abarquen los diez años de duración mínima que exige el artículo 398 del Código Civil. Basta, como lo tiene dicho la Corte, que los testimonios sean de "diversidad acumulativa convergentes a demostrar una situación dada... para encontrar el conjunto probatorio de que habla el citado artículo 377". Así, unas pruebas pueden acreditar la fama y otras distintas el tractatus; si se trata de la testimonial, unos testigos pueden deponer sobre lo que percibieron durante un período determinado inferior a los diez años y otros sobre un tiempo distinto, ulterior o anterior, con tal que cada uno de estos períodos aparezcan demostrados con un conjunto de testimonios que, por no existir entre tales períodos, intermitencias o soluciones de continuidad, puedan ser ellos sumados para obtener el decenio indispensable" (Cas. Civ. 3 de julio de 1967, aún no publicada en la Gaceta Judicial).

IV. Por la naturaleza misma de los hechos que configuran la posesión notoria es lógico que la Ley se haya referido de modo especial a la prueba de testigos la cual, sin embargo, no excluye en manera alguna otra clase de pruebas que sean pertinentes y legalmente eficaces para demostrar el trato y la fama y por ende para constituir el conjunto de testimonios a que se refiere el artículo 399 del Código Civil; antes por el contrario, lo deseable es que la convicción del Juez pueda formarse no sólo a través de la prueba testimonial que reuna los requisitos arriba indicados, sino también, por otros medios que sean corroborantes del dicho de los testigos; en esta forma, se logra el propósito del legislador, de que la posesión notoria del estado de hijo haya sido establecido de un modo irrefragable (CXXXI, pág. 114).

"El conjunto de testimonios fidedignos que menciona el artículo 397 del Código Civil para efectos de demostrar la posesión notoria, como queda dicho, no significa que la prueba de testigos sea la única admisible para ese efecto, porque testimonio es, se-

gún el Diccionario de la Lengua Española: "la atestación o aseveración de una cosa. Instrumento autorizado por escribano o notario en que se dé fe de un hecho... Prueba, justificación y comprobación de la certeza o verdad de una cosa. De esta suerte, se repite, son de recibo para probar el trato y la fama que configuran la posesión notoria, todos los elementos de convicción que autoriza la Ley. Así, se reitera lo expuesto por la Corte en sentencia del 21 de febrero de 1964; de que "todo medio legal conducente a formar parte de ese conjunto de testimonios es susceptible de ser recibido como prueba de la posesión notoria" (CVI, pág. 142).

En el caso sub-judice y con el propósito de demostrar la posesión notoria del estado de hija natural de la demandante respecto de Pío S. Jiménez Zambrano, ésta adujo una copiosa prueba de testigos amén de otros elementos de juicio que, como en seguida se verá, llevan a la Corte a la absoluta certeza del estado civil en cuestión.

En efecto, todas las declaraciones que se dejaron analizadas al estudiar el primer cargo y las cartas suscritas y reconocidas por dos de las testigos, confluyen a demostrar ampliamente esos tres factores configurativos de la posesión notoria. Los hechos que narran esos testigos, lo mismo que Aura María Sandoval de Leguízamo, Rosalba Jiménez de González, Hermelindo Jiménez, Aura Rosa Jiménez de Riveros y Narcisa Jiménez (los cuatro últimos sobrinos de Pío S. Jiménez) y María Elisa Cuervo Molina, acreditan que Jiménez prodigó tratamiento de hija a la demandante desde que ésta nació hasta la muerte de aquel; que moderada pero periódicamente suministraba cantidades de dinero para su manutención, vestuario y educación; que velaba por su bienestar y se preocupaba por su establecimiento, hasta el punto de haber logrado conseguirle un empleo adecuado en el Banco Popular; que la familia de Jiménez, incluso sus padres y sus deudos y amigos, estaban enterados de que Luz Marina era su hija y la reputaban como tal, algunos de ellos por habérselo oído manifestar al mismo y en todo caso por haber presenciado el tratamiento que éste le prodigaba; que dicho tratamiento era público dentro del círculo familiar y de amigos de Jiménez, quien sólo procuraba mantenerlo oculto a su legítima esposa, no obstante lo cual ésta terminó por enterarse; que para atender económicamente a sus deberes de padre, en algunas ocasiones solicitaba préstamos a sus amigos más íntimos; que había abierto una cuenta corriente tanto en una droguería para que le suministraran medicamentos a la niña y a la madre de la niña, como en un expendio de leche, para la alimentación de la niña cuando vivía en Bogotá; y finalmente, como elocuentes pruebas de la fama, que varios de los asistentes al entierro de Jiménez, quienes en tal virtud necesariamente debían ser "deudos y amigos" de éste, se acercaron a darle el pésame "a Luz Marina".

El dicho de María Josefa Zambrano de Calderón que el Tribunal no tuvo en cuenta, contribuye a fortalecer aún más la convicción que se obtiene del análisis de las demás pruebas. En efecto, dice ésta declarante que la madre de Jiménez la mandó llamar a su casa para mostrarle la hija de éste, que a la sazón sólo tenía unos ocho meses de edad: "Ella me dijo que era su nieta y yo le contesté: "hijo de mija mi nieto será, hijo de mijo en duda estará"; que "mi hija Nohemy Calderón Zambrano que estuvo acompañándolo durante los tres o cuatro días de su enfermedad me contó que Pío en un momento en que había salido Elvira Llaña de Jiménez de la habitación, le había dicho: "Numita, le recomiendo a Luz Marina"; y concluye después de narrar el episodio del entierro de Jiménez ya mencionado, que "por la manera como vivía Luz Marina, quien se veía bien vestida y fue educada, se deduce que Pío atendió a las necesidades de ella, porque la madre materialmente se veía imposibilitada y el comentario de la gente era que él atendía a sus necesidades, inclusive decían que tenía que hacerlo reservadamente para que su matrimonio no se le fuera a dañar".

La convicción que se obtiene de la prueba testimonial se refuerza y corrobora con una carta manuscrita, fechada en Bogotá

el 16 de abril de 1941 firmada por "Pío" y dirigida a "Petra", que es el nombre de la madre de la demandante, en la cual hace repetidas y cariñosas alusiones a "Marina" y se muestra preocupado por la salud de ésta, a quien también llamaba "chinita". La mencionada carta como atrás se dijo, fue tácitamente reconocida por la parte demandada según lo dispone el artículo 645 del Código Judicial, y aunque no constituye una confesión inequívoca de paternidad por parte de su signatario, sí es indicio, al menos, de la paternidad que se debate en este juicio.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA la sentencia proferida el 15 de marzo de 1968 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, y como Tribunal de instancia, CONFIRMA en todas sus partes la de primer grado que dictó el Juez Trece Civil Municipal de Bogotá, el 13 de mayo de 1967.

Las costas de segunda instancia a cargo de la parte demandada, sin ellas en el recurso extraordinario.

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

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

Heriberto Caycedo M., Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

PRESCRIPCION ADQUISITIVA

La posesión del usucapiente en el momento de constituírse la relación procesal no es presupuesto esencial de la acción petitoria de dominio

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., primero (1º) de abril de mil novecientos setenta y uno (1971).

(Redactó el doctor Humberto Murcia Ballén, Abogado Asistente).

(Aprobado según Acta número 27 de fecha veinticuatro de marzo de mil novecientos setenta y uno).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la demandante contra la sentencia del 24 de enero de 1968 dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, en el juicio ordinario instaurado por Carmen Sotelo Vda. de Castellanos contra María Teresa Buitrago Franco.

I

El litigio

1. Mediante libelo del 10 de septiembre de 1964 Carmen Sotelo viuda de Castellanos, quien luego figuró como Fajardo viuda de Castellanos, demandó ante el entonces Juzgado Primero Civil del Circuito de Tunja a María Teresa Buitrago Franco, a fin de que previos los trámites del juicio ordinario de mayor cuantía se declarara que pertenecen a la demandante, por haberlos adquirido por prescripción extraordinaria, los siguientes tres inmuebles:

a) "Una casa de habitación situada en la carrera 4ª de Villa de Leiva distinguida en su puerta de entrada con el número 6-97 de la nomenclatura urbana y un solar anexo con árboles frutales y otros cultivos de carácter permanente, predio que tiene estos linderos: Por el norte calle pública de por medio; por el sur con escuela urbana de varones y propiedades de Miguel Castillo; por el oriente con carrera 4ª y por el occidente con las propiedades oficiales donde funciona la Escuela Anexa.

b) "Un lote de terreno, situado en la carrera 5ª de Villa de Leiva, alinderado así: Por el norte con propiedades de Tulio Castillo; por el sur con la vía pública, que en la nomenclatura urbana corresponde a la calle 4ª; por el oriente con la vía pública, que corresponde a la carrera 3ª, y por el occidente con propiedades de Rafael Castillo.

c) "Un lote de terreno alinderado así: por el norte con quebrada Los Potreritos; por el sur, con propiedades de Tulio Castillo; por el oriente con propiedades del Municipio de Leiva y por el occidente con propiedades de Rafael Castillo".

2. Los hechos que la demandante invoca como constitutivos de la causa petendi, quedan sintetizados en los siguientes: que ella es dueña de los inmuebles, por prescripción adquisitiva del dominio por haberlos poseído durante más de 20 años, en forma pública e ininterrumpida, pues que ha ejercido actos de propiedad con ánimo de señor y dueño, tales como cerramiento de potreros, arreglo y limpieza de pastoreos, arrendamiento de las fincas, etc.; y que, dice la demanda, dicha posesión "data desde el año de 1931 cuando el señor Narciso Castellanos (q.e.p.d.) esposo de mi mandante

ejercía y que al morir, su esposa continuó en dicha posesión y está en ella".

3. Oportunamente la demandada Buitrago Franco contestó la demanda oponiéndose a la pretensión de su demandante y negando los hechos en ella invocados; afirmó que sobre las fincas descritas ha habido poseedores distintos a la demandante, citándose ella como dueña de una de éstas. Finalmente, a manera de excepciones perentorias propuso las que denominó "petición de modo indebido, falta de legitimación en causa, carencia de acción, falta de personería sustantiva de las partes actora y demandada, pero parcial en esta última".

4. Trabada así la relación procesal el Juzgado de la causa, a la sazón lo era el Promiscuo Municipal de Villa de Leiva, le puso término a la primera instancia con sentencia de 28 de septiembre de 1966, mediante la cual negó todas las súplicas impetradas en la demanda y absolvió a la demandada de los cargos que en dicho libelo se formularon contra ella.

Por apelación interpuesta por la demandante el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, el cual, por sentencia del 24 de enero de 1968, confirmó la apelada e impuso las costas a la apelante, quien interpuso contra dicho fallo el recurso de casación.

III

La sentencia del Tribunal

Luego de relacionar los antecedentes del litigio y de afirmar que en este caso se hallan presentes los presupuestos del proceso, indispensables para el pronunciamiento de fallo de mérito, entra el Tribunal a considerar los fundamentos de la acción de pertenencia, con base en la prescripción adquisitiva extraordinaria, que es la aquí instaurada, advirtiendo que según el artículo 5º de la Ley 120 de 1928 una declaración judicial en tal sentido solo puede recaer "sobre el inmueble o la parte de éste que haya poseído realmente el demandante por medio de hechos positivos a que da derecho el dominio".

Y después de notar que si en principio la demandada se opuso a la declaración de pertenencia que su demandante impetró para tres inmuebles diferentes, al practicarse la inspección ocular para identificarlos concretó la oposición a uno solo de los fundos, al solar ubicado en la carrera 5ª de Villa de Leiva que es el poseído por ella y sobre el cual alega dominio, pues que expresamente manifestó no tener interés alguno en los otros dos, y que en tal virtud la demandante entonces expresó que limitaba las pruebas a la demostración de la posesión del inmueble, materia de la oposición, cuyo dominio invocaba la opositora, concluye que por esta razón la declaración de pertenencia por prescripción adquisitiva no se puede hacer en relación con los dos predios sobre los cuales la demandada no alega ningún derecho.

Pasa en seguida el sentenciador a considerar las pruebas practicadas, no sin antes advertir que habiéndose invocado en la demanda una posesión actual, la demandante estaba obligada a demostrar que la ostentaba en el momento de entablar la acción, ante la imposibilidad de aceptar la modificación de los hechos básicos por procedimientos distintos del previsto para la corrección de la demanda. Analiza la inspección ocular en la cual se dejó constancia de que el predio lo detentaba entonces Ananías Pardo, como arrendatario de la demandada, y en la cual la demandante afirmó que Isabel Casallas de Morato había perdido la posesión del inmueble por actos ilegales de la Alcaldía; estudia la demanda de marzo de 1961, mediante la cual Casallas de Morato impetraba ante la Alcaldía de Villa de Leiva amparo posesorio frente a la demandada; lo mismo que la diligencia de caución entre Inocencio Casallas y María Teresa Buitrago.

Y después de comentar las declaraciones de Ananías Pardo y de Inocencio Casallas, sostiene que todas estas pruebas "demuestran que cuando se instauró la demanda, en septiembre de mil novecientos sesenta y cuatro (1964), la posesión estaba en manos de la demandada, lo que contradice uno de los hechos de la demanda".

Dice además el ad-quem que el acervo probatorio acredita que si la demandante tuvo la posesión del predio, ésta fue interrumpida; y que como no fue legalmente recobrada mediante el ejercicio de las acciones pertinentes, tal interrupción hace perder todo el tiempo de la posesión anterior, según lo estatuye el art. 2.523 del C. C.

Agrega el sentenciador: "La falta de la prueba de la posesión actual en el actor, impediría además contar el término de la prescripción que debe empezar a correr desde la notificación de la demanda al demandado, hacia atrás. En todo caso el hecho de la interrupción de la posesión, no podía desconocerse por el demandante y tenía que ser alegado en la demanda, en caso de que no se considerara que la posesión actual era uno de los requisitos de la declaración de pertenencia. Pero esto, como ya se observó modificaría la demanda". Finalmente nota el Tribunal que tampoco podría hacerse la declaración de pertenencia, si se tiene en cuenta que el derecho de la demandada aparece mejor caracterizado con los títulos que debidamente inscritos aportó y que la acreditan como dueña del predio, por haberlo comprado a Adriano Castellanos según escritura Nº 5668 de 19 de diciembre de 1960, otorgada en la Notaría 10ª de Bogotá, quien a su vez lo había comprado en agosto de 1931, según escritura Nº 125 de la Notaría de Villa de Leiva.

IIII

La demanda de casación

Contra la sentencia de segundo grado que se deja extractada interpuso la demandante el recurso de casación. En la demanda respectiva le formula cuatro cargos, todos con fundamento en la causal primera del artículo 52 del Decreto 528 de 1964, y que la Corte procede a examinar.

Primer cargo

1. Está formulado por "violación indirecta de la ley sustantiva por error de hecho manifiesto y evidente, ya que el sentenciador dejó de apreciar la prueba testimonial y la escrita, legalmente producidas en el proceso, para acreditar el hecho de la posesión, el tiempo y las condiciones de eficacia legal. El no haberse atendido con lo dispuesto por los arts. 593, 597, 598, 601, 668 del C. J. se violaron las siguientes normas sustantivas: atrs. 665, 673, 762, 786, 780, 2512, 2514, 2518, 2521, 2522, 2527, 2531, 2535, 2538 del C. C. Ley 120/28 arts. 2º, 4º y 5º Ley 50/36 art. 1º".

Entre las pruebas que el Tribunal dejó de apreciar señala el censor las siguientes:

a) Los testimonios de Fabriciano Rodríguez, Ana María Sáenz, María Luisa v. de Parra, Félix María Castellanos, Domingo Castellanos, Manuel Robles, Brígida Reyes, Francisco Franco Medina, Rafael Castillo, Gratiniano Igua, Tomás Pardo, Ismenia López de Pardo, Inocencio Casallas e Isabel Casallas de Morato; y

b) Los documentos contentivos de los contratos de arrendamiento que sobre el predio celebró en 1956, 1959 y 1963 Carmen Sotelo v. de Castellanos con Carlos Sotelo, Jorge Corredor e Isabel Casallas v. de Morato, y el de ésta con Tomás Pardo en 1961; lo mismo que la copia de las demandas posesorias instauradas en 1963 ante la Alcaldía de Villa de Leiva por Isabel Casallas de Morato contra Teresa Buitrago y Ananías Pardo.

2. En desarrollo del cargo dice el acusador que todas estas pruebas, cuya consideración omitió el fallador, demuestran plena e idóneamente que la demandante ha poseído el predio por el tiempo y en las condiciones requeridas por la ley para usucapirlo extraordinariamente, y que dicha posesión no fue interrumpida en tiempo oportuno sino después de haberse consumado la prescripción.

Añade el censor que si Adriano Castellanos fue dueño del inmueble, del testimonio de Fabriciano Rodríguez se puede inferir el abandono posterior de su derecho, como también lo corrobora la circunstancia de que la escritura 125 de 1931, mediante la cual lo compró, sólo fue registrada en 1959.

Segundo cargo

1. Se plantea en esta forma: "violación indirecta de la ley sustantiva por error de derecho al asignarle el juzgador un mérito distinto al otorgado por la ley a las declaraciones de Ananías Pardo, Inocencio Casallas, a la manifestación del abogado, en cuanto a la pérdida de la posesión hecha en la diligencia de inspección ocular y a la apreciación en la diligencia de caución entre Isabel Casallas de Morato o mejor Inocencio Casallas y Ananías Pardo".

"El no haber aplicado el Honorable Tribunal el art. 697 del C. J. como tampoco el 647 de la misma obra que determinan el valor legal de los testigos hábiles que concuerdan en el hecho y circunstancias de tiempo, modo y lugar lo mismo que el valor de la prueba sumaria de los documentos presentados dentro del proceso en el Cd. 2º de pruebas, lo llevaron a cometer el error de derecho acusado sobre las siguientes normas: arts. 665, 673, 762, 786, 780, 2512, 2514, 2518, 2521, 2522, 2527, 2531, 2535, 2538 del C. C. Ley 120/28 arts. 2º, 4º y 5º Ley 50/36 art. 1º".

2. En sustentación de este cargo empieza el acusador afirmando que si según el artículo 697 del C. J. el dicho de dos testigos concordes en las circunstancias de lugar, tiempo y modo constituye plena prueba, incurrió en error el Tribunal al no dar por establecida la posesión invocada por la demandante como hecho básico de su pretensión, pues que los varios testimonios recibidos en el proceso, por emanar de personas hábiles y por ser responsivos, exactos y completos, y además legalmente admisibles para demostrar la posesión necesaria para la prescripción, acreditan lo contrario.

Dice luego que también incurrió en error de derecho al no haber atribuido a los documentos privados presentados el valor de prueba sumaria que les corresponde; y al atribuir a las manifestaciones de Inocencio Casallas, Ananías Pardo, a lo expresado por el apoderado de la demandante en la inspección ocular un valor legal que no tienen, puesto que, agrega, al analizar estas probanzas "se colige que ninguna de ellas demuestra que la interrupción de la posesión se haya llevado a efecto antes de haberse consumado los 20 años que exige la Ley 50/36 en su artículo 1º sino que se limitan a expresar un hecho sobre posesión ocurrido por el año de 1964 cuando ya mi poderdante llevaba más de treinta años de posesión".

Tercer cargo

1. Viene formulado por "violación o infracción directa de la Ley Sustantiva arts. 665, 673, 2512, 2518, 2531, 2533, 2535, 2538, 778 del C. C. Ley 120/28 art. 2º, 4º y 5º Ley 50/36 art. 1º; por indebida aplicación del art. 2523 del C. C., sobre la interrupción natural de la segunda especie".

2. Al desenvolver este cargo dice el impugnador que el Tribunal, aplicando a este caso el artículo 2523 del C. C., olvidó que dicha norma regula un supuesto fáctico distinto, puesto que, agrega, tal norma solo rige "cuando no se ha agotado el lapso de tiempo de que trata el artículo 1º de la Ley 50/36, en armonía con los arts. 2512, 2535, 2531, 2538, esto es, que si no se han ejercido las acciones y derechos dentro del tiempo legal, para evitar la extinción de los mismos, se opera la adquisición del dominio por prescripción y una vez consumada no cabe interrupción de ninguna clase".

Cuarto cargo

1. Se hace consistir en el quebranto directo, por interpretación errónea, del artículo 5º de la Ley 120 de 1928.

2. En desarrollo del cargo dice el acusador que el error del Tribunal consiste en haber considerado, que cuando el artículo 5º de la precitada Ley 120 de 1928 determina que la declaración judicial de pertenencia "solo recaerá sobre el inmueble o la parte de éste que haya poseído realmente el demandante", está exigiendo una posesión actual por parte del demandante. "De esta suerte —continúa el censor— el Honorable Tribunal erró en la interpretación de tal

norma al tratar de hacerla significar que la posesión del demandante sea actual. Como ya se dijo y se repite, la ley dice, es que el demandante haya poseído por más de 20 años y no que esté poseyendo".

IV

Consideraciones de la Corte

1. El resumen que se ha hecho del fallo acusado permite inferir clara e inequívocamente que el Tribunal sentenciador adujo como fundamento de su decisión, desestimatoria de las pretensiones de la demanda, tres razones primordiales, a saber:

a) Que la demandante no acreditó, como estaba obligada a hacerlo por constituir afirmación básica de su libelo, estar en posesión material del predio que pretende usucapir por la época en que instauró la acción, septiembre de 1964, y ya que si en la inspección ocular practicada para identificar los fundos materia de la prescripción, expresó que había sido despojada de ellos por actos ilegales de la Alcaldía de Villa de Leiva en el año de 1961, tal aserto no puede tener virtualidad para modificar la causa petendi de la demanda, desde luego que "los hechos de la demanda no pueden ser modificados en el curso del juicio, sino mediante el procedimiento de la corrección de la demanda, pues son la base de la acción intentada y determinan el alcance de la relación procesal formada con la contestación";

b) Que si la demandante fue poseedora material del inmueble, las pruebas practicadas en el proceso demuestran que tal posesión se interrumpió, y que como no fue legalmente recobrada mediante el ejercicio de las acciones pertinentes, dicha interrupción produjo como efecto el de que "la posesión anterior, cuando ha entrado en ella otra persona, hace perder todo el tiempo de la posesión anterior", lo que implica, dice la sentencia impugnada, que no puede accederse a la declaración de pertenencia que con base en la prescripción adquisitiva se impetra porque ella requiere, según la ley, una "posesión no interrumpida durante veinte (20) años"; y

c) Que el derecho de la demandada sobre este fundo aparece mejor caracterizado con los títulos que la acreditan como dueña, por haberlo comprado a Adriano Castellanos, "según escritura número cinco mil seiscientos ochenta y ocho (5.688) de diez y nueve (19) de diciembre de mil novecientos sesenta (1960), debidamente registrada y otorgada en la Notaría 10ª de Bogotá, quien a su vez había comprado a Vicente Buitrago, según escritura número ciento veinticinco (125) de veintitrés (23) de agosto de mil novecientos treinta y uno (1931), de la Notaría de Villa de Leiva y debidamente registrada".

2. La demanda de casación, como aparece del extracto que en lo fundamental se ha hecho de ella, se limitó a atacar el fallo por las dos primeras de estas tres razones, pero omitió la impugnación de la tercera. La absoluta ausencia de censura a este último motivo sustentador de la sentencia impide la prosperidad del recurso, porque dado su carácter extraordinario no le está permitido a la Corte examinar oficiosamente tal consideración del ad-quem que de por sí es bastante para sostener su sentencia.

"Aunque el recurrente acuse la sentencia por violación de varias disposiciones civiles —ha dicho al respecto esta Corporación— la Corte no tiene necesidad de entrar en el estudio de los motivos alegados para sustentar esa 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, 11 y 45; LXXV, 52).

3. Este defecto de técnica en la formulación del recurso de casación sería suficiente, por sí solo, para fundar su improsperidad. Sin embargo, la demanda respectiva, en el planteamiento y desarrollo de los cargos 1º, 2º y 4º, ofrece además las siguientes dos fallas, que la Corte apunta por vía de reiteración doctrinal:

A) Como la causal primera de casación se funda siempre en el quebranto de la ley

sustancial, ora sea por vía directa, esto es sin que medie reparo alguno sobre la ponderación de los medios de prueba, o ya por la vía indirecta, es decir por atribuirse a error de hecho manifiesto o de derecho en la apreciación de determinada probanza, la indicación clara y precisa de los fundamentos de la causal, que como requisito de forma exige el artículo 63 del Decreto Nº 528 de 1964 para la procedencia de la demanda de casación, se traduce en el deber ineludible que tiene el censor de indicar si la sentencia es violatoria de las normas sustanciales que cita, por falta de aplicación al caso del pleito, habiendo debido serlo; o por aplicación indebida, cuando se la empleó no siendo la pertinente al asunto; o por interpretación errónea, cuando a pesar de ser la adecuada, se la entendió sin embargo y por tanto aplicó en un sentido distinto al que le infundió el legislador.

De ahí que, como lo ha dicho reiteradamente la Corte, tratándose de la causal primera de casación, la censura para ser eficaz, debe en todo caso señalar e individualizar, determinándolos, cada uno de los textos legales sustanciales que se consideren infringidos, indicando o puntualizando el concepto de la violación. "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, más que apoyan, las correspondientes acusaciones" (G. J., Nº 2144, pág. 35).

La demanda de casación que aquí se estudia, como aparece claramente de la transcripción que del planteamiento de los cargos se ha hecho, se limitó, en la enunciación de los dos primeros, a citar un largo número de normas que el recurrente estima vulneradas con la sentencia del ad quem, pero omitió absolutamente puntualizar el concepto de la violación. Esta deficiencia en la formulación del recurso también determina la improcedencia de la censura, porque dado su carácter esencialmente técnico no resulta posible para la Corte buscar oficiosamente los extremos del quebranto de los textos citados.

B) La jurisprudencia de la Corte constantemente ha sostenido que todo cargo en casación, para ser procedente, debe contener una proposición jurídica completa, es decir que debe presentar el fenómeno de la violación normativa, en aquellos casos en que la situación jurídica cuya tutela se pide se halla regulada por la combinación de diversos preceptos, señalando la totalidad de los textos sustanciales que tengan incidencia en el punto cuestionado.

En el planteamiento del último cargo que la demanda formula a la sentencia del Tribunal el recurrente se limitó a señalar, como infringido directamente por interpretación errónea, el artículo 5º de la Ley 120 de 1928, que determina la posibilidad de hacer la declaración judicial de pertenencia sobre la parte del predio que realmente haya poseído el demandante pero olvidó citar el artículo 2º de ese mismo Estatuto y las demás disposiciones del Código Civil que consagran el derecho a adquirir el dominio de las cosas por la prescripción. El quebranto del primero de estos textos obviamente puede conducir a la infracción de los segundos; pero si estos últimos no se indican como vulnerados al formular el cargo, el fallo no puede ser casado aún en el evento de que la norma señalada haya sido realmente vulnerada, porque no se indican como infringidas todas las disposiciones en que se fundó el sentenciador o dejó de fundarse, y ya que la Corte no puede entrar a considerar de oficio motivos distintos de los expresamente señalados en la censura.

4. La ley 120 de 1928, mediante sus artículos 2º y siguientes, consagró la acción de pertenencia; es decir, estableció que la prescripción adquisitiva de dominio o usucapión puede proponerse como acción con el fin de que el usucapiente tenga oportunidad de consolidar la propiedad ganada por descripción, y no continúe sujeto a esperar que lo demanden para oponerla como excepción.

Pero si la posesión material de la cosa es elemento esencial de la prescripción adqui-

sitiva, ordinaria o extraordinaria, y por ende de la acción de pertenencia, no hay sin embargo, ni en esta ley 120 de 1928, ni en las normas del Código Civil que regulan la prescripción como modo de adquirir la propiedad, precepto legal alguno que exija, para la prosperidad de la acción declarativa de dominio por usucapión, que quien la promueva deba estar poseyendo el bien al momento de instaurar la demanda. Contrariamente, del articulado de aquel estatuto, y más precisamente del contenido de sus artículos 4º y 11º, se desprende que la acción puede ejercitarse no solo por quien está en posesión actual de la cosa, sino también por quien, por haberla poseído realmente durante el tiempo y en las condiciones que la ley determina, la haya ganado por prescripción, así no la esté poseyendo en el momento en que instaura la acción. En efecto:

a) Cuando el artículo 4º de dicha Ley 120 estatuye que para obtener la declaración de pertenencia debe seguirse un juicio ordinario "con la persona o personas contra quien (sic) se pretenda hacer valer la prescripción", está contemplando también el evento en que el prescribiente busca hacer valer el dominio en frente de otro que a su vez está ganando la cosa por el mismo medio; esto es, cuando la demanda se dirige contra el actual poseedor del bien; y,

b) Al preceptuar esta misma ley, mediante su artículo 11, que "el opositor en este juicio será considerado como demandante si no está en posesión de la finca", claramente significa que cuando el opositor está en posesión de ella debe recibir el tratamiento de demandado. Lo cual obviamente quiere decir que la acción puede también instaurarala el prescribiente que en ese momento no ostente la posesión del fundo.

Estas apreciaciones muestran que el Tribunal no acertó al exigir a la demandante la prueba de su posesión del predio "en el momento de constituirse esta relación procesal", por no tratarse de un presupuesto esencial de la acción petitoria de dominio. Y aún cuando tal hecho se invocó en la demanda como integrante de la causa petendi, no guarda empero relación jurídica de causa a efecto con el petitum por no constituir elemento axiológico de la pretensión, por lo cual, la falta de prueba del aserto resulta intrascendente para la decisión del litigio.

Estas consideraciones las hace la Corte por vía de rectificación doctrinaria, ya que la falta de técnica en la formulación del cuarto cargo que se hace a la sentencia del Tribunal, y a que atrás se alude, no permite entrar en el estudio de la censura.

Se desestiman, por lo dicho, los cargos formulados.

V

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 veinticuatro (24) de enero de mil novecientos sesenta y ocho (1968), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, en este juicio ordinario.

Por razón de la rectificación doctrinaria contenida en este fallo, no se hace condenación en costas en el recurso.

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

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

Heriberto Caycedo Méndez. Secretario.

FILIACION NATURAL

Prueba testimonial, debe someterse a la crítica racional.

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

(Magistrado Ponente: Doctor Ernesto Cediel Angel).

(Aprobación: Acta Nº 28 de 29 de marzo de 1971).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 26 de marzo de 1969, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el proceso ordinario adelantado por Ana Clotilde Ríos contra María Cecilia Vesga de Sánchez y otros.

El litigio

Ante el Juzgado 15 Civil Municipal de Bogotá, Ana Clotilde Ríos Delgado, en su condición de madre natural de los menores Alba, Martha, Juliana y Ricardo, demandó a María Cecilia Vesga de Sánchez, Fernando Sánchez Vesga, Elsa Sánchez Vesga y a las menores Cecilia y Magdalena Cristina Sánchez Vesga, representadas por su madre legítima María Cecilia Vesga v. de Sánchez, a efecto de que se declarase que los menores demandantes son hijos naturales de Silvino del Carmen Sánchez Moreno y que en esa calidad tienen derecho a intervenir en la sucesión intestada de éste, en concurrencia con los demás herederos, y a recibir la cuota hereditaria que les corresponde de acuerdo con la ley.

Aunque en el libelo se formulen otras peticiones, para efectos del recurso no interesa conocerlas puesto que el Juzgado las negó por improcedentes, y la parte demandante se conformó con esa decisión.

En la **causa petendi** de la demanda afirma la parte demandante, en resumen, que del 1º de mayo de 1951 al 11 de octubre de 1963, existió entre Clotilde Ríos Delgado y Silvino del Carmen Sánchez Moreno concubinato notorio, conocido por todos los vecinos; que como resultado de esa unión libre existieron entre ellos relaciones sexuales estables y notorias; y que eran tales la notoriedad e intimidad de las relaciones, que Sánchez Moreno iba a comer y a dormir a la casa de habitación de Ana Clotilde, la presentaba a sus amigos como su esposa, le enviaba cartas dirigidas a Anita de Sánchez, y le llevó consigo en los viajes que hizo a Cuba, Estados Unidos y varios países de Europa; que como consecuencia directa y exclusiva de dichas relaciones fueron concebidos y procreados los menores Alba, Martha, Juliana y Ricardo, quienes nacieron el 13 de junio de 1953, el 26 de septiembre de 1954, el 10 de septiembre de 1957 y el 21 de julio de 1961, respectivamente; que Silvino los hizo bautizar como hijos legítimos, motivo por el cual figuran en las actas respectivas con los apellidos Sánchez Ríos; que los presentaba a sus amigos y relacionados como sus hijos y proveyó continuamente a su subsistencia, educación y establecimiento hasta el día de su fallecimiento, 11 de octubre de 1963; que cuando viajaba al exterior, Silvino les enviaba tarjetas en las cuales los reconocía como hijos; que para la atención tocológica de Ana Clotilde, aquel contrató los servicios del doctor Ricardo Hoyos Lobo; y que en el juicio de sucesión intestada que cursa en el Juzgado 14 Civil Municipal de Bogotá, se reconoció a María Cecilia Vesga v. de Sánchez como cónyuge

supérstite, y a los restantes demandados como hijos legítimos del causante.

Con oposición de la parte demandada adelantose el trámite de la primera instancia, la cual culminó con la sentencia de 22 de julio de 1968, mediante la cual el Juzgado declaró no probadas las excepciones propuestas por aquella; declaró que los menores Alba, Martha, Juliana y Ricardo son hijos naturales de Ana Clotilde Ríos Delgado y Silvino del Carmen Sánchez Moreno y que en su condición de tales tienen derecho a intervenir en la sucesión de su padre natural, en concurrencia con los demás herederos, y a recibir la cuota parte que les corresponde conforme a la ley; negó, por improcedentes, las restantes peticiones, y condenó en costas a la parte demandada. Apelado por ésta el fallo del a-quo, el Tribunal lo confirmó en el de 26 de marzo de 1969, materia del recurso de casación que hoy se decide.

Motivación de la sentencia impugnada

Comienza por notar el sentenciador que en la demanda incoativa de este proceso se invocaron como causales para impetrar la declaración judicial de paternidad, las de los ordinales 3º, 4º, y 5º de la ley 45 de 1936; que el sentenciador de primer grado encontró que la causal cuarta cobijaba a todos los demandantes, mas no así la quinta, puesto que exigiéndose que la posesión notoria del estado civil haya durado diez años, dicha causal sólo podría aplicarse respecto de Alba y no de los otros; y que desde el punto de vista probatorio edificó el a-quo su decisión en los testimonios de las personas que narraron los hechos indicativos de las relaciones sexuales que existieron entre Ana Clotilde y Silvino.

Transcribe, en seguida, los pasos pertinentes de los testimonios rendidos por Ligia Pardo de Steevens, Jesús Antonio Steevens Espinosa, Francisco Peñalosa, Helena Rivero de Peñalosa, Lilia Lizcano de Herrera, Germán Lozano, Hilda Herrera de Araque, Luis Enrique Casabianca, Mery Granados de Gracia, Salomón Bermúdez, Manuel Romero y Myriam Steevens Pardo; dice que "también debe mencionarse en este fallo la declaración que el doctor Ricardo Hoyos rindió en el juicio ordinario sobre filiación natural en que fueron partes las mismas personas que figuran como sujetos activos y pasivos de la presente relación jurídico procesal, juicio del cual da cuenta la copia que aparece a folios 51 y siguientes del segundo cuaderno, que contiene la declaración del citado médico y establece que el referido proceso terminó con una sentencia inhibitoria, que, como es bien sabido, no puede servir de fundamento para estructurar la excepción de cosa juzgada". Advierte que "la declaración a que se acaba de hacer referencia fue solicitada y decretada como prueba en este juicio y su copia, como se dijo, obra en él"; agrega con cita de una sentencia de la Corte, que la ratificación de ese testimonio no era necesaria "porque el principio procesal de la contradicción o audiencia bilateral, en el cual se inspira el art. 693 del C. J., no sufre mengua por haber sido parte en el juicio en que fue recibido, las personas que como demandadas fueron citadas al presente".

Al determinar el valor probatorio que debe asignarle a la prueba testimonial allegada por la parte demandante, expresa el Tribunal que las declaraciones provienen de personas mayores de catorce años, en quienes no concurren causales de impedimento ni motivos de sospecha; que encuentra aceptable la razón del dicho de los testigos, pues éstos explican de manera razonada las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon los hechos por ellos narrados; que "como las preguntas que se les formularon a los testigos recibieron respuestas adecuadas, completas y en ellas no faltan los detalles, las calidades de responsabilidad (sic), exactitud y coherencia adornan la prueba testimonial de la parte demandante"; que los declarantes explican suficientemente la razón de su dicho, pues unos manifiestan que en razón de sus relaciones de amistad y vecindad que tuvieron con la familia de Clotilde adquirieron el conocimiento de que ella y Silvino comenzaron a vivir como casados en el año de 1951, "agregando que con ocasión de las visitas que hicieron a las casas que habitaron Ana Clotilde y Silvino,

cuyas direcciones anotan, pudieron percatarse de la continuidad y permanencia de la vida en común que aquellos hacían"; que las transcripciones de los testimonios quitan todo valor a la afirmación de que los declarantes no den razon de su dicho; que se hallan de acuerdo éstos en que Silvino y Ana Clotilde se comportaron, hasta el día en que aquel falleció, como si fueran casados, pues su trato correspondía al de un hombre y una mujer unidos en matrimonio; que "las transcripciones de las declaraciones que anteriormente se hicieron, ponen de presente ese trato y comportamiento, esto es, señalan los hechos indicativos de la unión marital que existió entre Silvino y Ana Clotilde, cuyo origen debe ubicarse en el año de 1951, según la prueba testimonial en estudio, a la cual se le debe dar el valor probatorio previsto por el art. 697 del C. J., esto es el de plena prueba, para concluir que las relaciones sexuales alegadas en la demanda se encuentran demostradas y como los nacimientos de Alba, Martha, Juliana y Ricardo ocurrieron en los años d 1953, 1954, 1957 y 1961, según las partidas que aparecen a folios 10, 11, 12 y 13 del cuaderno primero, es preciso concluir que a dichos menores los cobija la presunción establecida por el ordinal 4º del art. 4º de la ley 45 de 1936".

"No desvirtúa la anterior conclusión de la Sala —se lee en el fallo recurrido— los argumentos aducidos en esa instancia y en la primera por el señor apoderado de los recurrentes con el fin de restarle valor a la prueba testimonial de los demandantes, pues, el hecho de que Silvino Sánchez haya guardado silencio en sus aclaraciones de renta respecto de la existencia de los menores Alba, Martha, Juliana y Ricardo y la circunstancia de que la prueba testimonial aducida por los demandados ponga de presente que Silvino Sánchez vivía con su legítima esposa, no pueden dar fundamento para imputarles una falsedad a los declarantes de los demandados, ni para sostener que existe una contradiccion entre esos testigos y la prueba literal, contradicción que tampoco puede hacerse surgir del hecho de que Silvino Sánchez haya procreado un hijo legítimo en el período que va de 1950 a 1963, de lo cual da cuenta la copia del acta del estado civil que se aportó con la demanda (f. 7º cdno. 1º), pues, tales elementos de convición y los testimonios de los actores, únicamente ponen de presente que el señor Silvino Sánchez tuvo una familia legítima y una familia natural y que en la época en que existió la segunda dicho señor atendió también los deberes que emanaban de la primera".

Se refiere luego el sentenciador a las cartas que obran a los folios 15, 16, 17 y 18 del cuaderno segundo y a las fotografías aportadas al juicio, para decir en relación con las primeras que "corroboran las afirmaciones que hacen los testigos en sus exposiciones, respecto de las relaciones de esposo y esposa que aquellos narran"; y tocante con las segundas que "como las imágenes que en ellas parecen fueron debidamente identificadas por los testigos, no hay por qué negarles el valor de presunciones que ellas tienen, indicativas de las relaciones que existieron entre Ana Clotilde y Silvino, presunciones que contribuyen a reforzar las pruebas testimonial y documental antes relacionadas". Dice que las cartas mencionadas tienen la calidad de auténticas puesto que obraron en el juicio ordinario en que fueron parte los demandados, y que como no hay prueba de que en ese proceso hubieren sido redargüidas u objetadas, les es aplicable el artículo 645 del C. J., y, por lo mismo, debe tenérseles por reconocidas. Observa, asimismo, que la objeción que a las fotografías formuló la parte demandada no desvirtúa el valor que les da el Tribunal, porque la autenticidad de ellas aparece demostrada con la prueba testimonial.

De donde concluye el ad-quem que "la sentencia apelada debe confirmarse en todas sus partes, puesto que a los menores Alba, Martha, Juliana y Ricardo los cobija la presunción de paternidad establecida en el ordinal 4º de la ley 45 de 1936 y a la primera de las menores dichas la comprende, además, la contemplada en el ordinal 5º".

La impugnación

Fúndase en demanda que contiene seis cargos, todos del resorte de la causal primera. Por vía de método examinará la Corte, en primer término, los dos últimos, por cuanto en ellos se ataca la prueba testimonial que sirvió de soporte principal a la decisión recurrida.

Cargo quinto

Denúnciase en él error de derecho en la apreciación de la prueba testimonial, a causa del cual habría quebrantado el sentenciador, por indebida aplicación, los artículos 4º, ordinales 4º, 5º y 6º, de la ley 45 de 1936; 6º de la ley 75 de 1968, 370, 1040 y 1041 del C. C.; 85 de la ley 153 de 1887; y 18 y 28 de la ley 45 de 1936, "al otorgarles a los demandantes el carácter de hijos naturales del causante y reconocerles derechos herenciales".

Al desarrollarlo expresa el censor que violó el Tribunal los artículos 701 y 702 del C. J., "porque les otorgó valor a los testimonios de Ligia Pardo de Steevens, Jesús Antonio Steevens, Luis Francisco Peñalosa, Helena Rivero de Peñalosa, Lilia Lizcano de Herrera, Germán Lozano, Hilda Herrera de Araque, Edelmira Alba, Luis Enrique Casabianca, Mery Granados de Gracia, Salomón Bermúdez, Manuel Romero, Myriam Steevens Pardo, a pesar de que contienen graves contradicciones y además están en contradicción flagrante con la prueba documental y testimonial aportada por la demandada".

A intento de demostrar su aserto, observa el recurrente:

a) que Magdalena Sánchez Vesga, hija legítima de Silvino, nació en Bogotá en 1957, "lo que prueba que Sánchez vivía con su esposa y no con la madre de los supuestos hijos naturales, de modo que es totalmente falsa la afirmación de todos los testigos, de que Sánchez vivió bajo el mismo techo, en concubinato permanente con la madre de los demandantes desde 1951 hasta 1963", y que, por lo mismo, ningún mérito probatorio pueden tener los testimonios de quienes así declararon en falso;

b) que los mencionados testimonios se hallan en oposición con las copias de las declaraciones de renta presentadas por Sánchez desde 1953 hasta 1962, en ninguna de las cuales declara como hijos suyos a los demandantes, lo cual pone de presente la falsedad de aquellos, "puesta al descubierto por esos documentos públicos que sí hacen plena prueba (C. de Pr. C. art. 632)";

c) que la falsedad de tales testimonios se halla igualmente demostrada con las declaraciones de Leonel Thompson González, Jorge Agustín Gómez, José del Carmen Sánchez y Alberto Montañez, quienes con pleno conocimiento de causa y razón de su dicho "declaran que Sánchez vivió durante todo el tiempo en que lo conocieron (que comprende el del falso concubinato con la madre de los actores), en la casa familiar de la esposa y sus hijos legítimos, en Bogotá, situada en la calle 53 Nº 4-62"; y

d) que la contradicción manifiesta entre los testimonios aportados por la demandante con los cuatro allegados por la demandada, respaldados éstos por las declaraciones de renta y la procreación del último de los hijos legítimos, deja a los primeros sin ningún mérito probatorio al tenor de los artículos 701, 702, 697 y 688 del C. J., "porque la razón del dicho resulta contraevidente, inexacta de tal manera que lejos de indicar 'la manera precisa y distinta como ha sabido los hechos que afirma y de que tiene noticia' (art. 688, inc. 2º), cada uno de esos testigos, pone de presente que no pudo conocerlos, que no son ciertos, que están mintiendo y que su dicho carece de todo valor probatorio".

Hace luego el impugnante un examen crítico de los testimonios aducidos por la parte demandante, para concluir que "las contradicciones, las falsedades, la falta de una adecuada razón del dicho, dejan esos testimonios sin el menor mérito probatorio".

La Corte considera

1. Aunque el artículo 697 del Código Judicial estatuye que "dos testigos hábiles que concuerdan en el hecho y en sus circunstancias de modo tiempo y lugar, forman plena prueba en los casos en que este medio es admisible, conforme a la ley", no basta, empero, la sola concordancia de las declaraciones en cuanto a las circunstancias objetivas del hecho para que constituyan plena prueba, sino que es menester, además, que en ellas concurran los requisitos intrínsecos que para su estimación exigen los artículos 687 a 689 del Código Judicial, es a saber que los testimonios sean responsivos, exactos y completos, y no vagos, incoherentes o faltos de sentido. "El artículo 697 —ha dicho la Corte— significa que el Juez puede dar por plenamente demostrado un hecho con dos testimonios que reúnan esas calidades pero no que necesariamente debe tenerlo como demostrado, es decir, que aún en el caso de que haya dos testigos contestes acerca del hecho y de sus circunstancias, el juzgador conserva la facultad de aplicar las reglas de la sana crítica, rechazándolos en el caso de encontrarlos fal os. La doctrina universal mantiene el principio de que, para apreciar la prueba testimonial, los tribunales pueden y deben someterla a las reglas de la crítica racional". (LXXIX, 252).

2. Reiteradamente ha dicho la Corte que la calificación que de las condiciones de los testimonios haga el sentenciador, vale decir, si en su concepto son vagos, incoherentes o contradictorios, o, por el contrario, responsivos, exactos y completos; si concuerdan o no en el hecho y en las circunstancias de tiempo, modo y lugar; si ha de dárseles o no credibilidad de acuerdo con los principios de la sana crítica, etc., es una cuestión de hecho que cae bajo el poder discrecional de que goza el juzgador de instancia en la apreciación de las pruebas, y cuyo desacierto al enjuiciar esas calidades, por referirse a la objetividad misma de la prueba, entraña un error de hecho y no de derecho. "Por ello —se ha dicho—, si la sentencia considera coincidentes unas declaraciones, sin serlo, o por el contrario, opuestas y desestimables otras, que en rigor concuerden, el resultado de ese proceso lógico no es censurable por error de derecho (se subraya), pues en ella no se está alterando el valor que en la ley posee la prueba testifical, sino por vía del error de hecho, en cuanto se sostenga una unidad irreal o una contradicción inexistente, en la comparación de los datos opuestos" (Casación de 7 de mayo de 1968, ordinario de Fritz Wolfert contra Carlota Barrios v. de Barbosa, aún no publicada).

3. "...siempre que se trate de atacar la apreciación que el Tribunal le haya dado al contenido de las declaraciones, a la credibilidad que merezcan los testigos, a la uniformidad o concordancia que entre varias exista, a la fundamentación de las aseveraciones del testigo de acuerdo con las circunstancias que exponga y la manera como pudo conocerlos, es decir, la formación del concepto que sobre ellas tuvo el Tribunal, el ataque debe ser enderezado por error manifiesto de hecho (se subraya), ya que, de una parte, están fuera de lugar las violaciones de normas legales sobre pruebas, y, de otra la autonomía que en principio tiene el juzgador de instancia para apreciar tales hechos impide la modificación de sus conclusiones por la Corte en casación, a menos que aparezcan reñidas con la clara e indudable evidencia.

"Cuando existen declaraciones contradictorias, el juez de instancia las aprecia según la calidad, el número, la fama e ilustración de los testigos y 'conforme a los principios generales de sana crítica' (C. J. art. 702). Por consiguiente, sólo por error manifiesto de hecho pueden atacarse en casación sus conclusiones, (se subraya) como sucedería, por ejemplo, si no existieran en absoluto las contradicciones que el Tribunal anota o si dejara de ver las que indudablemente existen". (Tratado de Derecho Procesal Civil, T. IV, pág. 154 y 155).

4. En ejercicio del poder discrecional de que goza el sentenciador para valorar los testimonios y para calificar sus condiciones intrínsecas, el Tribunal les dio el valor de plena prueba a las declaraciones a que alu-

de la censura, aportadas por la parte demandante para acreditar la estabilidad, notoriedad y oportunidad de las relaciones sexuales que existieron entre Ana Clotilde y Silvino, por haber encontrado aceptable la razón del dicho de los testigos, pues éstos "explican de manera razonada las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon los hechos por ellos narrados"; porque "las pruebas que se les formularon a los testigos recibieron respuestas adecuadas, completas y en ellas no faltan los detalles, las calidades de responsabilidad (debió decirse responsividad), exactitud y coherencia adornan la prueba testimonial de la parte demandante"; y porque "explican suficientemente la razón de su dicho, pues unos dicen que por las relaciones de vecindad y amistad que tuvieron con la familia de Ana Clotilde Ríos Delgado, adquirieron el conocimiento de que ella y Silvino Sánchez principiaron a vivir como casados en el año de 1951, en las fechas por los deponentes señaladas, agregando que con ocasión de las visitas que hicieron a las casas que habitaron Ana Clotilde y Silvino, cuyas direcciones anotan, pudieron percatarse de la contuinidad y permanencia de la vida común que aquellos hacían". La convicción adquirida por el sentenciador en el punto es respetable para la Corte, pues no aparece que la conclusión a que llegó peque de arbitrariedad manifiesta o de contraevidencia.

5. Si en sentir del recurrente los testimonios mencionados no reunían las calidades exigidas por la sana crítica probatoria para que formaran plena prueba, bien porque los declarantes no dieron razón adecuada de su dicho, o porque el sentenciador no percató las contradicciones en que incurrió el testigo en una o varias declaraciones, o no vio la contradicción que existía en las exposiciones de varios testigos sobre un mismo punto, o porque consideró concordantes las declaraciones sin serlo, etc., ha debido impugnar el fallo del Tribunal por la vía del error de hecho, demostrando la contraevidencia en que aquel habría incurrido. Mas como en la censura se le imputa error de derecho al sentenciador en la apreciación de los testimonios mencionados por los motivos antes indicados, el cargo resulta improcedente y, por ende, debe rechazarse.

Cargo sexto

Formúlalo el recurrente en los siguientes términos:

"Acuso, por último, a la sentencia del Tribunal, por error manifiesto de hecho en la apreciación de los testimonios que se dejaron citados en el cargo anterior y el del Dr. Ricardo Hoyos Lobo, por cuanto el Tribunal desatendió las contradicciones que en ellos aparecen, con los testimonios de quienes declararon a petición de la parte demandada, y la prueba documental de ésta, puesto que es flagrante esa contradicción, ya que los últimos y tal prueba documental, prueban que Sánchez vivía permanentemente con su esposa e hijos legítimos, lo cual hace imposible que pudiera vivir 'como marido y mujer', permanentemente, con la Ríos, como afirman los falsos testigos de la parte demandante. El Tribunal dice que no hay incompatibilidad en tener dos familias, la legítima y la natural. Pero se trata de otra cosa: que los testigos de la demandante son enfáticos al decir que Sánchez vivió siempre, permanentemente, como marido de la Ríos, durante todos esos años, desde antes de nacer el primer hijo hasta su muerte, cuando la prueba de la demandada es plena en el sentido de que eso es totalmente falso, pues Sánchez vivió permanentemente con su esposa legítima y sus hijos legítimos".

"Aparece, pues, la plena prueba, que de haber relaciones entre la Ríos y Sánchez, no pudieron ser permanentes, ni Sánchez vivía en casa de la Ríos, sino apenas podía quizás visitarla. Los testigos de la demandante afirman todo lo contrario, con absoluta falsedad: que Sánchez vivía permanentemente, en la casa de la Ríos, todos esos años".

Ese error habría llevado al sentenciador a violar los preceptos señalados en el cargo anterior.

Se considera

1. Tiene dicho la Corte que "cada cargo debe hacerse con entidad propia, separada-

mente de los demás, sin que sea viable hacer, de cargos dispersos, específicamente distintos y en sí fragmentarios, uno solo, ni por lo tanto, intentar que un cargo incompleto se integre con la simple referencia a lo deducido en otro... La individualidad de cada cargo la determina su concreto fin acusatorio y, además, tratándose de la causal primera, la vía dialéctica mediante la cual ese fin se persigue". (CXXXI, 176).

No obstante que al cargo que antecede se le puede hacer el reparo de que la acusación en él contenida pretende complementarse con referencias a la deducida en otro, la Corte procede a despacharlo.

2. A juicio del recurrente existe una flagrante contradicción entre el dicho de los testigos presentados por la parte demandante, de un lado, y el de los de la parte demandada, del otro, pues, según él, "los testigos de la demandante son enfáticos al decir que Sánchez vivió siempre, permanentemente, como marido de la Ríos, durante todos esos años, desde antes de nacer el primer hijo hasta su muerte, cuando la prueba de la demandada es plena en el sentido de que eso es totalmente falso, pues Sánchez vivió permanentemente con su esposa legítima y sus hijos legítimos". Y le imputa al Tribunal error de hecho por no haber tomado en cuenta tales contradicciones.

3. De los testigos que declararon a petición de la demandante sólo hay dos o tres que dicen que Ana Clotilde y Silvino vivieron en forma continua, o permanente, bajo un mismo techo; los demás emplean expresiones como las de que "hacían vida marital", "vivían en concubinato público", "vivían bajo un mismo techo", "tenían comunidad de habitación". El sentenciador no encontró antinomia ninguna entre el dicho de los testigos mencionados, referentes a la estabilidad de las relaciones sexuales que existieron entre Silvino y Ana Clotilde de 1951 a 1963, y el hecho de que aquel hubiera procreado un hijo legítimo en el mismo lapso, pues en su sentir esa circunstancia sólo pone de presente "que el señor Silvino Sánchez tuvo una familia natural y que en la época en que existió la segunda dicho señor atendió también los deberes que emanaban de la primera". Quiere esto decir que el Tribunal no entendió las expresiones "permanentemente", "continuamente", empleadas por algunos testigos, en una forma estricta, esto es en el sentido de que siempre vivió bajo un mismo techo con Ana Clotilde, de que ni por un momento vivió separado de ella, lo cual resultaría absurdo, sino en el de que vivieron juntos en forma estable, que es lo que realmente quisieron decir los testigos según se desprende del contexto de los testimonios, tomados en su conjunto, que es como deben apreciarse, y no tomando frases o palabras aisladas de la declaración. Como el Tribunal llegó a la conclusión de que podían coexistir la familia legítima y la natural de Silvino, y de que durante la existencia de las relaciones sexuales con Ana Clotilde aquel atendió también los deberes que tenía para con la primera, y esa conclusión no se sitúa ostensiblemente por fuera de lo razonable ni peca de contraevidencia, debe ser respetada en casación.

4. De existir contradicción entre las exposiciones de los testigos de la parte demandante y las declaraciones de los de la demandada, la convicción que se formó el sentenciador sobre la existencia de relaciones sexuales, estables y notorias entre Silvino y Ana Clotilde, con base en los testimonios aducidos por los demandantes, cae bajo el imperio del artículo 702 del C. J., en el cual campea la discreta autonomía del sentenciador para valorar los testimonios, ya que ese precepto lo faculta para que atendiendo a la calidad, número, fama, o ilustración de los testigos, deduzca "conforme a los principios generales de sana crítica, si hay plena prueba testimonial con relación a determinados hechos, o si sólo aparece de los testimonios aducidos alguna presunción o indicio, o si, para el fallo, debe prescindir en ese caso de tales exposiciones". Y en ejercicio de ese poder discrecional el Tribunal llegó a la conclusión de que los testimonios aducidos por la parte demandante acreditaban plenamente la existencia de las relaciones sexuales entre Silvino y Ana Clotilde en que se apoya la demanda

incoactiva de este proceso, no obstante la atención que coetáneamente le prestó a sus deberes con la familia legítima. La convicción adquirida por el sentenciador en el punto es respetable para la Corte, pues de las pruebas a que se refiere el censor no surge con caracteres de evidencia la inexistencia de aquellas relaciones.

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

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

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

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

"Basta así para que el juicio del sentenciador no admita censura en casación que no degenere, según viene expuesto, en arbitrariedad, por situarse ostensiblemente afuera del sentido común, aunque se puede organizar otro análisis de los medios, más profundo o sutil, más severo, más lógico o de mayor juridicidad en sentir de la crítica. Aún en el evento de que el nuevo estudio produjera vacilaciones más o menos intensas, no dejaría de ser obvio que la ruptura del fallo acusado ha de fundarse en la certeza y no en la duda". (CVII, 288-289).

El cargo es impróspero.

Cargos primero a cuarto

Con el fin de precisar la eficacia de la impugnación en ellos contenida, estima necesario la Corte hacer las siguientes observaciones:

Del resumen que se hizo de la motivación de la sentencia impugnada aparece, sin lugar a dudas, que la declaración de paternidad natural hecha por el Tribunal se fundó primordialmente, por no decir que de manera exclusiva, en la prueba testimonial allegada por la parte demandante, tal como se expresa en el siguiente paso del fallo recurrido:

"Las transcripciones de las declaraciones que anteriormente se hicieron, ponen de

presente ese trato y comportamiento, esto es, señalan los hechos indicativos de la unión marital que existió entre Silvino y Ana Clotilde, cuyo origen debe ubicarse en el año de 1951, según la prueba testimonial en estudio, a la cual se le debe dar el valor probatorio previsto por el art. 697 del C. J., esto es el de plena prueba, para concluir que las relaciones sexuales alegadas en la demanda se encuentran demostradas y como los nacimientos de Alba, Martha, Juliana y Ricardo ocurrieron en los años de 1953, 1954, 1957 y 1961, según las partidas que aparecen a folios 10, 11, 12 y 13 del cuaderno primero, es preciso concluir que a dichos menores los cobija la presunción establecida por el ordinal 4º del art. 4º de la Ley 45 de 1936".

Tiénese, por tanto, que con fundamento en esos testimonios, que a juicio del Tribunal tenían el valor de plena prueba de conformidad con el artículo 697 del C. J., concluyó aquel "que las relaciones sexuales alegadas en la demanda se encuentran demostradas y... que a dichos menores los cobija la presunción establecida por el ordinal 4º del art. 4º de la Ley 45 de 1936". Si posteriormente hizo alusión a las cartas de los folios 15 a 18 y a las fotografías aducidas al proceso, fue para decir que las primeras "**corroboran** (se subraya) las afirmaciones que hacen los testigos en sus exposiciones respecto de las relaciones de esposo y de esposa que ellos narran", y que las segundas constituyen "presunciones que **contribuyen a reforzar** (se subraya) las pruebas testimonial y documental antes relacionada".

Por donde se ve que la decisión del Tribunal tiene como soporte fundamental la prueba de testigos y no la documental mencionada, que es simplemente corroborante de aquella. De manera que aún sin tales cartas y fotografías el Tribunal habría acogido la pretensión de los demandantes, pues, según se vio, antes de hacer referencia a esos documentos ya había concluído el sentenciador, con base en la prueba testimonial, "que las relaciones sexuales alegadas en la demanda se encuentran demostradas" (se subraya), y que a los demandantes los cobija la presunción de paternidad.

No habiendo prosperado los ataques que en los cargos examinados se formularon a la prueba testimonial en que se funda la sentencia impugnada, los que en los cuatro primeros cargos se enderezan contra otros elementos de prueba resultan por fuerza intranscedentes.

En efecto:

En el cargo primero se denuncia "error de derecho en la apreciación de la prueba escrita, consistente en las cartas que obran a folios quince a diez y ocho del Cdo. Nº 2"; y en el segundo, "error manifiesto de hecho en la apreciación de las copias aducidas por los demandantes del anterior juicio ordinario", que condujo al Tribunal "a considerar auténticas esas cartas". De esta suerte, aún en el caso de que las censuras fueran fundadas, los errores en que hubiera podido incurrir el Tribunal al apreciar tales cartas carecerían de incidencia en la decisión, ya que ésta no se fundó en tales documentos sino en la prueba testimonial a que se hizo referencia.

En el cargo tercero se acusa la sentencia de segundo grado por "error de derecho en la apreciación del testimonio trasladado del doctor Ricardo Hoyos". Mas como el sentenciador hizo la declaración de paternidad natural con apoyo no sólo en ese testimonio sino en el de doce testigos más, en el caso de que hubiera incurrido en el error que se le imputa en la apreciación de esa declaración, el fallo encontraría fundamento bastante en el dicho de los otros doce testigos, contra el cual no prosperaron los ataques que se le formularon, razón por la cual la acusación resulta intrascedente.

Finalmente, en el cuarto cargo se achaca al Tribunal "error de derecho en la apreciación de la prueba de fotografías". Acontece, empero, que como el fallo del ad quem no se basó en tales fotografías sino, como ya se ha dicho, en los testimonios precitados, el error en que hubiera podido incurrir en relación con esos documentos carecería de incidencia en la decisión.

Síguese de lo dicho que los cuatro primeros cargos, por ser intrascendentes las acu-

saciones en ellos contenidos, son igualmente imprósperos.

Resolución

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha veintiséis (26) de marzo de mil novecientos sesenta y nueve (1969), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el presente juicio ordinario seguido por Ana Clotilde Ríos Delgado contra la sucesión de Silvino Sánchez.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

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

Heriberto Caycedo M., Secretario.

FILIACION NATURAL

Técnica de casación. — Fallo inhibitorio cuando son varios los demandados. — Peticiones subsidiaria y consecuencial.

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

(Magistrado Ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga).

(Aprobado según Acta número 28 de marzo de 1971).

Decídese el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 5 de noviembre de 1968, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Palmira en el juicio ordinario que promovieron Cenaida, Edilma y Lucía Piedrahita contra Celmira, Marta Delia, María Fanny, Ana de Jesús, Sergio y Epifanía Núñez, en su calidad de herederos de Sergio Núñez Becerra, y contra Arcesio Velásquez.

El litigio

Ante el Juez Segundo del Circuito Civil de Palmira aquellas demandaron a estos para que se declarara que las tres primeras, que forman la parte demandante, son hijas naturales de Sergio Núñez Becerra y que, como tales, tienen derecho a "reclamar dentro de la sucesión intestada de su padre la cuota herencial que les corresponda conforme a la ley, en concurrencia con los demás herederos que se han presentado al juicio"; para que se condene a todos los demandados a restituir a las demandantes "las cuotas herericiales que les correspondan o puedan corresponderles en los bienes de la sucesión", que se determinan cabalmente en la petición tercera de la demanda y para que se condene a los demandados al pago de los frutos civiles y naturales que hayan producido las cuotas de las demandantes en los bienes cuya restitución se les ordene, y no solamente los frutos percibidos, sino los que las demandantes hubieran podido percibir con mediana actividad e inteligencia si hubieran tenido los bienes en su poder.

La causa petendi se hizo consistir en los siguientes hechos, cuyo relato se resume:

1º Desde finales del año de 1918, en Palmira, Rosalbina Piedrahita y Sergio Núñez "establecieron afectuosas relaciones que los llevaron, a los pocos meses, a hacer vida común, como marido y mujer, en forma pública y estable".

2º Desde entonces, éste atendía todas las obligaciones del hogar y ella desempeñaba todos los oficios domésticos.

3º De esta unión, que fue pública, continua y estable, nacieron 7 hijos, de los cuales están vivos, entre otros, Lucía, Edilia y Cenaida.

4º Sergio Núñez, frente a todos, incluyendo a sus parientes y amigos, "trató a sus hijos con verdadero afecto paternal"; les dio alimentación, techo, vestido, educación, medicinas, etc., por más de 20 años, hasta cuando cada hijo "pudo bastarse a sí mismo".

5º Este trato duró hasta su muerte.

6º Rosalbina Piedrahita es soltera y desde cuando inició vida marital con Sergio Núñez, le guardó fidelidad.

7º La concepción de los demandantes tuvo lugar después de que aquel y Rosalbina Piedrahita iniciaron sus relaciones sexuales.

8º La posesión notoria del estado de hijos naturales de los demandantes respecto a Sergio Núñez duró desde el nacimiento de cada uno hasta la muerte de éste.

9º Esta posesión notoria ha permitido a los citados hijos usar indistintamente los apellidos de Núñez y de Piedrahita.

10. En las partidas de matrimonio de las demandantes, éstas usaron el apellido de Núñez; y cuando han registrado a sus hijos, en el acta de nacimiento han dejado consignado que su abuelo materno es Sergio Núñez, "todo lo cual indica la clara posesión del estado de hijas naturales" que tienen aquellas.

11. Sergio Núñez pagó los gastos de sepelio y funerales de Sergio Núnez Piedrahita, su hijo premuerto; contrató los servicios de un abogado para que llevara la parte civil dentro del proceso adelantando contra el homicida de su hijo. La prensa de Cali, en el primer aniversario de la trágica muerte de éste, "renovó el pésame a don Sergio Núñez, hecho que indica inequívocamente la posesión notoria que como hijos naturales de don Sergio tenían todos los hijos de Rosalbina Piedrahita".

12. El 29 de junio de 1962, en Palmira, falleció intestado Sergio Núñez; el juicio de sucesión fue abierto por auto de 24 de septiembre siguiente en el que fueron reconocidos como herederos, en calidad de legitimados, Celmira, Marta Delia, María Fanny, Ana Jesús, Sergio Isaura y Epifanio Núñez Durán.

13. La sucesión no ha sido liquidada.

14. Las herederas Marta Delia y Ana Jesús, como consta en la escritura número 2501 otorgada ante el Notario 1º de Palmira, vendieron a Arcesio Velásquez su derecho herencial radicado en el predio rural "La Herradura", por lo cual, en auto de 29 de enero de 1953 el adquirente fue admitido como subrogatario de aquellas en ese derecho.

15. La acción de filiación se encamina contra todos los herederos de Sergio Núñez.

16. En este juicio "se hará uso del derecho de petición de herencia" para obtener la restitución de las cuotas correspondientes; "al subrogatario Velásquez se le demanda para los efectos de la petición de herencia".

17. Al entrar en vigencia la Ley 45 de 1936, Sergio Núñez era soltero, pues aunque murió siendo casado, había celebrado el matrimonio el 22 de noviembre de 1939.

Con oposición de los demandados tramitose la primera instancia que culminó con sentencia de 11 de enero de 1967, mediante la cual fue absuelta la parte demandada. De esta decisión apeló el apoderado de las demandantes, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Palmira, en fallo de 5 de noviembre de 1968, confirmó la sentencia de primer grado con la reforma de que respecto al demandado Arcesio Velásquez declaraba probada la excepción de inepta demanda.

Las demandantes, entonces, interpusieron el recurso de casación que ahora se decide.

Fundamentos de la sentencia del Tribunal

Dice el sentenciador que el demandado Arcesio Velásquez fue citado al juicio en lo referente "única y exclusivamente a la acción subsidiaria de petición de herencia como subrogatario de derechos" herenciales; que aunque su apoderado haya dado contestación "a la acción principal de filiación natural", eso "en manera alguna es suficiente para legitimar la condición del demandado en esta última, pues al cesionario de derecho hereditario no puede considerarse "como causahabiente o heredero".

Que, por tanto, "no siendo posible valorar la presencia del señor Velásquez en el juicio, y entrar en el análisis de la posición

que pudiera asumir dentro de la acción principal, síguese que en verdad con relación a esta persona se ha generado la llamada ineptitud sustantiva de la demanda".

Entra luego el sentenciador en el estudio de la pretensión de filiación natural dirigida contra los hijos legitimados de Sergio Núñez en su calidad de herederos de éste, e interpreta que la causal alegada fue únicamente la de posesión notoria del estado civil de hijo natural, la que está integrada por tres elementos que consisten en: "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 y 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 padre o madre y el hijo y la reputación aludida hayan durado diez años al menos, en forma continua".

Pasa luego a analizar todos los testimonios aducidos por la parte demandante en orden a probar la causal alegada de posesión notoria del estado de hijo natural. Afirma que la declaración de Cecilia Bejarano no tiene gran fuerza probatoria, por no dar la razón del dicho, "porque decir simplemente que vivieron juntos en Palmira desde el año de 1920 y que tuvieron varios hijos, referencia hecha en razón de sus visitas ocasionales a la casa de Rosalbina Piedrahita, no lleva el ánimo del Juez al pleno conocimiento sobre la vida en común y el tratamiento de padre que recibieron los pretendidos hijos en un período mínimo de diez años"; que aunque en otros aspectos es atendible el dicho de este testigo, como sólo depone sobre hechos ocurridos de 1920 a 1922, no sirve para "configurar la posesión notoria del estado de hijo". Respecto al testimonio de Marino Olave dice que, no obstante haber afirmado éste que esas relaciones duraron desde 1931 hasta el día en que falleció Sergio Núñez, "el conocimiento que este testigo ha tenido sólo se extiende a un período de siete meses por haber sido trabajador del señor Núñez, encargado de cumplir órdenes periódicas en la hacienda La Herradura", y concluye diciendo que "de esta declaración no se colige que la pretendida posesión notoria se extienda a un período mínimo de diez años como lo exige el artículo 398 del C. Civil y menos que el presunto padre haya presentado a los interesados a sus deudos y amigos como a sus hijos, porque el deponente expresa que 'delante de mí no los llegó a presentar a ninguna persona'." En cuanto a la declaración de María Cedeño, por referirse sólo a un período "como de ocho a diez años", dice el sentenciador que no alcanza a comprender el término mínimo exigido por la disposición antes citada, por lo cual no puede aceptarse. Agrega que el testigo Luis Angel González no da la razón de su dicho, pues cada una de sus respuestas "es una reproducción de la pregunta" y que el deponente Ignacio Collazos Abadía sólo se refiere a un período de seis años, comprendido de 1930 a 1936, y asevera que no le consta que Sergio Núñez, ante terceros, haya tratado como hijos a los demandantes. Que la declaración de María Cruz Caicedo sí es atendible en todos los puntos de su exposición, pero por ser declaración de un testigo solo, no prueba plenamente; y "aunque se le puede atribuir una presunción más o menos atendible conforme al postulado de la valoración probatoria, el artículo 399 del C. Civil exige en el caso de autos que al invocarse la posesión notoria del estado de hijo, se compruebe con un conjunto de testimonios fidedignos que la establezcan de un modo irrefragable y ya vimos que esta condición no se cumple en el caso sub judice", porque no está demostrado el tratamiento público por un período de 10 años ininterrumpidos.

El sentenciador termina así: "los restantes indicios indirectos que en autos obran como son la fotografía y las partidas de nacimiento de algunos de los hijos de las interesadas, no tienen valor ante la ley", ya que las copias que hacen plena fe son las de documentos auténticos "entre los cuales no se podría aceptar la reproducción fotográfica de personas" y porque las partidas como fueron asentadas por los mismos interesados, serían "creación propia obtenida de boca de los pretendidos hijos al presen-

tarse en la oficina respectiva con el fin de cumplir una exigencia legal como es la estadística de nacimientos".

La demanda de casación

Formúlanse tres cargos contra la sentencia del Tribunal, todos dentro del marco de la causal primera consagrada en el ordinal 1º del artículo 52 del Decreto 528 de 1964.

Primer cargo

Denúnciase "manifiesto error de hecho en la interpretación de la demanda" que condujo a la violación indirecta de los artículos 404, 1013, 1155, 1240 ordinal 3º, 1321, 1323, 1325, 947 y 948 del Código Civil; ordinales 5º y 6º del artículo 4º y artículo 18 de la Ley 45 de 1936 y 209 del C. Judicial.

Expresa el recurrente que la demanda introductoria del juicio, por haber muerto el presunto padre, se dirigió contra los herederos de éste que habían sido reconocidos en su juicio sucesorio. Que, con fundamento en el artículo 209 precitado, a la acción de filiación natural puede acumularse la de petición de herencia a que se refieren los artículos 1321 a 1326 del C. C., "lo que se traduce en economía de tiempo y dinero y precaución contra fraudulentos traspasados de bienes hereditarios a terceros". Que, del mismo modo, acumuladamente, es posible "demandar en acción restitutoria al tercero que hubiere adquirido bienes de la herencia" como lo establece el artículo 1325 del C. C. Que, en su condición de herederos de Sergio Núñez, fueron citados al juicio todos los hijos legitimados de éste para que respondieran de las acciones acumuladas de filiación natural y petición de herencia; pero que, en atención a que las herederas Marta y Ana Jesús Núñez habían vendido a Arcesio Velásquez su derecho herencial radicado en la finca La Herradura, el cesionario también fue demandado, mas no "para que responda por la acción de filiación natural", pues como se lee al final de la petición tercera, "Arcesio Velásquez sólo restituirá en la cuota y frutos del predio rural del punto a)", y en el hecho 16 se expresó que este cesionario no es parte demandada en la acción de filiación natural, sino "únicamente en la de restitución de la cuota hereditaria por él adquirida".

Que, no obstante lo expuesto, el Tribunal dio a la demanda intención y significado que no tiene, al considerar que "no era posible valorar la presencia del señor Velásquez en el juicio y entrar en el análisis de la posición que pudiera asumir dentro de la acción principal", por lo cual declaró probada "la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda".

Que, por ende, el error de hecho referido llevó, por la vía indirecta, a la infracción de los textos antes señalados.

La Corte considera

Viene montado este primer cargo sobre la base de que el Tribunal habría incurrido en el error evidente de hecho consistente en que, a pesar de que el demandado Arcesio Velásquez no fue citado al juicio para que respondiera de la acción de filiación, sino únicamente para la restitución "en la cuota y frutos del predio rural" La Herradura, el Tribunal declaró probada "la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda" por no serle posible "entrar en el análisis de la posición que pudiera asumir el cesionario dentro de la acción principal" de filiación.

Nota la Corte que el denunciado error fáctico no existió, pues de la sentencia recurrida no puede sacarse la conclusión que le sirve de apoyo a la censura. Para la Corte es claro que el sentenciador apreció bien la demanda, pues entendió que al demandado Velásquez sólo se le traía al juicio para que respondiera de la pretensión encaminada a obtener la restitución del inmueble en que estaban radicadas las cuotas hereditarias que, a título de compraventa, le cedieron las herederas Marta y Ana de Jesús Núñez. Tan cierto es lo dicho, que el mismo Tribunal expresamente manifestó que, no obstante que el apoderado de Velásquez había dado respuesta también a los hechos en que se funda la pretensión en-

caminada a lograr la declaración de filiación natural, ello no era suficiente para entender que Velásquez había sido demandado en esta pretensión. El pasaje correspondiente de la sentencia dice así: "... la notificación que se le hizo del auto de acogimiento de la demanda y traslado de la misma al señor Arcesio Velásquez por haber adquirido, según se afirma a título oneroso, derechos herenciales de manos de dos de las demandadas, se ha de concretar única y exclusivamente a la acción subsidiaria de petición de herencia como subrogatario de derechos; pero en manera alguna la contestación dada por su personero al referirse a la acción principal de filiación natural, es suficiente para legitimar la condición de demandado en esta última..."

Síguese de lo anterior indudablemente que el Tribunal sentenciador no apreció erradamente la demanda, en el punto tratado, pues la acogió en su verdadero sentido el entender que el medandado Velásquez no había sido comprendido entre los demandados que deben responder de la pretensión de filiación natural.

No existe, pues, el denunciado error de hecho.

En vista de que el Tribunal no apreció erradamente la demanda, como acaba de mostrarse, el ataque debió dirigirlo el censor por la vía directa y no por la indirecta como lo hizo, pues las conclusiones del sentenciador, con las que no está conforme la censura, no provinieron de apreciación errada o de falta de apreciación de pruebas determinadas.

El impugnante se equivocó de vía, lo que condujo su ataque al fracaso.

Cargo segundo

Se propone como subsidiario del que se acaba de despachar.

Dice el censor que "aún admitiendo, en vía de hipótesis, que la demanda no hubiera tenido suficiente claridad respecto de la posición que como demandado se asignó a Velásquez, y que no se hubiera llevado al juicio la copia de la citada escritura 2501 —que sí fue pedida en el término probatorio y obra a folios 59 vto. a 61 del cuaderno segundo— el sentenciador de segunda instancia no podía, sin quebrantar terminantes disposiciones legales sustantivas, proferir un fallo absolutorio para los herederos de Sergio Núñez con base en una excepción perentoria temporal de inepta demanda que sólo era aplicable, de modo exclusivo, al cesionario Velásquez". Que habiéndose satisfecho el presupuesto de capacidad para ser parte de los hijos legitimados de Sergio Núñez, puesto que con la demanda se adujeron la copia del auto que los reconoce como herederos de aquel y las copias respectivas de sus partidas de nacimiento, "era forzoso para el Tribunal entrar a estudiar el litigio en relación con los herederos de Sergio Núñez, independientemente de la acción reivindicatoria propuesta contra el cesionario Velásquez, pues, en último caso, suponiendo que respecto de éste se hubiera configurado la excepción de inepta demanda, no había razón para dejar de estudiar y fallar a fondo las acciones de filiación natural y de petición de herencia propuestas contra los representantes y herederos del legítimo contradictor". Que el Tribunal hizo extensiva a los hijos legitimados de Sergio Núñez la excepción "de inepta demanda que sólo podía ser aplicable en beneficio del cesionario Velásquez", error al que llegó por haber dejado de aplicar el artículo 404, así como el 1008 en sus incisos 1º y 2º, el 1321 y el 1322 del C. Civil, "que se refieren a los derechos concedidos a los herederos destituídos de los bienes sucesorales para que puedan reclamar los de los herederos que los retienen". Termina el censor diciendo que también se violó expresamente el artículo 18 de la Ley 45 de 1936 que concede derecho de herencia a los hijos naturales en concurrencia con legítimos.

La Corte considera

No es técnico proponer en casación cargos subsidiarios, pues cada uno debe tener

autonomía y porque la Corte, encontrando probado uno, aunque sea de este linaje, tendría que estudiarlo como si fuera principal.

La sentencia acusada contiene dos pronunciamientos diferentes: uno inhibitorio, en cuanto al demandado Arcesio Velásquez, pues como se lee en el fallo "con relación a esta persona se ha generado la llamada ineptitud sustantiva de la demanda que se reconoce como excepción..."; y uno desestimatorio respecto de los demás demandados, los herederos reconocidos de Sergio Núñez, puesto que fueron absueltos de todos los cargos de la demanda.

El fallador de segundo grado, para llegar a esta última decisión, tuvo en cuenta lo siguiente:

1º Que el testimonio de Cecilia Bejarano de Vidal, por no dar la razón de su dicho "no lleva al ánimo del juez el pleno conocimiento sobre la vida en común y el tratamiento de padre que recibieron los pretendidos hijos en un período mínimo de diez años", no obstante que sí es atendible en cuanto a lo testificado respecto al período comprendido de 1920 a 1922, lapso que por abarcar solamente dos años "no ha de configurar la posesión notoria del estado de hijo".

2ª Que "si bien los hechos guardan íntima relación con la declaración de Marino Olave", como el conocimiento que este tuvo de aquellos sólo se extiende a los siete meses en que trabajó en la hacienda La Herradura, su afirmación en cuanto a que, mutuamente, se trataron como marido y mujer Sergio Núñez y Rosalbina Piedrahita desde 1931 hasta la muerte de aquel, no encuentra "en la cita testifical un motivo para precisar o valorar el tiempo mínimo exigido por la ley o sea el de diez años", ni puede deducirse de allí que "el presunto padre haya presentado a los demandantes a sus deudos y amigos como a sus hijos", porque el deponente expresa que delante de él no los llegó a presentar a ninguna persona.

3º Que la declaración de María Cedeño, quien depone sobre todos los elementos de la posesión notoria del estado de hijo natural, no podrá ser acogida, pues en cuanto al tiempo que duró ese estado de cosas dice que fue "como de ocho o diez años", lo que la hace imprecisa respecto a este extremo.

4º Que el testimonio de Luis Angel González, por cuanto se limita a decir que es cierto lo que se le pregunta, no es atendible.

5º Que en la deposición de Collazos Abadía no están especificadas "las circunstancias que han rodeado los hechos expuestos" y que el testigo afirma que no le consta que, ante terceros, don Sergio haya tratado como a hijos a los demandantes.

6º Que el testimonio de María Cruz Caicedo, atendible respecto a todos los elementos de la posesión notoria, por ser único, no es suficiente para probar plenamente, porque para la demostración de la posesión notoria, la ley exige un conjunto de testimonios fidedignos.

7º Que, finalmente, "los restantes indicios indirectos que en autos obran", no tienen la fuerza de convicción para servir de sustento a la pretensión de los demandantes.

Dedúcese de todo lo anterior que el Tribunal, para absolver a los demandados, se apoyó en que la prueba traída al proceso no llevaba a la mente del fallador el convencimiento de los hechos alegados en la demanda.

Descaminado anda, pues, el censor al construir un cargo de violación directa de ley sustancial, estribado en que el fallador "dejó de estudiar y fallar a fondo las acciones de filiación natural y de petición de herencia propuestas contra los representantes y herederos del legítimo contradictor" en que "la sentencia hizo extensiva a los herederos de Sergio Núñez una excepción de inepta demanda que sólo podía ser aplicable en beneficio del cesionario Velásquez".

Tiénese de consiguiente que el Tribunal sí dictó fallo de mérito al absolver a las de-

mandadas con fundamento en razones totalmente distintas a las que le sirvieron de apoyo para declarar su inhibición respecto al cesionario demandado, Arcesio Velásquez.

En estas circunstancias, es claro que el sentenciador no podría infringir, por falta de aplicación, las normas que se dicen violadas.

De suerte que este ataque no prospera.

Cargo tercero

Dentro del ámbito de la causal primera acúsase la sentencia "por ERROR DE DERECHO o sea por violación de la ley sustantiva proveniente de apreciación errónea de la prueba básica testimonial del proceso; por falta de apreciación de prueba documental que obra en el juicio y también por falta de apreciación de la prueba indiciaria, que surge del mismo proceso con verdadera fuerza de convicción, para imponer, indudablemente, una solución contraria a la que dio la sentencia acusada. Este error indujo al Tribunal a violar las siguientes disposiciones legales de orden sustantivo: artículos 404, 1008, 1321, 1322, 1323, 1325, 948 y 949 del C. Civil y artículos 4º, ordinal 5º y 18 de la Ley 45 de 1936".

El censor, luego de afirmar que "el Tribunal apreció erróneamente o no apreció" prueba testimonial, documental e indiciaria aportada por la parte recurrente, entra a precisar cuáles son las declaraciones, los documentos y los indicios a que se refiere esa tacha; en seguida hace el recurrente una síntesis de lo dicho por cada uno de los testigos que depusieron a solicitud suya, para concluir que, con lo aseverado por ellos, plenamente se demostró la alegada posesión notoria del estado de hijo natural, "al tenor del artículo 697 del C. Judicial, que no apreció el Tribunal en su exacto significado". Agrega que "tampoco apreció esa prueba testimonial frente a los artículos 397, 398 y 399 del C. C. en armonía con el 6º de la Ley 45 de 1936 por lo cual violó disposiciones legales sustantivas que se indicarán más adelante". Después dice que "el Tribunal apreció erróneamente esa prueba testimonial no concediéndole el verdadero valor que tiene ante la ley; negó la existencia de hechos que están plenamente demostrados en relación con la posesión notoria..., no apreció los testimonios en su conjunto, relacionándolos entre sí, ni con la importantísima prueba plural indiciaria y documental,... desmembró la prueba al estudiarla aisladamente en cuanto a los testimonios, menospreciándolos,... y los indicios por ser graves, precisos conexos y plurales como los que obran en el cuaderno 2º, forman plena prueba según el artículo 665 del C. J.".

Más adelante, al examinar "las pruebas referentes a la petición de herencia y a la acción reivindicatoria, dirigida esta contra el cesionario señor Velásquez, "dice el censor que el Tribunal no vio el título por medio del cual aquel adquirió derechos hereditarios de las herederas Marta y Ana de Jesús Núñez; que esta cesión de derechos está consignada en la escritura número 2501 corrida ante el Notario 1º de Palmira el 11 de diciembre de 1952, que obra a fs. 59 a 61 del cuaderno 2º, título que no vio el Tribunal por lo cual "desoyó las voces de los artículos 593 y 597 —ordinal 3º del C. Judicial"; que el Tribunal tampoco podía exigir la copia de las hijuelas del juicio sucesorio de Sergio Núñez, pues ese juicio "no estaba terminado" cuando se presentó la demanda; que el sentenciador "tampoco apreció las copias de las escrituras públicas por medio de las cuales Sergio Núñez adquirió los inmuebles que hoy pertenecen a su sucesión", con las cuales y "con la copia de los inventarios y avalúos se da base para que prospere la petición de herencia y al no tener en cuenta o no apreciar el Tribunal esos documentos públicos obró contra lo dispuesto por los artículos 593 y 597 —ordinal 3º del C. Judicial".

La censura remata expresando: "Fue así como el Tribunal de Palmira al declarar probada una excepción perentoria de inepta demanda y al extender por ese medio una absolución en favor de los herederos universales de Sergio Núñez, violó las siguientes disposiciones legales sustantivas:

404, 1.008, 1.321 1.322, 1.326, 946 y 949 del C. Civil; artículo 4º, ordinal 5º y 18 de la ley 45 de 1936, que se refieren a los representantes del legítimo contradictor en los juicios de filiación natural; a los claros derechos concedidos a quien probare su derecho a una herencia para pedir que se le adjudique ésta; para que se le restituyan las cosas hereditarias tanto corporales como incorporales y a los derechos que tienen los hijos naturales en las herencias en concurrencia con los hijos legítimos".

La Corte considera

I. Obsérvese, en primer término, que, no obstante lo extenso de la censura, en ningún momento se dijo si los errores denunciados habían conducido al Tribunal a violar la ley sustancial por aplicación indebida de ésta o por falta de aplicación de la misma.

Repetidamente tiene dicho la Corte con fundamento en los artículos 53 y 63 del decreto 528 de 1964, que la impugnación que fúndase en quebranto de ley sustancial a consecuencia de haber incurrido el sentenciador en error de derecho o en uno de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos, es decir, en infracción por la vía indirecta, inexcusablemente y con claridad, la censura debe expresar si esa violación de la ley sustancial se produjo por habérsela dejado de emplear o por habérsela aplicado indebidamente, únicas dos formas de infracción que pueden presentarse por la vía indirecta, ya que la otra, la de interpretación errónea no puede ocurrir en este evento, sino por la vía directa, por suponer siempre una inteligencia equivocada de la norma misma, independientemente de la cuestión fáctica.

Ahora bien, no siendo la misma cosa la aplicación indebida de la ley y su falta de aplicación, pues la primera ocurre cuando para resolver el caso sub-lite se hace actuar una norma que no lo regula por serle impertinente, y la segunda se ofrece cuando se deja de emplear la norma sustancial que lo regula, es necesario que el censor demuestre por cuál de esas formas de violación ocurrió el denunciado quebranto, pues la Corte, teniendo circunscrito su campo decisorio por los límites precisos que le traza la demanda de casación, no tiene poder para elegir entre las distintas formas de quebranto que pueden ofrecerse.

Síguese ineluctablemente de lo anterior, que no habiendo precisado la censura si el denunciado quebranto se produjo por falta de aplicación o por aplicación indebida de las normas sustanciales que señaló, está mal formulado, por lo cual, inexorablemente no puede prosperar.

II. Pero aún interpretando que el cargo viene formulado por falta de aplicación de ley sustancial, tampoco puede prosperar, pues a pesar de que la censura se funda en la comisión de un error de derecho, lo hace consistir indistintamente en "apreciación errónea de la prueba básica testimonial y falta de apreciación de la prueba documental y de la indiciaria" y en que "el Tribunal apreció erróneamente o no apreció" la prueba testimonial, la documental y la de indicios, lo cual, con otras palabras, quiere decir que el censor hace consistir el error de derecho, unas veces en apreciación errónea de la prueba que señala, y otras en la falta de apreciación de la misma.

Es cosa que no ofrece duda en la doctrina jurisprudencial de la Corte, que el error de jure supone siempre que el Tribunal constató claramente en el proceso la presencia objetiva allí de las pruebas que se dicen mal apreciadas y que, por tanto, su error provino, no de haber dejado de apreciarlas, sino de haberlas valorado con un poder demostrativo que la ley no les concede, ya porque las privó del que el legislador les otorga, ya porque les dio uno distinto al que la ley les señala. De todos modos, esta indebida valoración presupone que el sentenciador haya visto la existencia material de esas pruebas en el proceso. Su error no se origina en una disconformidad entre las pruebas que actúan en el juicio y las que el Tribunal crea que allí obran, pues en este aspecto hay correspondencia entre lo que el Tribunal aprecia y lo que objetivamente muestra el proceso. Aquel yerro surge, en-

tonces, de la disconformidad entre el valor que a la determinada prueba le concede la ley y el que le otorga el fallador, bien porque éste le da uno que la ley no le asigna o porque le niega el que la norma de valoración probatoria le señala.

De otro lado, el fallador de segunda instancia no dijo que la posesión notoria del estado de hijas naturales no pudiera probarse por medio de testigos, sino que éstos, cuyo estudio hace uno a uno, no aseveraban que ese trato del padre se hubiera prolongado por el término de diez años continuos, como la ley lo exige para estructurar la dicha posesión de estado. Síguese, por ende, que esa apreciación del Tribunal no podía atacarse por la vía del error de derecho sino por la del yerro fáctico, pues, si en el sentir del censor, los testigos sí deponen sobre ese suceso, lo que habría dejado de ver el Tribunal, éste hubiera cometido un error de facto por haber cercenado el real contenido de la prueba y no uno de jure por indebida valoración de la misma.

Igual defecto se le apunta al ataque consistente en que el fallador dejó de apreciar determinadas pruebas documentales y de indicios, porque no las vio. Tal circunstancia constituye un típico caso de error de hecho y no uno de derecho. Por tanto, el impugnante erró en el fundamento de su censura, pues no puede existir error de derecho consistente en que el Tribunal no vio ciertos documentos públicos que obran en el juicio, así como ciertos indicios que señala, lo cual sólo podría constituir error fáctico. Pero aún en el caso de que esta falta de apreciación de prueba documental e indiciaria se hubiera planteado por la vía del error de hecho, ese yerro no sería trascendente porque refiriéndose exclusivamente a la acción de petición de herencia dirigida contra el cesionario de derechos, ella, por ningún aspecto podría prosperar, pues estando en firme la otra conclusión del Tribunal: la de que no estaba demostrado que las demandantes eran hijas de Sergio Nunez y que, por ende, fueran sus herederas, la acción de petición de herencia, contra cualquier persona que se dirigiera, estaba condenada al fracaso, pues ella nunca puede prosperar si quien la ejercita no demuestra previa o simultáneamente su condición de sucesor de quien transmitió los bienes litigados.

III. **Por vía de rectificación doctrinaria,** se observa que **cuando, siendo varios los demandados, el sentenciador halla que respecto de uno de ellos debe proferirse sentencia inhibitoria, no se sigue ineluctablemente que esa decisión deba cobijar a todos los litisconsortes, sino en el evento de que ese litisconsorcio pasivo sea necesario, caso en el cual la sentencia de mérito sólo puede proferirse frente a la totalidad de los demandados.**

Mas cuando sólo se trata de un litisconsorcio voluntario, la inhibición respecto de uno de los codemandados no obliga al fallador a privarse de entrar en el fondo del proceso respecto de los demás, pues en tal circunstancia no está obligado a pronunciar una decisión igual respecto de cada una de las personas que integran la parte demandada.

En este proceso, en verdad, se presenta una doble acumulación, pues se da la llamada acumulación objetiva y con ella concurre una acumulación subjetiva, tanto por activa como por pasiva. Los demandantes, que son varios, pretendieron no sólo que se les declarara hijos naturales de Sergio Núñez, para lo cual ejercitaron la acción de investigación de la paternidad natural, sino que también incoaron la sucesiva de petición de herencia frente a todos los demandados, incluyendo al cesionario Arcesio Velásquez, no llamado a responder de la acción de filiación.

Es claro, entonces, que en la demanda se acumularon esas dos distintas pretensiones.

Conviene en este punto rectificar la apreciación del Tribunal que considera principal la acción de filiación natural y subsidiaria la de petición de herencia. Esta calificación no puede darse en el caso debatido, pues la esencia de las principales consiste en que deben ser estudiadas en primer término, en tanto que las subsidiarias se

caracterizan porque sólo pueden ser decididas cuando las principales han sido desechadas.

Aquí se acumularon las pretensiones de filiación natural y de petición de herencia; la demanda no dice que ésta última sólo pueda decidirse si fracasa aquella; la intención del actor es otra y claramente expuesta: que si prospera la declaración de paternidad natural, al mismo tiempo se accede a la de petición de herencia.

En este proceso, podían acumularse, como principales, de forma consecuencial, la declaración de filiación natural y la de petición de herencia dirigidas contra los que tienen la calidad de herederos de Sergio Núñez, puesto que siendo acciones que no se contraponen, que siguen la misma vía procesal y cuya competencia está adscrita al mismo juez, ningún impedimento válido existía para la formulación de esa acumulación de pretensiones, llamada objetiva.

El Tribunal, empero, declaró su inhibición respecto a la petición referente al demandado Arcesio Velásquez, cesionario de derechos hereditarios.

Fundándose la acumulación de pretensiones en los principios de continencia de la causa y de economía procesal, el primero de los cuales tiene como base evitar que sobre un mismo punto jurídico se dicten fallos contradictorios, y estribándose el segundo en que se pueda alcanzar el mayor resultado con el menor esfuerzo procesal, es lógico concluir que en el caso sub lite era procedente la acumulación predicha, pues existe una notoria afinidad jurídica entre los demandados frente a la acción de petición de herencia, ya que son todos ellos los que ocupan, a título de herederos, o como causahabientes de éstos, los bienes relictos de la sucesión de Sergio Núñez de quien los demandantes pretenden ser declarados hijos naturales.

Obligar a los demandantes a que adelantaran dos procesos distintos, uno contra los actuales herederos reconocidos de Sergio Núñez y otro contra el cesionario de derechos hereditarios, solo conduciría a menospreciar las normas de los artículos 209 y 397 del C. J. En verdad, si aquellos dos procesos se hubieran adelantado, con fundamento en la ultima norma que se cita habrían podido ser acumulados, pues de otro modo quedaría abierta la posibilidad de dividir la continencia de la causa con fallos contradictorios.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Palmira, proferida el cinco (5) de noviembre de mil novecientos sesenta y ocho (1968), dentro del juicio ordinario de Cenaida Piedrahita y otras contra la sucesión de Sergio Núñez Becerra y otro.

Sin costas en el recurso extraordinario por haber dado él lugar a rectificación doctrinaria.

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

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

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

RESOLUCION DE LA COMPRAVENTA DE UN VEHICULO

Técnica de casación; el art. 1849 no es norma sustancial.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Alfonso Peláez Ocampo).

(Aprobado Acta Nº 29 de marzo 30/71).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de febrero 24 de 1969, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio en este juicio ordinario de "Casamotores de los Llanos, Limitada" contra Gustavo Céspedes.

El litigio

Con sujeción al procedimiento del artículo 1095 del Código de Procedimiento Civil, el demandante suplicó se declarase:

"1ª Que por incumplimiento en el pago del precio convenido, por parte del señor Gustavo Céspedes, se declare resuelto ipso-facto el contrato celebrado por este ciudadano con la empresa 'Casamotores de los Llanos, Ltda; y en virtud del cual ésta vendió al primero el vehículo descrito en el literal a) de la parte motiva de esta demanda".

"2ª Que como consecuencia de la anterior declaración se dispone que el vehículo materia del contrato debe ser restituido a la empresa vendedora sin obligaciones para ésta.

"3ª Que se condene al demandado Gustavo Céspedes al pago de los perjuicios causados con su incumplimiento a la empresa 'Casamotores de los Llanos, Ltda.' comprendiendo tales perjuicios el lucro cesante y el daño emergente...

"4ª Que se comunique el presente fallo a la Dirección de Tránsito y Transportes del Departamento del Meta para que tomen allí las medidas del caso así como que se comunique a la Inspección de Tránsito de Villavicencio para que colabore en la retención del vehículo, para ponerlo a disposición de 'Casamotores de los Llanos'.

"5ª Que se condene en costas al demandado".

Como causa de pedir, expuso:

"a) Con fecha diecinueve (19) de agosto del presente año el señor Gustavo Céspedes, mayor y vecino de Villavicencio, compró a Casamotores de los Llanos, Ltda. un chasis D-600, cabinado, color rojo, con capacidad para seis (6) toneladas, importado como consta en manifiesto de aduana Nº 03215, de mayo 19 de 1967, marca Dodge, con el motor número X9-1-5198, chasis número 1690026198 y placas número W-31-41.

"b) De conformidad con lo estipulado en el contrato de compraventa del aludido vehículo el precio acordado fue de $ 154.419.20, de los cuales el comprador Céspedes canceló a la casa vendedora la suma de setenta mil pesos ($ 70.000.00) y el resto se comprometió a pagarlo en 23 cuotas mensuales de $ 4.361.65 c/u. y una de $ 4.361.86, en Villavicencio.

"c) En el contrato de compraventa la empresa vendedora se reservó el dominio del vehículo vendido y entre las partes contratantes se estipuló que el contrato se resolvería ipso-facto en caso de incumplimiento en alguna de las cuotas mensuales por parte del comprador.

"d) El comprador señor Gustavo Céspedes ha cesado en el cumplimiento de sus obligaciones desde el diecinueve (19) de octubre del corriente año, dando en esta forma lugar a la resolución del contrato y haciendo exigibles las demás obligaciones nacidas del mismo.

"e) La empresa vendedora ante el incumplimiento del comprador ha optado en esta ocasión por la resolución del contrato, sin perjuicio de ejercitar las demás acciones que surgen del contrato y su incumplimiento".

Conoció de la demanda el Juzgado Promiscuo del Circuito de Villavicencio.

El demandado descorrió el traslado que de ella se le otorgó oponiéndose a la acción y afirmando extinción de sus obligaciones, por cuyo motivo, el Juez, conforme a la ley, siguió el trámite del juicio ordinario, hasta pronunciar sentencia en octubre 11 de 1968, por medio de la cual declaró resuelto el contrato de compraventa del vehículo singularizado en los hechos de la demanda, "por incumplimiento del demandado", y condenó a éste, a título de pena, a "pagar al demandante el porcentaje establecido en la cláusula primera" del contrato. Ambas partes apelaron de esta decisión y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, luego del trámite de segunda instancia, profirió la sentencia de febrero 24 de 1969, cuya parte resolutiva es como sigue:

"1º Se confirma el numeral 1º del fallo apelado de fecha once de octubre de mil novecientos sesenta y ocho que declara la resolución de contrato;

"2º Se revoca el numeral segundo del citado fallo;

"3º Se condena al demandado GUSTAVO CESPEDES ORTIZ a pagar a favor del demandante CASAMOTORES DE LOS LLANOS LTDA., los perjuicios causados por el incumplimiento del contrato de fecha diez y nueve de agosto de mil novecientos sesenta y siete. Estos perjuicios serán regulados en la forma y términos del artículo 553 del C. J.

"4º Comuníquese esta providencia a la Dirección de Tránsito y Transportes del Departamento del Meta, y al Inspector de Circulación y Tránsito de Villavicencio".

Contra esta sentencia interpuso la parte demandada el recurso extraordinario de casación.

La sentencia impugnada

En ella el Tribunal sin dar una razón de derecho, ni acudir a una argumentación de fondo, propia, ni menos referirse a la naturaleza de la acción instaurada, ni discriminar el derecho de las partes en pugna, se limitó a comentar el alegato de conclusión del apoderado del demandado recurrente, quien planteó la reforma de la sentencia apelada, explicando el alcance del recurso. "Este es uno de los pocos casos, si no el único, que hasta la fecha puede contar la Sala donde un abogado con toda la franqueza que bien se le abona, resume en forma concreta y separada lo que pretende del fallo apelado. Esto se predica del señor apoderado del demandado, donde acepta el numeral primero del fallo, o sea, en cuanto a la declaratoria de la resolución del contrato, lo rechaza o pide su revocatoria en cuanto a la condena al pago de intereses, o sea el numeral segundo de la providencia.

"En cuanto a sus efectos considera: Estima en la letra a) que debe hacerse la restitución del vehículo y que fue precisamente el punto II petitorio de la demanda y que el Juzgado no resolvió nada sobre el particular.

"Esta petición era propia y conducente que la hubiera hecho la parte demandante

para que se subsanara, pero el demandado se le anticipó en reconocerla y de consiguiente así debe ordenarse su entrega.

"Las letras b) y c), restitución de la parte del precio pagado y compensación de frutos recibidos por el vendedor por el mayor tiempo en la tenencia de la parte del precio y por el demandado en el uso del vehículo".

El Tribunal estima procedentes las súplicas de resolución del contrato de venta del vehículo automotor, pago de perjuicios y comunicación de su proveído a las autoridades de Tránsito y Transportes, e improcedentes la de devolución del precio pagado y compensación, éstas últimas insinuadas en el alegato de conclusión, en razón de que solamente podrían ser atendidas en demanda de reconvencion, mas sin dar la razón jurídica de estas ordenaciones, pues toda la motivación gira en torno al alegato referido.

El recurso de casación

Dos cargos le formula el recurrente a la sentencia del Tribunal Superior de Villavicencio.

Primer cargo

"Acuso la demanda —dice el censor— materia del recurso de casación por violación directa del artículo 1.849 del Código Civil, ya que en el caso que nos ocupa, fue indebidamente aplicado".

Se extiende el censor en un análisis crítico del contrato de venta del vehículo automotor a que se refiere la demanda y sustenta la tesis de "que no es un contrato de compraventa sino un contrato de depósito, pues el presunto vendedor no dio o entregó el vehículo a título de venta sino de depósito". Este pensamiento lo desarrolla en el cargo y concluye diciendo: "que realmente el H. Tribunal de Villavicencio incurrió en un error de derecho al dar al contrato presentado como base de la acción un valor que no tenía, llegando hasta concederle el valor de plena prueba a un documento que consigna un contrato diferente y que en sana lógica tendrá que interpretarse en su verdadero valor para negar la resolución objeto de la demanda y sus consecuencias".

La Corte considera

Procede el recurso de casación por las causales que define el artículo 52 del Decreto 528 de 1964, de las cuales es la primera la de ser la sentencia violatoria de ley sustancial, entendiéndose por ésta —como lo ha dicho la Corte— la que en razón de la situación fáctica que en ella se contempla, declara, crea, modifica o extingue una relación jurídica también concreta entre las personas implicadas en tal situación, no quedando comprendida en esta causal la violación de otras normas, de naturaleza distinta, como las llamadas instrumentales, que son las que se limitan a ofrecer definiciones, enumeraciones, clasificaciones, etc.

Este primer cargo debe entenderse formulado dentro de la órbita de la causal primera de casación, puesto que expresamente se alude a quebranto directo por indebida aplicación de una norma que se supone sustancial.

Pero como sucede que el artículo 1.849 del Código Civil que se dice quebrantado, no es norma sustancial, puesto que apenas define el contrato de compraventa y por lo mismo, no crea, declara, modifica o extingue relaciones jurídicas, el cargo no puede prosperar.

Segundo cargo

Dice la censura: "Acuso en este capítulo la sentencia recurrida en casación por violación indirecta de la regla 3ª del artículo 1.617 del Código Civil..."

"Al fijar en el documento presentado como prueba del contrato el precio —agrega, igualmente— consigna guarismos que dan sumas diferentes en el precio señalado al bien entregado en depósito por quien se dijo vendedor al que intentó hacer el contrato. En efecto: al camión se le señaló como precio la cantidad de $ 154.419.20, de los cuales dio el que lo iba a comprar la

cantidad de $ 70.000.00 de contado, firmó 23 letras de $ 4.361.65 y una de $ 4.361.86, lo que da un total de $ 175.179.81, incluida la financiación, según se dice: Aunque no se conozcan las letras si en ellas se les fijó interés por la mora, es lo cierto que al vencerse sigue pagando intereses, contra lo dispuesto en la regla 3ª del citado artículo 1617 del Código Civil que dice que los intereses atrasados no producen intereses".

La Corte considera

"El ordinal 1º del artículo 52 del decreto 528 de 1964, siguiendo en pos del sustituido ordinal 1º del artículo 520 del C. J., al consagrar la primera causal de este recurso extraordinario, discrimina las fases en que ella pueda darse, precisando que la violación de la ley sustancial de que allí se trata, ha de haber ocurrido ya por "infracción directa" —vale decir falta de aplicación—, ya por "aplicación indebida" —esto es empleo de norma extraña—, ya "por interpretación errónea"— o sea empleo del precepto llamado a obrar en el caso, pero con desvío de su verdadero sentido—. Todo ello como meta definitiva del acusamiento, para llegar a la cual dos sendas reconoce el mismo texto: la directa, en que, con exclusión de todo reparo sobre la apreciación de pruebas, la censura entra de inmediato a la imputación de quebranto de la ley sustancial, que se pretende indebidamente actuada por el juzgador frente a hechos bien vistos a través del acervo probatorio; y la indirecta, en que la infracción de la ley de esta especie se propone como consecuencia de yerros de hecho o de derecho cometidos por él en la apreciación de determinadas pruebas. Sin olvidar que el reparo por interpretación errónea de la ley sustancial no es susceptible de ser propuesto por la vía indirecta, ya que no podría deberse a desaciertos en el campo probatorio, sino en el del entendimiento mismo de esa ley.

"Por sabido se tiene que el error de hecho de que se trata ha de consistir, ya en que el sentenciador haya supuesto una prueba que no está en los autos, ya en que haya ignorado la existencia en ellos, hipótesis en las que respectivamente se comprenden, por imperativo lógico, los casos en que aquel haya falseado la objetividad de un medio, agregándole algo que le es extraño o cercenándole su real contenido. El yerro así configurado tendrá que traducirse en conclusión contraevidente, es decir contraria a la realidad fáctica establecida por la prueba y ser, por último, trascendente a la decisión, sin lo cual carecería de eficacia impugnativa.

"Bien distinta es la índole del error de derecho probatorio, cuyo acaecer supone la apreciación correcta de los medios en el orden fáctico, es decir en su objetividad misma y que, entonces, se reduce a un problema de valoración legal, consistente en que a pruebas materialmente bien contempladas el juzgador les asigne un mérito que la ley no consagra o les niegue el que ella les otorga.

"Y es precisamente en razón de la diversidad de estas dos especies de yerro probatorio, por lo que la doctrina de la Corte tiene establecido que, en principio, no es posible en un mismo cargo acusar por errores de hecho y de derecho conjuntos en la apreciación de una misma prueba.

"Por otra parte, para que la impugnación por la vía del error probatorio alcance su propósito, es indispensable, cual lo previene el estatuto del recurso (ord. 1 art. 52 Dec. 528), que por el causante se desmuestre el error que alega, demostración que tendrá que efectuarse, singularizando en todo caso la prueba a que se refiere y haciendo ver, si se trata de error de hecho, la contraevidencia en que haya incidido el juzgador, según lo expuesto atrás, y si se trata de error de derecho, la violación de la norma probatoria correspondiente, cuya cita no podrá omitirse. Sólo así se obtendrá la precisión que para la censura reclama el artículo 63 ibídem". (G. J. CXXXI, pág. 177).

El cargo no se ajusta a la preceptiva técnica del recurso de casación, porque el censor no indica el concepto de la violación, esto es, si la norma se infringió por falta de aplicación o aplicación indebida, y porque

tampoco indica si el Tribunal incurrió en error de hecho manifiesto en los autos o en error de derecho en la valoración de alguna prueba, lo que era de rigor al acusar la sentencia por violación indirecta de esta determinada norma.

Dada la índole formalista de este recurso, no puede la Corte, oficiosamente, suplir estos vacíos de la demanda.

El cargo, por tanto, no prospera.

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 febrero 24 de 1969, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, en este juicio ordinario de "Casamotores de los Llanos Ltda." contra Gustavo Céspedes Ortiz.

En las costas causadas se condena al recurrente.

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

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

Heriberto Caycedo Méndez. Secretario.

COLISION DE COMPETENCIA

Solo puede proponerse cuando exista juicio.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., diecinueve (19) de abril de mil novecientos setenta y uno (1971).

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

(Aprobado según Acta Nº 31 de fecha catorce de abril de mil novecientos setenta y uno).

Antecedentes

1º El 15 de diciembre de 1969 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 a favor de Manuel E. de Brigard por la suma de $ 10.000.00, para ser descargada el 15 de junio de 1970. La orden de pago se dirigió a la entidad aceptante, y además a la sociedad "Leonidas Lara e Hijos", Sucursal de Cartagena.

2º En junio de ese año, el abogado Rodrigo Manotas Trujillo, actuando como endosatorio al cobro de dicho instrumento y con base en él, demandó ejecutivamente ante el Juzgado Sexto Civil Municipal de Cartagena a la sociedad colectiva de comercio "Leonidas Lara e Hijos", representada por sus socios gestores Luis, Oliverio y Rómulo Lara, "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 referida letra, junto con los intereses de mora y las costas del juicio. En el mismo escrito el demandante solicitó el decreto de medidas caútelativas sobre bienes de la sociedad demandada, más concretamente el embargo preventivo de los saldos que en cuenta corriente tuviera en los Bancos de Bogotá.

Adjuntó a su libelo el certificado expedido el 7 de abril de ese mismo año por la Cámara de Comercio de Cartagena, según el cual la sociedad "Leonidas Lara e Hijos", aparece allí inscrita en el Registro Público de Comercio del año de 1962, bajo la partida Nº 24, como sucursal, y pidió que para los efectos de la notificación del mandamiento de pago se comisionara a los Jueces Civiles de Bogotá.

3º Por auto del 25 de junio de 1970 el Juzgado Sexto Civil Municipal de Cartagena, profirió el mandamiento de pago impetrado, providencia esta que, según el certificado expedido por ese funcionario y acompañado a la petición con la cual se inició esta incidencia, "se encuentra para notificar".

4º Así las cosas, el apoderado de "Leonidas Lara e Hijos", mediante escrito del 17 de agosto de 1970 y con fundamento en lo estatuido en los artículos 413 a 422 del Código de Procedimiento Civil, acudió al Juzgado Veintisiete 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 Sexto Civil Municipal de Cartagena, respecto de la ejecución instaurada por Manotas Trujillo contra la citada sociedad "Leonidas Lara e Hijos". Afirmó el peticionante que ésta "tiene domicilio exclusivamente en Bogotá" y que por tanto el único juez colombiano competente

para conocer de las acciones que se sigan contra ella, es el de esta ciudad capital.

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, dos certificados de la Cámara de Comercio de Cartagena, según los cuales la entidad "Leonidas Lara e Hijos" está inscrita en el Registro Público de Comercio de esa ciudad, desde el año de 1962, "como agencia y no como sucursal"; y que en los libros de esa Oficina no hay constancia de que dicha empresa haya establecido en ese lugar "domicilio principal o especial".

5º El Juzgado Veintisiete Civil Municipal de Bogotá estimó ser competente para conocer del negocio y por tanto, mediante auto del 1º de septiembre de ese mismo año, resolvió provocar colisión de competencia positiva al Juzgado Sexto Civil Municipal de Cartagena, al que de consiguiente libró el respectivo despacho inhibitorio.

6º El Juez requerido, después 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 22 de octubre de 1970 no accedió a inhibirse del conocimiento del asunto, porque consideró que todo el acervo probatorio incorporado demuestra que la sociedad demandada, "Leonidas Lara e Hijos", se había establecido en la ciudad de Cartagena como sucursal y que por lo mismo puede también ser demandada allí.

7º El 31 de octubre siguiente Manotas Trujillo, fundándose en lo estatuído por el artículo 208 del Código Judicial, corrigió la demanda inicial presentada contra "Leonidas Lara e Hijos", en el sentido de dirigirla también contra la entidad "Mercantil del Caribe Ltda. (Caribesa)", sociedad que a la sazón se había declarado en quiebra y "cuyo único y principal domicilio es la ciudad de Cartagena", representada por el Síndico Hernando Pérez Salcedo. El Juzgado de Cartagena aceptó la corrección citada y en consecuencia, mediante providencia del 9 de noviembre de ese mismo año, dispuso que la orden ejecutiva de pago librada se hacía extensiva a la dicha sociedad "Mercantil del Caribe Ltda. (Caribesa)", que como queda dicho tenía el carácter de aceptante de la letra de cambio presentada como título ejecutivo.

8º Conocida que fue por el Juzgado requeriente la decisión del Juzgado requerido, insistió de nuevo en su competencia privativa para conocer del juicio, y por tanto, mediante auto del 19 de noviembre, así lo comunicó a éste, quien dispuso enviar a la Corte la respectiva actuación.

9º Llegada que fue a la Corte la actuación del Juzgado de Bogotá se oyó el concepto del Procurador General de la Nación, quien en su vista del 8 de febrero pasado, considera que la competencia para conocer del juicio referido la tiene el Juzgado de Cartagena por tener también domicilio en esa ciudad la sociedad demandada.

Consideraciones de la Corte

1. 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, la competencia no es otra que el ejercicio de la jurisdicción de manera concreta.

2. Si como lo enseña el artículo 143 del Código Judicial, por competencia debe 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 u otros, el que tiene la atribución para tramitar y decidir la cuestión específicamente considerada, sin perjuicio de la prórroga de la competencia en los casos autorizados por la ley.

3. Para fijar la competencia por el factor territorial el Legislador tiene en cuenta principalmente 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 —dice el numeral 2º del art. 152 del C. J.— 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 consagran expresamente 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".

4. Pero en el caso de pluralidad de domicilios del demandado, o en el de varios demandados con domicilios diferentes, la competencia preventiva de los jueces de todos esos lugares cesa para adscribirse privativamente al que primero aprehenda el conocimiento del negocio, puesto que, según lo estatuído por el artículo 149 del Código Judicial, con ello "previene e impide a los demás conocer del mismo". Mas, para que esta competencia inicialmente preventiva se convierta en privativa, es menester que se trabe regularmente la relación jurídico-procesal, puesto que sin la notificación del auto admisorio de la demanda no se aprehende el conocimiento. "Por la notificación del auto en que se dispone dar traslado de una demanda, —reza el artículo 320 ibídem— y, en general, por la primera que se haga en cualquier asunto judicial, cuando no es el caso de traslado, se entiende que el Juez asume el conocimiento preventivo del negocio, si la jurisdicción no es privativa" (se subraya).

5. Siguiendo el contenido del artículo 413 del C. J. cabe afirmar que existe conflicto de competencia cuando dos jueces estiman, en desacuerdo, que a uno de ellos le compete el conocimiento de un asunto, o que a ninguno de ellos le corresponde. Hay, pues, competencia positiva o por inhibitoria, en el primer caso, y competencia negativa o por declinatoria, en el segundo. Empero, como lo ha dicho la doctrina, la colisión de competencias no surge en el momento en que ella se provoca, sino en el acto en que el Juez requerido rechaza la decisión del requeriente con lo cual se forma el incidente respectivo.

6. Cuando se provoca una competencia positiva o por inhibitoria, como su nombre lo indica, se busca que el Juez que está conociendo de un negocio, se inhiba de seguir conociendo. Tal es el alcance inmediato que la ley atribuye a esta especie de conflicto, desde luego que el artículo 417 del Código Judicial preceptúa que si "provoca la competencia, dispone que se libre despacho in-

hibitorio acompañado de copia de la solicitud, de las pruebas presentadas y del auto que dicta, dirigido todo al Juez que está conociendo del negocio", para que éste, "previo traslado de tres días a las partes que figuran en el juicio, decida si se inhibe de seguir conociendo, o se deniega a hacerlo" (art. 418 C. J.). (se subraya).

Expresamente determina la ley procedimental, mediante el precitado artículo 418, para la procedencia del incidente de colisión de competencias, que exista juicio. Y si según el artículo 981 ibídem solo hay "juicio ejecutivo desde que se notifica al deudor el mandamiento de pago...", cabe concluir afirmando que en el presente caso, por no haberse surtido aún esta diligencia, la formulación de la incidencia es prematura.

Es pues legalmente necesario para provocar una competencia positiva, que el Juez requerido haya asumido ya el conocimiento del negocio; esto es, que se haya trabado la relación jurídico-procesal, puesto que por mandato del artículo 320 citado, no basta la admisión de la demanda para entender que el Juez "aprehende o asume el conocimiento" sino que es legalmente indispensable para ello que se haya hecho la notificación al demandado del auto que dispone dar traslado de la demanda, o de la primera providencia proferida en la actuación.

7. El Juzgado Civil Municipal de Cartagena, considerando que tenía competencia preventiva, libró la orden de pago pedida por el demandante contra la sociedad "Leonidas Lara e Hijos"; pero según expresa en el certificado respectivo, "la demanda ejecutiva se encuentra para notificar el mandamiento de pago ejecutivo de fecha 25 de junio del presente año".

No habiéndose efectuado tal notificación o intimación, el Juzgado Sexto Civil Municipal de Cartagena no ha asumido aún el conocimiento del negocio y por consiguiente, es prematuro pedirle que se inhiba de hacerlo.

En mérito de lo expuesto, la Corte RESUELVE:

1º ABSTENERSE, como en efecto se inhibe, para decidir el incidente de que tratan estas diligencias; y,

2º COMUNIQUESE esta decisión a los Jueces entre quienes se suscitó la competencia, y devuélvase el expediente al Juzgado respectivo.

Cópiese y notifíquese.

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

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

LESION ENORME

La escritura pública, aún sin registro, prueba plenamente, entre las partes el contrato de compra venta. — Los arts. 673, 756, y 759 del C. Civil, no son normas sustanciales. — Lesión enorme en la venta de gananciales.

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

(Magistrado Ponente: Doctor Alfonso Peláez Ocampo).

(Aprobada según Acta número 18 de febrero 23 de 1971).

Se entra a decidir el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Guateque, en el Juicio Ordinario promovido por María Suárez de Romero, como heredera de Leopoldo Suárez Bernal, contra Cecilio Fernández Lozano.

Antecedentes

Por escritura pública número 808 de 2 de noviembre de 1964, de la Notaría de Garagoa, Leopoldo Suárez Bernal dijo vender a Cecilio Fernández Lozano los siguientes bienes: a) un lote de terreno denominado "Los Pinos", ubicado en la vereda de "Ciénaga", municipio de Garagoa; b) una casa y su respectivo solar, situada en el área urbana del mismo municipio; y, c) la totalidad de los derechos "que a título de gananciales tiene o le corresponden en la sucesión de su legítima esposa Candelaria Melo quien falleció en este municipio de donde fue vecina y cuyo juicio se tramita en el Juzgado Civil de este Circuito, derechos vinculados a toda clase de bienes y sin reserva ni limitación alguna a su favor".

Según la escritura en referencia, el precio de lo vendido fue la suma de $ 20.000.00, descompuesta así: $ 10.000.00 y $ 6.000.00, respectivamente, los inmuebles de las letras a) y b); y $ 4.000.00, los derechos por concepto de gananciales aludidos bajo el literal c).

Fallecido el vendedor Suárez Bernal, su hija legítima María Suárez de Romero, diciendo obrar para la sucesión de aquel, demandó al comprador Fernández Lozano para que se declarase, principalmente, que la venta contenida en la escritura mencionada es absolutamente simulada, lo mismo que absolutamente nula, y se decretasen las restituciones correspondientes. Subsidiariamente solicitó la declaración de que con dicha venta el vendedor sufrió lesión enorme, y que se hiciesen las declaraciones y condenas consecuenciales a tal acción.

En lo que respecta a las peticiones subsidiarias sobre lesión enorme, que son las que aquí interesa considerar, la demanda se fundó en que en el momento de la venta el inmueble "El Pino" valía $ 20.000.00; y "el inventario en la sucesión de Candelaria Melo de Suárez asciende a más de $ 130.000.00". Es decir, que por cada uno de los bienes vendidos se estipuló un precio inferior en más de la mitad al que era justo al momento de perfeccionarse el contrato.

Adelantado el juicio con la oposición de la parte demandada, el Juzgado a-quo, Civil Municipal de Garagoa, finalizó la pri-

mera instancia denegando todas las peticiones de la demanda, y condenando en costas a la parte actora. Apelada esta decisión para ante el Tribunal del Distrito Judicial de Guateque, éste desató el recurso por sentencia de 22 de septiembre de 1967 confirmando lo resuelto por el inferior en relación con todas las peticiones de la demanda relacionadas con el inmueble "Los Pinos" y con la casa situada en el área urbana de Garagoa. En cuanto al derecho a gananciales objeto de la misma venta, declaró probada la lesión enorme "respecto de los seis (6) inmuebles restantes inventariados en el alistamiento de bienes de la sucesión de la señora Candelària Melo de Suárez", y decretó la rescisión correspondiente pero contrayéndola a los gananciales "vinculados en los seis inmuebles restantes, pudiendo el comprador completar el justo precio de esos inmuebles con deducción de una décima parte; o en caso de que consienta en la rescisión la parte actora está obligada a devolver a la parte demandada la suma de cuatro mil pesos ($ 4.000.00) que recibió como precio, más los intereses legales... desde la fecha de notificación de la demanda..." Para agregar luego bajo el numeral 7º de la parte resolutiva: "No se declara configurada la lesión enorme, ni se decreta la consiguiente rescisión respecto de los bienes muebles inventariados en el sucesorio de la señora Candelaria Melo de Suárez, porque respecto de estos bienes no caben tales acciones".

La sentencia del Tribunal

En lo relacionado exclusivamente con lo resuelto por el fallador de segunda instancia acerca de la pretensión de lesión enorme en la venta de los gananciales, aspecto que es el único que para el presente recurso de casación interesa estudiar, la sentencia recurrida, tras hacer una serie de consideraciones teóricas acerca de la acción de lesión enorme, expresa, refutando en eso al Juzgado a-quo, y con apoyo en un tratadista colombiano, que la Corte Suprema de Justicia rectificó la tesis, por ella acogida antes, de que la venta de derechos hereditarios constituía siempre un contrato aleatorio, no susceptible por lo tanto de ser impugnado por lesión enorme, a menos que los derechos enajenados se radicaran en uno o varios inmuebles: "En esta forma, agrega, queda establecido que la jurisprudencia y la doctrina admiten hoy la lesión enorme en las transferencias de derechos herenciales cuando se conoce el valor de los bienes raíces especificados en el inventario", y que lo así predicado respecto a derechos hereditarios debe extenderse al derecho a gananciales en una sociedad conyugal.

Se refiere a continuación al caso concreto de autos, y dice que "el adquiriente debió conocer los avalúos efectuados en el alistamiento de bienes de la precitada sucesión, según diligencia de 30 de agosto de 1960, vale decir, realizados cuatro años antes de la fecha de la transferencia y que en su totalidad suman la cantidad de $ 10.000.00 lo que indica que los gananciales equivalían a cincuenta mil pesos en agosto de 1960... En este cómputo se ha excluído el avalúo de los bienes muebles, porque respecto de estos bienes no cabe la lesión enorme al tenor del art. 32 de la Ley 57 de 1887. Por tanto la acción rescisoria por lesión enorme sólo cabe en este proceso respecto de los gananciales vinculados en los seis inmuebles restantes..."

Agrega que si existe una gran desproporción entre el precio de venta de los gananciales en $ 4.000.00, y el avalúo en el juicio de sucesión de los inmuebles de la sociedad conyugal inventariados, según se acaba de ver, la ocurrencia de la lesión enorme se hace más protuberante si se tiene en cuenta que en el presente juicio tales inmuebles fueron avaluados pericialmente en suma superior, $ 138.450.00, "esto es, que los gananciales del tradente Leopoldo Suárez Bernal vinculados en inmuebles valían en la fecha del contrato $ 69.225.00. Esto significa que en la escritura aparecen transferidos los gananciales por un 5,7% de su verdadero valor, al señalar como precio de esta transferencia la cantidad de $ 4.000.00... El pasivo de la sucesión arrojó una suma insignificante... Como consecuencia lógica de los razonamientos que preceden, debe decretarse la

rescisión del aludido contrato respecto de los bienes que figuran en las partidas 1ª, 2ª, 3ª, 5ª, 6ª, y 7ª, de los inventarios..."

El recurso de casación

Contra la sentencia del Tribunal antes extractada en lo pertinente recurrió en casación, como se dejó anunciado atrás, la parte demandada. En la respectiva demanda invoca ésta como causal la primera del artículo 52 del Decreto 528 de 1964, dentro de la cual porpone cinco cargos, así:

Primer cargo

Se hace consistir en que el Tribunal sentenciador, al decretar la rescisión por lesión enorme de la venta de los gananciales, dio por demostrada tal venta sin estarlo. Esa venta no aparece acreditada en autos en forma legal, por cuanto no hay constancia de que la escritura respectiva, o sea la número 808 de 2 de noviembre de 1964, de la Notaría de Garagoa, que obra en autos hubiera sido registrada en el Libro Segundo de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos correspondiente. Esa escritura aparece con la constancia de haber sido registrada únicamente en lo tocante a la venta del inmueble "Los Pinos", que fue también objeto del contrato de venta en ella contenido. "En consecuencia —dice el censor— la ausencia de la nota del registro en el libro 2º que legalmente debía hacerse respecto a los gananciales, trae como consecuencia la inexistencia del contrato que se pretende demostrar. Y si el Tribunal dio por establecido el contrato de compraventa sin estar ellegado a los autos con los requisitos de orden legal, incurrió en evidente error de derecho ya que apreció erróneamente la prueba referida, con violación del artículo 630 del C. J., violación que llevó al Tribunal a infringir indirectamente los artículos 749, 756, 759, 2652, 2655 y 2673 del C. C., y en último término aplicar indebidamente las normas sustantivas regulatorias de la rescisión por lesión enorme (arts. 1946, 1947 y 1948 del C. C.)".

Se considera

I. Inspirándose en razones similares a las que la llevaron a sostener reiteradamente que la formalidad del registro como requisito para que una sentencia pueda servir de prueba en un juicio, se refiere a terceros y no a quienes fueron partes en éste (G. J. número 1934, p. 253, 1947, p. 212, 1953, p. 163, 1975, p. 878), en sentencia de 29 de abril de 1964, G. J. número 2272, primera parte, página 206, dijo la Corte refiriéndose ya a un contrato de compraventa lo siguiente, que aplicado al caso de autos trae como consecuencia que el cargo que se examina no esté llamado a prosperar, esto último teniendo en cuenta que la actora María Suárez de Moreno obra en este juicio como heredera del vendedor Leopoldo Suárez Bernal, en ejercicio de una acción que era propia de este, por lo cual existe identidad jurídica entre ambos:

"No examina el recurrente si por el hecho de ser los otorgantes de la escritura las mismas personas que ahora como demandante y demandado comparecen ante la justicia, tal instrumento notarial en sí mismo, con abstracción de la nota de registro y según fue allegado en primera instancia, era suficiente entre las partes, tanto como formalidad sustancial de la compraventa, como para demostrar a plenitud el contrato y establecer en concreto el contenido de sus cláusulas. Porque si de acuerdo con el artículo 1857 del C. C. la compraventa es el contrato consensual por excelencia, y sólo por excepción 'la venta de bienes raíces y servidumbres y de una sucesión hereditaria, no se reputan perfectas ante la ley, mientras no se ha otorgado escritura pública', no puede remitirse a duda que el acto notarial sin registro alguno forma, solemniza y prueba plenamente entre las partes el contrato de compraventa celebrado, en fuerza de la misma ley, como título y no como modo de adquirir la propiedad. No se trata, en efecto, de afirmar y probar titularidad del dominio frente a terceros, lo que atañe a la anotación de la escritura en el registro público, sino de medir el contenido jurídico de la compraventa como contrato y entre quienes concurrieron a su perfec-

cionamiento. Cuestión que arranca del propio instrumento notarial como formalidad ad substantiam y a la vez como auténtico medio de prueba entre las partes".

II. Como si lo anterior no bastara para despachar desfavorablemente este primer cargo, tiénese que la jurisprudencia de la Corte, fiel al principio de que el medio nuevo inadmisible en casación se refiere a la violación indirecta de la ley por errores de hecho o de derecho en la apreciación de la prueba, y de que esa figura consiste en acusar el fallo recurrido tomando en consideración circunstancias de orden fáctico que no fueron invocadas en las instancias, reiteradamente ha sostenido que constituye tal medio nuevo alegar en casación, por primera vez, que el Tribunal incurrió en error de derecho al haber apreciado como prueba una escritura pública respecto de la cual no aparezca acreditada debidamente su correspondiente inscripción en el registro de instrumentos públicos. (G. J. XLIII, 731; L. 746; XLI bis, 208; XXII, 266; LXXI, 348; XLIV, 338).

Caso el contemplado que es precisamente el de autos, porque la parte recurrente en casación le reprocha al Tribunal haber tenido como prueba del contrato de venta impugnado, en cuanto al derecho a gananciales objeto del mismo, el instrumento público en que consta, no obstante no aparecer registrado en el libro segundo de registro, y en ningún momento durante las instancias se formuló reparo alguno por tal concepto al instrumento en mención, no obstante haber sido él aportado al juicio desde la presentación de la demanda.

Por las razones expuestas, se rechaza el cargo.

Segundo cargo

Se formula por error de derecho en la apreciación de la prueba, con violación medio del artículo 638 del C. J. e infracción indirecta o final de los artículos 673, 756 y 759 del C. C.

Para sustentarlo dice el recurrente que el Tribunal tuvo como demostrado que los inmuebles relacionados en la diligencia de inventarios y avalúos del juicio de sucesión de Candelaria Melo de Suárez, pertenecen efectivamente a la sociedad conyugal que ésta formó con su esposo Leopoldo Suárez Bernal. Y que de esa estimación equivocada arrancó dicho Tribunal para llegar a la conclusión de que de la comparación entre el valor de esos inmuebles y el precio estipulado para la venta de los gananciales, resultaba establecida la lesión enorme por él declarada. Observa a este respecto el censor que por tratarse de inmuebles no podía acreditarse que pertenecieran a la sociedad conyugal sino mediante las escrituras de adquisición respectivas, y el Tribunal tuvo como prueba de la aludida circunstancia la copia de los inventarios y avalúos, asignándole así a estos un valor probatorio que la ley no les da.

Se considera

El cargo no está formulado en armonía con las exigencias técnicas del recurso de casación, por dos aspectos:

a) Porque formulado como viene por error de derecho en la apreciación de una prueba, le correspondía al recurrente la carga de citar la norma precisa de derecho probatorio quebrantada por el Tribunal en virtud de aquel error. Ahora bien, habiéndose hecho recaer el error de derecho imputado sobre la diligencia de inventarios y avalúos practicada en la sucesión de Candelaria Melo de Suárez, se señaló como norma objeto de la violación medio aludida la del artículo 630 del C. J., la cual es ostensiblemente ajena a una diligencia de inventarios y avalúos en un juicio de sucesión, pues versa sobre un aspecto particular de la disciplina probatoria de la escritura pública, y el acta que recoge una diligencia como la aludida escapa al concepto de escritura pública;

b) Porque **ninguna de las disposiciones que el cargo cita en calidad de sustanciales y como indirectamente violadas por el sentenciador a consecuencia del error de hecho que le atribuye, tienen dicha calidad de substanciales, y no dan apoyo por lo mis-**

mo para fundamentar, por sí solas, un cargo en casación dentro de la órbita de la causal primera. En efecto, ninguna de tales disposiciones es atributiva de derechos y obligaciones, que es lo que tipifica el carácter substancial de una norma para efectos de la causal de casación aludida, como que la del artículo 673 del C. C. simplemente hace la enumeración de los modos de adquirir el dominio; la del artículo 756 ibídem, apenas dice cómo se hace la tradición del dominio de los bienes raíces y de otros derechos reales inmuebles; y el 759 de la misma obra, establece sólo que el registro es indispensable para que un título traslaticio de dominio que deba registrarse, dé o transfiera la posesión efectiva del respectivo derecho, y no integra una proposición sustancial completa.

Lo expuesto es suficiente para rechazar el cargo.

Tercer cargo

Expresa el recurrente que la sentencia del Tribunal se apoya en la base no demostrada de que el demandado Cecilio Fernández ostentaba el carácter de titular de los derechos gananciales comprados a Leopoldo Suárez "para la época en que fue propuesta la demanda", por lo cual el sentenciador incurrió en el error de hecho de tener como probado un hecho con un medio probatorio que no existe en el proceso, causando así la violación del artículo 635 del C. J. e infracción indirecta de los artículos 756 y 1951 del C. C.".

Se considera

El rechazo de este cargo se justifica con solo advertir que las disposiciones que él señala como infringidas, o sea los artículos 635 del C. J. y 756 y 1951 del C. C., abstracción hecha de que tengan o no la categoría de sustanciales, nada tienen que ver con el caso de autos. No la del artículo 635 del C. J., porque para la cuestión aquí debatida no exige la ley que se acredite la suficiencia del título, tema que es el que dicho artículo afronta. Tampoco la del artículo 756 del C. C., porque en él se trata sobre la manera de efectuarse la tradición de los derechos de dominio, usufructo y uso constituídos sobre bienes raíces, y de los de habitación e hipoteca, y en el presente caso se trata de la enajenación de gananciales en una sociedad conyugal, no de los derechos a que el citado artículo se refiere. Ni, por último, el artículo 1951 del C. C., porque éste contempla situaciones especiales que pueden presentarse en materia de rescisión por lesión enorme, pero que aquí no se han presentado, o por lo menos en ningún momento se alegó que se hubieran producido, y son las de que la cosa comprada se haya perdido en poder del comprador, o de que éste la haya enajenado.

El cargo, pues, se rechaza.

Cargos cuarto y quinto

El cuarto de los cargos se formula por infracción directa del artículo 1967 del C. C., y como consecuencia de ello por aplicación indebida de los artículos 1946, 1947 y 1948 del C. C.

Se hace consistir en que conforme al artículo 1967 primeramente citado, quien cede un derecho de herencia a título oneroso, sin especificar los efectos de que se compone no se hace responsable sino de su calidad de heredero. Ahora bien, en el caso de autos Leopoldo Suárez Bernal vendió a Cecilio Fernández Lozano el derecho a gananciales que al primero correspondía en la sociedad conyugal que tuvo con Candelaria Melo, sin que se hubiera expresado allí los bienes integrantes de la sociedad conyugal, de modo que el vendedor sólo se hizo responsable de su calidad de cónyuge sobreviviente. Al efectuarse el negocio en esas condiciones, fue aleatoria para el comprador y entonces no procedía decretar la rescisión por lesión enorme.

Según el quinto cargo, el Tribunal interpretó erróneamente los artículos 1946 y 1947 del C. C., y 32 de la Ley 57 de 1887, al haber decretado la rescisión por lesión enorme en una venta de derechos inciertos y aleatorios "como son los pretendidos

derechos del cónyuge Leopoldo Suárez sobre los gananciales o presuntos gananciales habidos dentro de su unión conyugal con la señora Candelaria Melo". Agrega que en la respectiva escritura de venta no se especificaron los bienes raíces a los cuales se vincularon los derechos cedidos, y que de tales bienes apenas se tuvo noticia incierta por la copia de una diligencia de inventarios y avalúos. De suerte, termina diciendo, que descartada la certeza de los derechos materia del contrato, no era procedente que el Tribunal aplicara las normas legales reguladoras de la rescisión, y al aplicarlas las interpretó erróneamente, dándoles un sentido jurídico que las desvirtúa.

Se considera

Como fácilmente se deduce de los dos cargos que se dejan extractados, lo sustancial de ellos consiste en que la venta del derecho a gananciales en una sociedad conyugal disuelta, cuando no se epecifican los efectos de que ésta se compone, configura un contrato aleatorio, no susceptible como tal de rescisión por lesión enorme, ya que ésta supone que el contrato sea conmutativo.

En verdad, esa fue la tesis que a propósito de la venta de derechos hereditarios, pero aplicable igualmente a la de derecho a gananciales en la sociedad conyugal disuelta, por versar tanto aquella como ésta sobre una comunidad universal ilíquida, (LXXVIII, 900 y CVII, 114), sostuvo la Corte durante muchos años. Pero tal tesis fue abandonada a partir de la sentencia de 3 de agosto de 1954 (LXXVIII, 227), con doctrina nueva al respecto reiterada y mantenida desde entonces, como puede verse, entre otras, de las sentencias de 21 de julio de 1960 (XCIII, 98) y de 29 de abril de 1964 (CVII, 113). En esta última sentencia se lee:

"7. Si a trueque de una determinada prestación se cede el derecho de herencia en abstracto, o sea "sin especificar los efectos de que se compone", el cedente 'no se hace responsable sino de su calidad de heredero' (1967 C.C.); y la cesión que por lo general es negocio conmutativo y se rige por el principio de la utilidad equivalente para las partes, puede por excepción convertirse en aleatorio, por la contingencia incierta de ganancia o pérdida que a tiempo del negocio lleva aparejada.

"8. Si además de no estar especificados en la cesión los efectos de que se compone la herencia, no se contaba el día del contrato con elementos de juicio que razonablemente permitieran deducir el justiprecio del derecho cedido, y dentro de esa incertidumbre las partes asumieron la contingencia de ganancia o pérdida, ninguna de las dos podrá llamarse a lesión, y el cedente sanea con solo tener la calidad de heredero, aunque el cesionario experimente pérdida neta.

"9. Mas si a tiempo de la cesión eran conocidas las fuerzas de la herencia, como se revela a menudo por los hechos y principalmente después de la facción de inventarios, el elemento a sabiendas elimina el alea, aunque el traspaso se haga sin especificar los efectos de que se compone la herencia. Cabe entonces la teoría de la lesión, en guarda de la equitativa igualdad de utilidades para las partes contratantes".

No encuentra la Corte motivo bastante que la impulse a regresar a la primitiva posición que adoptó frente a la cuestión de que se trata, ni los cargos que en la presente oportunidad examina, los cuales apenas repiten las razones que entonces se adujeron, sin exponer otras nuevas, se lo suministran. En estas condiciones, pues, ha de quedar incólume el punto de partida de la motivación de la sentencia recurrida, esto es, el de que la venta del derecho a gananciales debatida en el presente juicio, fue un contrato conmutativo por haber sido celebrado por las partes en circunstancias particulares que las colocaban en la posibilidad de conocer el potencial patrimonial de la universalidad a la cual se vinculó el derecho cedido, y por lo mismo de establecer el precio justo de éste en la fecha de la operación. Y habiendo de quedar incólume dicho punto de partida, así habrá de que-

dar también la conclusión final a que llegó el sentenciador, puesto que aceptado según aquel que el contrato de venta de derechos en una universalidad no es de suyo aleatorio, sino que el serlo o no depende de factores externos, cualquier ataque contra la citada conclusión final no podría estar llamada a prosperar en casación sino por la vía indirecta, de la causal primera, demostrando el recurrente haber incurrido el Tribunal en error manifiesto de hecho o en error de derecho en la apreciación de las pruebas relativas a las circunstancias específicas tenidas en cuenta por él para considerar que el contrato no expuso a las partes o contingencias inciertas de ganancia o pérdida. Y bien se ve que los cargos en estudio atacan la sentencia acusada por la vía directa, es decir, dejando intacta la estimación que el Tribunal le dio a la cuestión de hecho.

Los cargos, pues, no pueden prosperar.

Aunque el punto no fue tocado por el recurso, quiere la Corte aprovechar la ocasión para rectificar, así sea sólo en el plano doctrinario, el ostensible error jurídico en que incurrió el Tribunal al dividir el derecho a gananciales que fue objeto de la venta materia de este juicio, y paralelamente al fraccionar también ese mismo contrato de venta, pues no fue otra cosa lo que hizo cuando decretó la rescisión de la venta por lesión enorme, pero únicamente en relación con los inmuebles inventariados como de la sociedad conyugal, y al mismo tiempo lo negó en cuanto a los muebles enlistados en ese inventario.

Tal división no era jurídicamente posible, pues si el derecho a gananciales recae sobre la universalidad patrimonial de la sociedad conyugal, es decir, sobre el continente y no sobre el contenido de aquella, en ese sentido constituye una unidad no susceptible de dividirse en partes bajo las cuales se agrupen separadamente los bienes inmuebles, en una, y los bienes muebles, en otra, integrantes unos y otros de la misma masa. División tanto más imposible cuanto que en la práctica, como el caso de autos lo demuestra, ella conduce a someter un contrato único y un objeto también único, a regímenes jurídicos diferentes: en cuanto al contrato de venta y el derecho a gananciales objeto suyo se consideran referidos a los inmuebles de la respectiva universalidad, podrá aquel ser impugnado por causa de lesión; pero en cuanto ese mismo contrato y ese mismo derecho se consideren referidos a los muebles de dicha universalidad, no podría el primero ser objeto de esa impugnación.

No fue el mencionado el único error del Tribunal en torno a la cuestión comentada. En efecto, no obstante haber él dejado subsistente el contrato de venta los gananciales, en cuanto a los muebles inventariados como de la sociedad conyugal, y ordenado su rescisión en cuanto a los inmuebles del mismo inventario, al desarrollar las consecuencias de esta rescisión ordenó la restitución de la totalidad del precio estipulado en el contrato de venta, despojando así de contraprestación a la enajenación de los gananciales vinculados a los bienes muebles, que, se repite, el Tribunal dejó viva.

Es obvio que la rescisión debió referirse al contrato en su totalidad. Pero si el Tribunal hizo el fraccionamiento a que antes se aludió, dentro de esa línea debió por lo menos descomponer el precio total estipulado en la venta, haciendo una distribución proporcional del mismo entre los muebles y los inmuebles, para de esa manera lograr que la restitución del precio consecuencial a la rescisión decretada, si en definitiva a esta se llegaba, quedara contraída al correspondiente a los inmuebles.

Por todo lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia de fecha veintidós (22) de septiembre de mil novecientos sesenta y siete (1967) proferida en segunda instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Guateque en el juicio ordinario que promovió María Suárez de Moreno, en interés de la sucesión de Leopoldo Suárez, contra Cecilio Fernández Lozano.

Sin costas en casación, en razón de la rectificación doctrinaria que se hace en este fallo.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase al Tribunal Superior del Distrito de Tunja.

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

Heriberto Caycedo Méndez. Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

I. Aunque los suscritos Magistrados están de acuerdo con el pronunciamiento de la Corte que deniega la casación del fallo acusado por razones tocantes con la preceptiva del recurso extraordinario, se ven precisados a disentir de su motivación en cuanto esta contiene conceptos que abonan una jurisprudencia relativamente reciente de la Corporación, por la cual se amplía el campo de acción tradicionalmente reconocido a la lesión considerada como un vicio de los actos jurídicos, dándole operancia en punto de la cesión de derechos hereditarios y, según el fallo impugnado, a la de los derechos del cónyuge sobreviviente en la sociedad conyugal ilíquida.

II. En la discusión del proyecto adoptado por la mayoría de la Sala de Casación Civil, los suscritos abogaron por la revisión de la aludida jurisprudencia importada de Francia y por el retorno a la doctrina inveterada de la Corte, al estimar que aquella pugna abiertamente con la organización general de nuestro Código Civil y, en particular, con las instituciones comprometidas en la cuestión, tales como el vicio de la lesión enorme, las nulidades sustanciales de los actos jurídicos, la concepción del derecho real de herencia y de la sociedad conyugal, y el contrato de cesión de este derecho real de herencia y del que corresponde a los cónyuges en la referida sociedad.

III. Sabido es que la historia de la lesión considerada como un vicio de los actos jurídicos se divide en el Derecho occidental en dos períodos: el primero que encuentra su punto de partida en la época imperial romana hasta su consagración en las compilaciones civiles del siglo pasado como la nuestra que se inspira en el Derecho Español y en el Francés: y el segundo que se origina en el Código Civil Alemán de 1900 y de allí ha pasado a otros, como el Federal Suizo de las Obligaciones de 1912, el Italiano de 1942, etc. Caracterízanse estos períodos, porque en el tradicional o clásico el establecimiento de la lesión como vicio de los actos jurídicos se miró con recelo: piedra angular del derecho latino ha sido el respeto a la ley propiamente dicha y a la ley contractual cuya observancia determina la tranquilidad social y la seguridad del comercio. Dícese que esta última se vería gravemente afectada al permitirse la revisión de todos los actos jurídicos para averiguar si en estos se ha presentado un desequilibrio económico y así declarar la invalidez o el reajuste de los mismos. Por el contrario, el sistema más reciente propugna la consagración de la lesión como vicio de los actos jurídicos onerosos y particularmente de los contratos conmutativos, siempre y cuando que dicha lesión obedezca a la explotación de la necesidad, de la ligereza o de la inexperiencia de la parte agraviada. Esta explotación indebida fue calificada de usuraria por los redactores del código alemán, quienes, consecuencialmente, la sancionaron con la nulidad absoluta que castiga los atentados contra las buenas costumbres. Enfoque más adecuado de la cuestión es el de los códigos que se han inspirado en dicha orientación alemana, pues en estos se mantiene el fundamento de equidad consistente en evitar la explotación usuraria en los contratos, pero sancionándola con la nulidad relativa de los mismos alegable exclusivamente por el contratante lesionado.

IV. Nuestro Código Civil, anterior al alemán e inspirado directamente en la tradición romana, española y francesa, le reconoce ámbito restringido a la lesión considerada como vicio de los actos jurídicos y así sólo la sanciona taxativamente en siete ca-

sos a saber: la compraventa de inmuebles (arts. 1946 y ss.); la permuta de bienes de la misma índole (art. 1958); las particiones de bienes (art. 1405); la aceptación de una asignación sucesoral (art. 1291); la estipulación de intereses en el mutuo (art. 2231); la anticresis (art. 2466); y la cláusula penal (art. 1601). Fuera de estos casos el desequilibrio en los actos onerosos campea a sus anchas en aras de la libertad contractual. Agrégase a esta restricción criticable que la lesión es entre nosotros, un vicio puramente objetivo que, en las hipótesis preindicadas, opera mecánicamente; basta que se presente la desproporción económica prevista por la ley, la lesión enorme o en más de la mitad (**laesio ultra dimidium**), para que se precipite la sanción que, en los primeros cuatro casos enunciados, consiste en la **rescisión** del acto o en el **reajuste** de este en los tres casos restantes. Para nada se tiene en cuenta la finalidad ética de la institución que, como bien lo han entendido las ya aludidas legislaciones modernas, estriba en **proscribir la explotación indebida de la necesidad, de la ligereza o de la inexperiencia de una de las partes.** De esta suerte, puede ocurrir que quien carece de recursos inmediatos para comprar por $ 100.000.00 valores bursátiles que se le ofrecen y que están cotizados en $ 1.000.000.00, pero tiene un inmueble que vale $ 400.000.00, bien puede vender este por los $ 100.000.00 que necesita para adquirir los valores, y seguidamente pedir la rescisión de la compraventa del inmueble, alegando para el efecto haber sufrido lesión enorme.

V. De lo anteriormente expuesto, conclúyese que los suscritos son partidarios de la organización moderna de la lesión y de la reforma de nuestro código civil al respecto; pero, mientras esta no se lleve a cabo, consideran que es peligroso extender el campo de acción del referido vicio y de cualquiera de sus dos sanciones legales, rescisión o reajuste del acto, principalmente porque, según quedó dicho y ejemplarizado, la institución opera mecánicamente entre nosotros, sin consultar su finalidad ética y sin que a los jueces les sea dado, a falta de disposición legal al respecto, averiguar si efectivamente una de las partes **ha aprovechado indebidamente la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de la otra parte.** Frente a este grave vacío legislativo que no se da en los ordenamientos modernos es de rigor para los jueces recordar que su misión es la de "juzgar según la ley, pero no la de juzgar la ley, por absurda e injusta que les parezca".

VI. Visto está que en nuestro código la lesión enorme está sancionada con la rescisión o el reajuste del acto lesivo. Y más que sabido que las sanciones legales, especialmente las nulidades, son de interpretación estrictísima y que así sólo pueden ser aplicadas en los casos expresamente previstos por el legislador. Entonces, al ampliar el campo de operancia del referido vicio a hipótesis no contempladas por la ley, como lo son la de la cesión de derechos hereditarios o de derechos en una sociedad conyugal ilíquida, u otras no solamente se está adulterando la institución de la lesión, sino también aquella otra mucho más general e importante cual es la de la aplicación restrictiva de las sanciones legales y, en particular, la de las **nulidades.**

VII. Pugna también la jurisprudencia que aquí se critica con el concepto clásico del derecho real de herencia y del derecho de una sociedad conyugal. Dentro de la tradición latina, acogida por nuestro código, el patrimonio de las personas es una **universalidad jurídica** que comprende a todos los bienes y obligaciones presentes o futuros, ciertos o inciertos, conocidos o desconocidos que se vinculan a dichas personas a lo largo de su existencia. Tal es la noción del patrimonio-personalidad, que determina que no puede existir persona sin patrimonio, porque aunque ella actualmente no tenga bienes ni obligaciones, puede adquirirlos en el futuro, y, a la inversa, que no puede existir patrimonio sin una persona que le sirva de titular. Esta noción, parcialmente modificada por el derecho germánico, explica la verdadera naturaleza

del derecho real de herencia. La muerte de una persona no desintegra la universalidad jurídica de su patrimonio, sino que los derechos y obligaciones a ella vinculados se transmiten a sus herederos; pero no como derechos y obligaciones individualmente considerados, sino en cuanto forman parte de esa universalidad jurídica que pasa a radicarse en cabeza de dichos herederos como objeto único del derecho real de herencia, el cual perdura hasta la partición del patrimonio relicto del de cujus. Obvio es, pues, que este derecho real no puede ser calificado de mueble ni de inmueble, según los bienes que forman parte del patrimonio, porque aquel no recae sobre éstos, sino sobre la universalidad jurídica. Estas precisiones tocantes con la naturaleza del derecho real de herencia son pertinentes a los derechos en la sociedad conyugal. Por el hecho del matrimonio se forma entre los esposos una sociedad de bienes distinta de los patrimonios individuales de éstos y que también constituye una universalidad jurídica que se actualiza a consecuencia de la disolución del matrimonio o de la separación de bienes. Así, a la muerte de uno de los cónyuges son partícipes a título de comuneros en la universalidad el cónyuge supérstite y los herederos del fallecido. Pero sus respectivos derechos no radican en ninguno de los bienes individualmente considerados, sino que tienen por objeto una cuota en la referida universalidad. Entonces, al igual que en el derecho real de herencia el objeto del mismo no puede ser calificado de mueble ni de inmueble, tampoco se puede incurrir en esta impropiedad respecto a los derechos de los partícipes en la sociedad conyugal ilíquida.

VIII. Dentro de los lineamientos generales esbozados en el apartado anterior, la Corte había entendido rectamente la índole de los derechos vinculados a una universalidad jurídica, tal cual ellos surgen de los establecimientos legales y de la doctrina tradicional, y así había descartado la procedencia de la acción rescisoria por lesión enorme en la cesión de los derechos mencionados (ver casación de 11 de marzo de 1942 T. XXVII, 184). Pero, en sentencia del 3 de agosto de 1954, y con el fin de apuntalar la importación de la aludida jurisprudencia foránea, se desvirtuó el claro concepto en cuestión, diciendo: "La dificultad es allanable. El artículo 667 del C. C. establece que 'los derechos y acciones se reputan muebles o inmuebles, según lo sea la cosa en que ha de ejercerse o que se debe'. Si el patrimonio de la sucesión está representado sólo en bienes raíces, el derecho de herencia cedido será inmueble y cabrá la rescisión. Por el contrario, si el patrimonio herencial está integrado únicamente por bienes muebles, el derecho del sucesor será mueble y no procederá la rescisión. Para el caso de que los bienes de la sucesión sean muebles e inmuebles, en el cual surge grave dificultad para fijar la naturaleza del derecho cedido, habrá de adoptarse esta solución aceptada por la doctrina francesa, según enseñan Planiol y Ripert; la rescisión será posible en casos de que la lesión enorme aparezca teniendo en cuenta sólo el valor de los bienes raíces". Entronizada esta confusión manifiesta entre los derechos particulares in re y ad rem a que se circunscribe el criterio en que se funda el artículo 667 del C. Civil, y los derechos en universalidad jurídica, para aceptar o negar la procedencia de la acción rescisoria por lesión enorme respecto de los bienes inmuebles que puedan formar parte de esta, estrictamente lógicas son las injurídicas aplicaciones que tal conclusión impone, como la que en el presente fallo le critica la Corte al Tribunal por haber decretado la rescisión del contrato sub lite únicamente en lo relativo a los bienes inmuebles inventariados en una causa mortuoria. Dicho Tribunal se limitó a acatar la dicotomía propuesta por los citados autores franceses y expresamente aceptada por la Corte.

IX. La precitada solución jurisprudencial es tan inexacta como peligrosa, ya que podría ser empleada en otros campos hasta el punto de desnaturalizar totalmente la institución de la lesión como vicio de los actos jurídicos. Por ejemplo, sabido es que la vinculación del socio respecto de la universalidad jurídica patrimonial de la sociedad, esté aquella o no representada en acciones, le confiere a dicho socio los derechos esenciales de participar en las utili-

dades y de recibir en la liquidación una cuota de bienes en dinero o en especie proporcionales a su interés. Ahora bien, como las sociedades producen balances periódicos y en estos pueden figurar bienes inmuebles, aplicando la solución que se critica, podría concluirse que la cesión del interés social por uno de los socios sería rescindible por causa de lesión enorme en el evento de presentarse un desequilibrio entre el precio pagado por dicho interés social y el valor de los inmuebles inventariados en el balance de la sociedad.

X. Sabido es que el Código Napoleón incluyó la cesión de derechos, entre ellos los hereditarios, en el tratado de la compraventa (Lib. IV. Tít. IV, Cap. VIII), lo que ha sido ocasionado a errores doctrinarios repetidamente apuntados y criticados. Esta indebida involucración de figuras contractuales distintas sirvió precisamente de pretexto a la jurisprudencia francesa a que se ha aludido para concluir, contrariando también la organización general de ese código, que siendo rescindible la venta por lesión enorme de bienes inmuebles, no habría razón para descartarla en la venta de derechos hereditarios cuando existiesen bienes inmuebles pertenecientes a la sucesión. Atento a las críticas que ya se le habían formulado al código francés, el señor Bello comprendió que las cesiones de derechos crediticios, herenciales y litigiosos son contratos típicos e inconfundibles con otros a los que pueden unirse y combinarse, v. gr. la compraventa, la permuta, la sociedad o la donación, y así a aquellas figuras consagró el Título 25 del Libro IV, en el que se les reglamenta separada y específicamente, erigiéndolas por tanto, en contratos nominados o típicos, de donde resulta que la equivocación en que incurriera el código francés no puede ser esgrimada entre nosotros para aplicarle a la cesión de derechos hereditarios el régimen propio de la compraventa.

XI. Diferencias esenciales (**esentialia negotii**) se ofrecen entre la compraventa y la cesión de derechos hereditarios. En la primera la obligación principal del vendedor es de dar: de hacer tradición de la cosa vendida, que, en tratándose de derechos inmuebles, como el dominio, el usufructo, el uso o habitación, la hipoteca, las servidumbres, debe hacerse mediante la competente inscripción del título en el libro primero del registro de instrumentos (art. 756 y concordantes); así como también es obligación de dicho vendedor la de saneamiento por evicción o vicios redhibitorios de la cosa vendida (art. 1893). La obligación del cedente de derechos hereditarios es de hacer: de garantizarle al cesionario a título oneroso la calidad sucesoral invocada por aquel (art. 1967). De aquí que el referido contrato, aunque siempre debe constar en escritura pública, haya de inscribirse en el registro en el libro segundo y no en el primero donde se opera la tradición simbólica. La diversa índole de las obligaciones producidas por los contratos en cotejo explica la exclusión del derecho real de herencia de la enumeración que traen el artículo 756 y concordantes. En segundo lugar, el cedente de derechos hereditarios a título gratuito de nada responde, y si el título es oneroso, no tiene que sanear evicciones ni vicios redhibitorios, sino únicamente, si así pudiera decirse a manera de símil, la calidad de asignatario sucesoral con que haya obrado en el contrato. Estos también eran lugares comunes en la jurisprudencia de la Corte (ver casación, 11 marzo 1942 antes citada).

XII. La indebida involucración de la cesión de derechos hereditarios en el tratado de la compraventa que, por su naturaleza, es conmutativa y excepcionalmente aleatoria, le permitió a la jurisprudencia francesa decir, a la ligera, que la venta de derechos hereditarios también es conmutativa cuando, al tiempo de celebrarse, existen datos sobre los bienes integrantes de la masa sucesoral, y esto con la finalidad de darle entrada en este campo a la acción rescisoria por lesión enorme. Sin advertir la ya enunciada diferenciación entre los referidos contratos, establecida por nuestro código a manera de rectificación de su modelo francés, la Corte, al revaluar su doctrina tradicional, también se ha servido de este argumento: "No se puede sostener de manera absoluta —dice en su mencionado fa-

llo del 3 de agosto de 1954— que la venta de derechos hereditarios sea siempre de carácter aleatorio. Cuando al momento de efectuarse la cesión se conoce de manera cierta por los contratantes la cuantía del activo y del pasivo de la sucesión, y el número y calidad de los herederos, el objeto vendido no es cosa que quede sometida totalmente al azar de una pérdida o ganancia. La prestación en este caso no depende de un acontecimiento incierto que haga imposible su justiprecio al momento del contrato. Puede ocurrir, por ejemplo, que la cesión se efectúe después de practicados los inventarios y avalúos cuando ya se han fijado precisamente los elementos integrantes del patrimonio herencial y los valores de los bienes relictos. En este caso la venta de los derechos herenciales no tendrá carácter aleatorio. De tal manera que si por regla general la venta de derechos hereditarios sin determinación de especie es contrato aleatorio habrá casos en que ella tenga carácter conmutativo, siendo procedente entonces la acción rescisoria al existir lesión enorme, si los derechos cedidos valieren al tiempo del contrato más de la mitad de su justo precio".

XIII. A este propósito conviene también declarar confusiones en que se suele, incurrir en punto de la ubicación de los contratos aleatorios, ocasionadas por impropiedad que se le apunta a nuestro codigo; también traída de su modelo francés (art. 1104). Define el artículo 1498: "El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio". Plantea así este texto legal la idea inexacta de que el contrato aleatorio ha de ser siempre bilateral y oneroso, o sea que necesariamente implica prestaciones recíprocas entre las partes (art. 1946) y, consiguientemente, mutua utilidad para las mismas (art. 1497), siendo así que dicho contrato puede ser unilateral y gratuito, como cuando, siguiendo el ejemplo clásico, se trata de la donación del producto de la pesquería o de la cacería que el donante haya de recoger en un día. Luego, lo que verdaderamente caracteriza al contrato aleatorio, según se desprende de las propias voces del citado artículo 1498, es el no poderse determinar, al tiempo de su celebración, la utilidad que este haya de reportar para las partes o para una sóla de ellas.

XIV. Esta incertidumbre en cuanto a la utilidad que el contrato haya de producir para el cesionario se ofrece precisa e invariablemente en la cesión de derechos hereditarios propiamente dicha, o sea en la que versa sobre la totalidad o la cuota que el cedente tenga sobre la universalidad jurídica sucesoral, pues cuando dicha cesión está vinculada a determinados bienes en ella especificados, la figura es diferente de aquella otra y está sujeta a un régimen legal semejante al de la enajenación de cosa ajena. La verdadera cesión de derechos hereditarios, excluida en nuestro código del tratado de La Compraventa y tipificada mediante una regulación propia, puede ser bilateral o unilateral, según que el cesionario contraiga o no obligaciones, respectivamente, como la de pagar una suma de dinero o la de cumplir una carga o modo que afecte la donación; en las mismas circunstancias, la cesión puede ser onerosa o gratuita. Pero ella es esencialmente aleatorio, porque al tiempo de su celebración no puede haber certidumbre acerca de la utilidad económica que haya de obtener el cesionario. El cedente no contrae obligación de dar especies o géneros ciertos y determinados, y, por lo mismo, tampoco se obliga a sanear evicción o vicios de ninguno de los bienes sucesorales. Si la cesión es gratuita, de nada responde él; y si es onerosa, sólamente garantiza su condición de heredero, vale decir que, aunque se presenten otras personas con tal carácter, éstas no habrán de excluir totalmente al cesionario. Así la incertidumbre se acusa ya por el aludido aspecto personal, porque si después de la cesión aparecen otros herederos concurrentes, es claro que este hecho futuro e incierto mengua las perspectivas de utilidad que antes tuviera el cesionario. Y a dicha incertidumbre agrégase otra índole objetiva y que tampoco puede considerarse superada por el simple hecho de que en la respectiva

causa mortuoria se haya practicado ya un inventario de los bienes relictos. La universalidad jurídica sucesoral está constituída, se repite una vez más, por todos los derechos y obligaciones ciertos e inciertos, conocidos y desconocidos integrantes del patrimonio relicto. De esta suerte también puede suceder que dicho inventario se altere con posterioridad a su confección, porque terceros logren la exclusión de bienes inventariados, o porque aparezcan nuevas deudas del causante, o porque prosperen litigios contra la mortuoria, etc. En cualquiera de estos eventos de ocurrencia posterior a la confección del inventario de los bienes relictos y al contrato de cesión, cualquier cálculo que se hubiese hecho sobre la posible utilidad de dicho contrato para el cesionario resultaría fallido; tal utilidad sufriría mengua, sin que el cedente adquiera responsabilidad alguna por ello. En suma: el beneficio del cesionario de derechos hereditarios depende siempre de una contingencia, vale decir, de un hecho futuro e incierto, que es precisamente la característica del contrato aleatorio.

XV. Como es elemental que los vicios de los actos jurídicos tienen que ser concomitantes a la celebración de los mismos, la lesión no puede operar en los contratos aleatorios ya que en ellos la utilidad para las partes o para alguna de ellas depende de una contingencia incierta y posterior a tal momento. Este es principio unánimemente aceptado por la doctrina. Entonces, siendo la cesión de derechos hereditarios propiamente dicha esencialmente aleatoria, la verdad jurídica por este aspecto era la declarada por la doctrina tradicional de la Corte. "La ley limita la responsabilidad del cedente a la mera calidad de heredero (art. 1967) —reiteró ella con toda exactitud en su ya citado fallo del 11 de marzo de 1942— de manera que más allá de este elemento esencial no existe ninguna obligación del cedente en relación con el resultado patrimonial definitivo de la cesión, pendiente, además, de diversos factores influyentes en la economía del contrato que no pueden determinarse previamente y de manera precisa en el momento de su celebración. Esta peculiaridad de este contrato, debida a la ley y a la naturaleza jurídica del derecho que le sirve de objeto a la cesión, lo coloca dentro de la clasificación de los aleatorios definidos en el artículo 1498 del C. C. en los cuales no es posible determinar los resultados de la convención en el momento en que se celebre, y en los cuales, por esta circunstancia, no procede la acción rescisoria, por lesión enorme, que implica la equivalencia obligatoria en las prestaciones de los contratantes.

"La acción de nulidad por causa de lesión, que excepcionalmente consagra la ley como manera de reparar el perjuicio sufrido en la celebración de determinados actos jurídicos, es acción que corresponde a ambas partes en los casos en que está autorizada en contratos bilaterales. Corresponde a comprador y vendedor en nuestro sistema legal y se diferencian del francés en que sólo se otorga al vendedor. Esta modalidad recíproca de la acción rescisoria le da también improcedencia en tratándose de contratos onerosos de cesión de derechos de herencia sin determinación de especies, porque estando en estos casos legalmente restringida la responsabilidad del cedente a su calidad de heredero, no podía deducirse acción por lesión del comprador, y esta solución resulta dentro de la reglamentación jurídica de la lesión enorme como fenómeno bilateral en los contratos en que procede".

XVI. En conclusión: numerosas son las razones derivadas de nuestra organización legal que invitan a revisar la reciente jurisprudencia de la Corte y a retornar a su doctrina tradicional, mientras no se produzca una reforma legislativa en punto del vicio de la lesión en los actos jurídicos, en el sentido de vincular esta institución a su finalidad ética, según lo hacen ordenamientos modernos, imponiendo al lado de la investigación objetiva o económica de dichos actos la valoración subjetiva para determinar si alguno de los agentes ha explotado indebidamente la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de la parte lesionada.

Ernesto Cediel Angel, Guillermo Ospina Fernández.

Heriberto Caycedo Méndez. Secretario.

Fecha ut supra.

FILIACION NATURAL

Posesión notoria, es más que un medio de prueba, una situación de hecho.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Alfonso Peláez Ocampo).

(Aprobado Acta Nº 26 de marzo 23/71).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de octubre 14 de 1968, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio ordinario incoado por Edmundo y Alberto Quiñones Poel contra Ignacio Eugenio Rodríguez o Quiñones y Clementina Rodríguez o Quiñones v. de Rodríguez.

El litigio

En el juicio dicho, los demandantes suplicaron estas declaraciones:

"Primero. Que Edmundo y Alberto Quiñones Poel son hijos naturales del General Manuel Tiberio Quiñones o Rodríguez.

"Segundo. Que como consecuencia de la declaración anterior se dé cumplimiento a los artículos 370 del Código Civil y 10 de la ley 92 de 1938.

"Tercero. Que como consecuencia de las declaraciones anteriores "se declare que los demandantes tienen derecho a los bienes de la sucesión del General Tiberio Quiñones o Rodríguez", singularizados en este pedimento.

Como causa petendi se dijo:

Que Edmundo y Alberto Quiñones Poel "tienen la posesión notoria de hijos naturales" del citado causante.

Que "dicha posesión notoria proviene de que el mencionado General trató siempre a Edmundo y Alberto Quiñones como sus hijos naturales, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento".

Que "los deudos y amigos del citado General y el vecindario del mismo General, han reputado y reputan a aquellos como hijos naturales de éste, a virtud del tratamiento que de hijos naturales suyos les dio".

Que "el General Manuel Tiberio Quiñones o Rodríguez, costeó la educación de "Edmundo y Alberto Quiñones Poel y los estableció así: al primero, en la carrera militar, y al segundo en la profesión de técnico de aviación.

Que "la posesión notoria de que hablan los hechos anteriores, duró más de veinte años".

Que "el finado General Manuel Tiberio Quiñones o Rodríguez, usó siempre este nombre y en su juicio de sucesión que cursa en el Juzgado Décimo Civil de este Circuito, se le tiene como Manuel Tiberio Rodríguez, en razón de ser hijo natural de la señora Natalia Rodríguez".

Que "el referido General Quiñones, al morir no dejó ascendientes, ni padres naturales, ni colaterales legítimos, como tampoco cónyuge supérstite".

Que "el señor Ignacio Rodríguez o Quiñones y la señora Clementina Rodríguez o Quiñones v. de Rodríguez, tienen la calidad de hermanos naturales del causante General Manuel Tiberio Rodríguez o Quiñones, y como tales los tuvo el Juzgado que conoce del juicio de sucesión respectivo o sea, el Juzgado Décimo Civil del Circuito".

Que "los hermanos naturales del General Quiñones o Rodríguez y de que trata el hecho anterior, son los representantes de la sucesión del referido causante".

Que "tanto Ignacio Eugenio Rodríguez o Quiñones como Clementina Rodríguez o Quiñones v. de Rodríguez, tienen y han tenido a Edmundo y Alberto Quiñones Poel como hijos naturales del finado General Manuel Tiberio Quiñones o Rodríguez".

Los demandados, en forma muy breve, descorrieron el traslado de la demanda, oponiéndose a las peticiones en ella contenidas y a los hechos afirmados.

El Juzgado Décimo Civil del Circuito, en sentencia de julio 31 de 1965, desató la primera instancia del juicio, así:

"1º Declarar que los demandantes Edmundo y Alberto Quiñones Poel son hijos naturales del General Manuel Tiberio Quiñones o Rodríguez, ya fallecido.

"2º Como consecuencia de la anterior declaración, los demandantes tienen derecho a los bienes de la sucesión del mencionado causante General Quiñones y en especial a los bienes que se detallen en el aparte tercero de la demanda.

"3º Como consecuencia de las anteriores declaraciones dése cumplimiento a los artículos 370 y ss. del C. C. y 10 de la Ley 92 de 1938 y al art. 33 del Decreto 1003 de 1939.

"4º Ordénase la cancelación del registro de la demanda y la inscripción de esta sentencia en los libros correspondientes.

"5º Condénase en las costas a la parte demandada".

Dicha parte interpuso alzada contra esta decisión y concluido el trámite de la segunda instancia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en sentencia de octubre 14 de 1968, resolvió:

"1º Revocar el (sic.) todas sus partes el fallo apelado.

"2º Negar las súplicas de la demanda.

"3º Absolver a los demandados de los cargos formulados en el libelo.

"4º Condenar a los demandantes en las costas de la primera instancia.

"5º Sin costas en el recurso".

La parte demandante, como se dijo arriba, recurrió en casación esta providencia.

La sentencia impugnada

Da ésta por establecidos los presupuestos procesales de demanda en forma, competencia, capacidad para ser parte y capacidad para obrar procesalmente, y además la legitimación en causa por pasiva, por cuanto los demandados son los "únicos representantes legales" de la sucesión del General Manuel Tiberio Quiñones o Rodríguez, y conceptúa que se han promovido las acciones de filiación natural y de petición de herencia, la primera en razón de la posesión notoria del estado civil de hijos naturales que afirman Edmundo y Alberto Quiñones Poel respecto de su presunto padre natural, el mencionado General Manuel Tiberio.

"Existen dos medios de declarar la filiación natural" dice la sentencia. El primero, conforme al artículo 2º de la ley 45 de 1936: en el acta de nacimiento, firmándola quien reconoce; por escritura pública; por testamento, y por manifestación expresa y directa hecha ante un juez. El segundo "por declaración judicial, si se reúnen las condiciones a que se refiere el artículo 4º de la misma ley, y sólo con base en las causales allí determinadas de manera taxativa". Tales son: en el caso de rapto o violación; en el caso de seducción; si existe carta u otro

escrito cualquiera del pretendido padre que contenga una confesión inequívoca de paternidad; en el caso de que entre el presunto padre y la madre hayan existido, de manera notoria, relaciones sexuales, y "cuando se acredite la posesión notoria del estado de hijo".

Si no se hace el reconocimiento —continúa la sentencia— "no cabe otra alternativa que acudir al segundo", con la advertencia "que cada una de las causas señaladas en los ordenamientos invocados se ha de tomar en su real y verdadero sentido y con el lleno de las formalidades propias". "Desde luego —agrega— que la invocada requiere acreditarse según la ley, sin que por lo demás, como es lógico, dejen de contribuir a su demostración los medios legales conducentes a formar parte de ese conjunto de testimonios, exigidos por el artículo 399 del C. C. Lo importante es buscar ese sólido cúmulo de pruebas que pueden andar dispersas en el proceso pero que convergen en la situación que se trata de plasmar en realidad jurídica".

Trae a cuento la sentencia una doctrina de la Corte (Sentencia de junio 15 de 1954, LXXXII, 828), sobre la valoración probatoria de los hechos constitutivos de la posesión notoria del estado civil de hijo natural, y expresa que el artículo 4º de la Ley 45 de 1936, numeral 5º, establece ciertamente, la causal invocada de paternidad: "Cuando se acredite la posesión notoria del estado de hijo". Y el 399 del C. C. preceptúa cómo debe probarse la posesion notoria del hijo legítimo, aplicable al caso, por virtud del artículo 7º de la ley llamada de filiación natural". A continuación, el Tribunal critica los fundamentos de la sentencia de primera instancia, así como las pruebas en las cuales fundó la declaratoria de paternidad de los demandantes: las declaraciones de María Cristina Moure de Valek, General Domingo Espinel, General Marco A. Villamizar, las posiciones absueltas por los demandados, algunas cartas cuya autoría se atribuye al General Manuel Tiberio Quiñones o Rodríguez y varios documentos presentados a la Caja de Vivienda Militar, considerando que aquellas y éstos "constituyen sin duda indicios si se quiere vehementes de paternidad mas no los suficientes para recibirlos con virtualidad de "confesión inequívoca" y en este caso no podrían asumir la categoría de plena certidumbre acerca de la paternidad alegada".

Anota la sentencia "que ciertamente en el proceso abundan esos elementos indiciales... los cuales bien hubieran servido con más acierto para delinear la posibilidad de buscar 'una confesión inequívoca de paternidad', si, por otra parte, integran o conforman la causa petendi de la demanda en cuestión. Porque es de saberse, que si la carta o escrito del pretendido padre o el reconocimiento que encierra no se invoca en los hechos del libelo principal, ni surge de la comprensión general del mismo, el juzgador no los puede tener como fundamento plausible de la sentencia que profiera, simplemente porque la relación procesal se ha trabado entre las partes sobre hechos que se deben puntualizar en la demanda de manera clara y ordenada, que "es lo ocurrido en el caso sub-judice", puesto que "en el escrito de demanda en puridad de verdad no se alude a esa causal ni a hechos que la supongan, sino que la acción incoada se apoyó exclusivamente en otra específica, autónoma, de presupuestos propios, denominada posesión notoria".

La precedente conclusión la apoya la sentencia en el fallo de la Corte de junio 22 de 1960, cuyos principales apartes transcribe, y ciérrase la motivación diciendo que "la decisión con la cual se remata el juicio, al tenor de lo preceptuado por el artículo 593, en armonía con el 471 del C. J. se basa en 'los hechos conducentes de la demanda y de la defensa, si la existencia y verdad de unos y otros aparecen demostrados, de manera plena y completa según la ley', al igual que estar "en consonancia con las demandas y demás pretensiones oportunamente deducidas por las partes", y que "en este orden de ideas, fuerza concluir que la acción implorada de filiación natural, en el caso que se ocupa la Sala, no está llamada a prosperar y debe, en consecuencia, revocarse la sentencia apelada para ajustarla a derecho".

La demanda de casación

Diciendo fundarlo en el motivo primero del artículo 52 del Decreto 528 de 1964, el recurrente formula un solo cargo a la sentencia de segunda instancia, consistente en violación de norma sustancial, por falta de aplicación del ordinal 5º, artículo 4º de la ley 45 de 1936, a través de errores de hecho y de derecho cometidos por el sentenciador, por falta de apreciación de determinadas pruebas y errónea apreciación de otras. El cargo lo desarrolla en diez apartes, de los cuales es síntesis la siguiente:

El Tribunal —es de concepto el censor— consideró que la acción incoada es la de declaratoria de paternidad natural de los demandantes, por causa de posesión notoria del estado civil de hijos naturales, respecto del General Manuel Tiberio Quiñones, ya fallecido, deducida del hecho de que por lapso mayor a veinte años, fueron tratados como tales, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento, y argumentando que las causales legales de dicha declaración, de las cuales hace una síntesis, se han de tomar en su real y verdadero sentido. Dice el censor que el sentenciador, con estos considerandos, violó el artículo 4º de la ley 45 de 1936, puesto que estimó que la posesión notoria, como pretensión de derecho, constituía el objeto de la prueba.

Según el censor, el Tribunal incurrió en error de derecho en la interpretación de la demanda y empleó erróneamente el artículo 399 del Código Civil, al exigir como prueba exclusiva de la posesión notoria del estado civil la de testigos; que el mismo error cometió al negarle valor probatorio al documento privado del inventario de los bienes relictos del General Manuel Tiberio Quiñones, firmado por demandantes y demandados, reconocido por éste en posiciones, cuyos apartes transcribe, quebrantando de esta manera los artículos 399, 1759, 1761 y 1765 del Código Civil, 593, 609 y 637 del Código de Procedimiento Civil, 4º y 6º de la ley 45 de 1936, "porque el contenido del acta de los inventarios es el reconocimiento inequívoco que cada uno de los firmantes hizo del estado civil de los otros"; que cometió error de hecho manifiesto consistente en que no tuvo en cuenta la respuesta de la demandada Clementina Rodríguez o Quiñones v. de Rodríguez, al pliego de posiciones que absolvió, cuando confiesa que el presunto padre de los demandantes se "los llevó allá para que los tuviera"; que incurrió en error de derecho en la apreciación del testimonio de María Cristina Moure de Valek, al considerar deficientes las circunstancias de modo, tiempo y lugar expuestas por ella, violando así la regla iura novit curia, contenida en el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, el artículo 6º de la Ley 45 de 1936, por cuanto pretendió que la testigo expusiese todas las circunstancias de este precepto, el artículo 399 del Código Civil, por cuanto partió de la base que la prueba de testigos era la única fidedigna e idónea para establecer la posesión notoria del estado civil, y que, además, cometió error de hecho manifiesto al pretermitir la apreciación de las otras pruebas del expediente, conducentes a la acertada valoración del referido testimonio, como la prueba documental de los hechos auxiliares que acreditan las cuestionadas circunstancias de modo, tiempo y lugar, consistentes en las partidas de nacimiento de los demandantes.

Continúa la censura la crítica de la sentencia y dice que el Tribunal en el análisis de la declaración del General Marco A. Villamizar, violó los artículos 692 y 697 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto se limitó a indagar mecánicamente las circunstancias de modo, tiempo y lugar, exigidas por esa norma típica de la prueba formal, y así mismo el artículo 399 del Código Civil, por haber atribuído el valor de indicios y no el de plena prueba a algunos documentos firmados por el presunto padre natural, relativos a determinadas gestiones y a cartas personales de éste a los demandantes, confundiendo así la prueba testimonial con la de atestiguamiento y suponiendo que solamente con ésta podía ser probada la posesión notoria de hijo natural, tesis suya en cuyo beneficio transcribe alguna opinión de Claro Solar (Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, Tomo IV, pág. 101, Nº 1963, edición de 1926), y que igualmente quebrantó el ar-

tículo 6º de la Ley 45 de 1936, al sostener que la filiación paterna solamente puede demostrarse con prueba indiciaria, y los artículos 19 de la Ley 92 de 1938 y 394 del Código Civil, que dan valor probatorio a la posesión del estado civil a falta de otras pruebas.

Agrega la censura que el Tribunal "incurrió en error de derecho... por haberles dado el mérito de simples indicios y no el que en realidad tienen de plena prueba, a las siguientes cartas que figuran en el cuaderno 1º, escritas por el padre natural a sus hijos los demandantes", expresamente individualizadas por sus fechas y por los folios en que se hallan en el dicho cuaderno, y que con ello violó los artículos 399, 1761 y 1765 del Código Civil, 608 del Código de Procedimiento Civil, 6º y 4º de la Ley 45 de 1936 y 19 de la Ley 92 de 1938, y expresa que "el trato inequívoco de un padre para con sus hijos, está plenamente demostrado en el contenido de esas cartas. Es muy difícil encontrar una prueba más completa y convincente, de la que figura en el expediente, sobre la posesión notoria del estado de hijo natural"; que también incurrió en error manifiesto de hecho al "no haber tenido en cuenta las pruebas contenidas en las cartas escritas en Bogotá por el concubino, de junio 27 de 1914, diciembre 27 de 1915, a Elissete Poel en su casa (folios 1 y 2), de julio 9 de 1922, agosto 12 de 1922 y octubre 14 de 1922, a la misma destinataria, a Dusseldorf (folios 3 a 5 del cuaderno 2º)" violando, de esta manera, los artículos 593 del C. J., 1761 y 1765 del C. C., por no haberles dado el valor de plena prueba que tienen esas cartas y por no haberlas relacionado con la declaración de la señora de Valek para deducir la veracidad de su testimonio"; que además cometió error de derecho en la apreciación de la declaración del General Domingo Espinel, quien a ella adjuntó una carta del General Quiñones, que es un documento auténtico, violando el artículo 6º de la Ley 45 de 1936, y que, finalmente, quebrantó el artículo 4º de la dicha ley por cuanto que la acción que se ejercita es la de declaratoria de partenidad natural por cualquiera de las cinco causales que dicho precepto determina.

La parte demandada dio contestación a la demanda de casación formulando reparos a las distintas acusaciones del recurrente.

Consideraciones de la Corte

Ha sido propuesto el cargo por violación indirecta del ordinal 5º, artículo 4º de la Ley 45 de 1936, en razón de errores de hecho y de derecho cometidos por el sentenciador, provenientes de falta de apreciación de determinadas pruebas y errónea apreciación de otras.

De las varias censuras que se contienen en el desarrollo del cargo, procede la Corte a estudiar las que están llamadas a prosperar.

1º Según la censura, el Tribunal incurrió en error de derecho al negarles mérito probatorio al documento privado que contiene el inventario de los bienes relictos del presunto padre natural y al reconocimiento de la firma de los demandados en dicho documento, en el cual éstos obran como hermanos naturales del General Quiñones y los demandantes como hijos naturales del mismo.

Dijo el sentenciador, al respecto:

"Fuera de los testimonios traídos a juicio... fueron llamados a absolver posiciones los demandados Ignacio Eugenio Rodríguez o Quiñones (fl. 9 Cdno, 2) y Clementina Rodríguez o Quiñones (fs. 13 a 17 Cdno. 3) hermanos del causante, quienes de manera general no respondieron afirmativamente a la pregunta de si era cierto que el General Manuel Tiberio Quiñones tratara a los demandantes como a sus hijos, ni que los propios absolventes los hubieran considerado como tales, aunque reconocen haber puesto su firma en el acta de inventarios de los muebles y enseres pertenecientes al fallecido General Manuel T. Quiñones 'efectuada el 8 de junio de 1961, en la cual firman tanto demandantes como demandados (fls. 40 a 42 del Cdno. Nº 1) pero afirmando el primero de los absolventes que el contenido de este documento es

cierto en cuanto se refiere a los enseres y a los muebles' (pos. 2ª). Con relación a los parientes del pretendido padre las posiciones no arrojan mayores fuentes de convicción en torno a la comprobación de la posesión de hijos de los demandantes como se puede apreciar objetivamente, concluyéndose que ni con esta prueba ni con las declaraciones atrás comentadas, se puede afirmar sin equívocos, de manera irrefragable, que éstos poseen la calidad de hijos del causante..."

De lo anterior resulta que el sentenciador no le dio al cuestionado documento privado del inventario de los bienes del presunto padre natural, firmado por demandantes y demandados, el valor probatorio que le fijan los artículos 609 y 637 del Código de Procedimiento Civil, puesto que al ser reconocida la firma en las posiciones absueltas por los últimos, quedó con fuerza de escritura pública y de confesión judicial, ya que por este aspecto no se propuso tacha de falsedad alguna, concluyéndose que está demostrado este reparo de la sentencia. De no haber incurrido el sentenciador en ese error, habría tenido por probado que los demandados reconocieran la calidad de hijos naturales de los demandantes, en ese documento.

2. El Tribunal —en concepto de la censura— incurrió en error manifiesto de hecho al no tener en cuenta la respuesta de la demandada Clementina Rodríguez o Quiñones V. de Rodríguez, a una pregunta de las posiciones de si era cierto, por ser hermana del presunto padre natural, "que dicho general trató siempre a Edmundo y Alberto Quiñones como sus hijos naturales, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento", respuesta que fue la de que "sí era cierto, y aclaro que él me los llevó allá para que se los tuviera".

El Tribunal, en efecto, incurrió en error de hecho, al respecto, porque no vio la respuesta de dicha demandada, que es una confesión judicial, pues, por el contrario, consignó esta conclusión en la sentencia: "Con relación a los parientes del pretendido padre las posiciones no arrojan mayores fuentes de convicción en torno a la comprobación de la posesión de hijos de los demandantes..."

3. Según la censura, el Tribunal incurrió en error de derecho en la apreciación de los testimonios de María Cristina Moure de Valek y del General Domingo Espinel García. El primero, "al considerar deficientes las circunstancias de modo, tiempo y lugar expuestas por ella". Y el segundo, porque lo valoró "en el sentido de que no encontró lo que resolvió la Sala que debía haber dicho".

Respecto de esta acusación, observa la Corte:

a) Aunque el cargo denuncia error de derecho, en la estimación de esos testimonios, aparece de manera indiscutible, la formulación del mismo por error de hecho, en cuanto el sentenciador no vio la razón del dicho, ni las circunstancias de modo, tiempo y lugar expuestas por los testigos, lo que autoriza a la Corte para estudiar el cargo.

b) Transcribe el sentenciador apartes de la declaración de María Cristina Moure de Valek y concluye que "no da razón de su dicho ni señala un lapso en el cual pudo darse cuenta de la subsistencia denunciada que le dio el padre a los hijos". Y que "no podría afirmarse que la declaración aportó hechos inequívocos de posesión notoria en cuanto a subsistencia, educación, trato idóneo, durante el lapso exigido por la ley", conclusión esta que contraría de manera ostensible el contenido de la referida declaración, resultando ello de una contraevidencia innegable.

En efecto, la declarante dice: que conoció de vista, trato y comunicación al General Manuel Tiberio Quiñones y a Edmundo y Alberto Quiñones; que "al aludido General lo conocí en el año de 1914 y en dos ocasiones habitamos la misma casa". En cuanto a Edmundo y Alberto —dice textualmente— se puede decir que los vi nacer, por tal razón sé y me consta que el General Manuel Tiberio Quiñones siempre trató a Edmundo y Alberto como a sus hijos natura-

les, desde que nacieron, pues Edmundo y Alberto Quiñones cuando no vivían en la misma casa que yo habitaba, concurrían con mucha frecuencia a donde yo vivía y se la pasaban con mis hijos como buenos amigos. Yo conocí primero a la madre de los peticionarios, casualmente, cuando estaba para dar a luz a Edmundo, y era reconocida como la legítima esposa del General Manuel Tiberio Quiñones, siendo verdad y así me consta, que desde el nacimiento de Edmundo y Alberto, los trató como a sus propios hijos, proveyendo a su subsistencia hasta hacer a Edmundo un oficial del Ejército y a Alberto un técnico de aviación. Es verdad que durante toda la vida de Edmundo y Alberto, o es decir, desde su nacimiento, todos los parientes del general, sus amigos y etc. reputaban a Edmundo y Alberto como hijos del Coronel Quiñones. En cuanto a los parientes del General Quiñones los reconocían como hijos naturales de éste por saber que era casado con persona distinta a la madre de los peticionarios; en cuanto a sus amigos todos los considerábamos como hijos legítimos del general, ya que creíamos que el general estaba casado con la madre de los peticionarios. De mi parte yo tuve conocimiento de que eran hijos naturales del general y no legítimos como lo creía al principio, como a los dos años de nacido Edmundo, en tal época Manuel Tiberio era Mayor del Ejército".

Sin un mayor esfuerzo mental se advierte que la testigo da la razón de su dicho, pues explica la manera como tuvo conocimiento de los hechos, y explica las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que éstos ocurrieron. De donde resulta que por no haber visto el sentenciador estos elementos de la declaración, incurrió en un manifiesto error de hecho.

c) La censura afirma que el Tribunal incurrió en error de derecho al apreciar la declaración del General Domingo Espinel García, mas del cargo aparece claramente que fue formulado por la vía del error de hecho, pues la apreció "en el sentido de que no encontró lo que resolvió la Sala que debía haber dicho", esto es, que el sentenciador no vio lo que afirmó el testigo o cercenó el real contenido de la declaración, precisamente una de las hipótesis en que ocurre el error de hecho.

"En cuanto a la declaración del General Domingo Espinel —expone el sentenciador— preciso es apuntar lo de la anterior", o sea la de María Cristina Moure de Valek, y luego de algunas transcripciones, agrega que "no puede deducirse tampoco la posesión notoria alegada, dado que tan solo habla de una fama, de una creencia escueta y general, que no la precisa en hechos valederos, como lo exige la jurisprudencia y el simple sentido de la lógica de las cosas, ni expresa el tiempo de ese conocimiento obvio al parecer que había en el personal del ejército, sino que era cosa sabida entre los oficiales de la época del declarante, sin saberse desde cuándo...", conclusión ésta reñida con la exposición del testigo, como se demuestra en el desarrollo del cargo y como resulta de la declaración misma, cuyo tenor es el siguiente: "Conocí al General Manuel Tiberio Quiñones largo tiempo. Conozco al Mayor Edmundo Quiñones, varios años desde la época en que estaba en servicio activo, por ahí en 1944. Era cosa sabida entre los oficiales en actividad de mi época de servicio que Edmundo Quiñones era hijo natural del General Manuel Tiberio Quiñones. Para mí eso se confirmaba con el trato afectuoso y de preocupación que observaba en el General para Edmundo. Además personalmente, en el año de 1944, recibí del General una carta en la que me hablaba de su hijo el Teniente. Ese teniente, hijo del general Quiñones era el Teniente Edmundo Quiñones, no citado en la carta, pero yo sabía que a él se refería... La carta que entrego es la demostración de que en forma escrita se refirió en ocasión precisa al Ministerio de Guerra, cargo que yo desempeñaba, tratando a Edmundo, como hijo suyo".

En concepto del Tribunal, el testigo sólo se refiere a la fama de una manera general, pero no precisa los hechos, ni expresa el tiempo a que aquella se extiende, porque desde esa época era cosa sabida entre los oficiales que Edmundo era hijo natural del

General Quiñones, pero acontece que el declarante sí se refiere a tales extremos.

4. "En relación con la prueba documental a que aludí en el numeral cuarto (4º) —dice la censura— el Tribunal incurrió en el manifiesto error de hecho consistente en no haber tenido en cuenta las pruebas contenidas en las cartas escritas en Bogotá por el concubino, de junio 27 de 1914, diciembre 27 de 1915 a Elissete Poel en su casa (folios 1 y 2); de julio 9 de 1922, agosto 12 de 1922 y octubre 14 de 1922 a la misma destinataria, a Dusseldorf (folios 3 a 5 del cuaderno 2).

El Tribunal, efectivamente, cometió el error de hecho que le achaca la censura, porque el sentenciador dice de manera general que no existe prueba de la posesión notoria y como las cartas, por su contenido, son indicios graves, precisos y conexos del trato dado por el presunto padre natural a los demandantes y a la madre de éstos y de su duración, síguese que el Tribunal no las vio y que por este aspecto es fundado el cargo.

5. a) El Tribunal le dio el valor de indicios —dice la censura— a algunos documentos privados firmados por el presunto padre natural relativos a gestiones oficiales y a varias cartas dirigidas por el mismo a los demandantes, documentos citados en la demanda de casación con referencia a los folios del expediente, y singularizadas las cartas por los folios, las fechas y el nombre de sus destinatarios. Según el censor, el Tribunal incurrió en error de derecho al no darles el valor de plena prueba, no obstante que "el trato inequívoco de un padre para con sus hijos, está plenamente demostrado en el contenido de esas cartas. Es muy difícil encontrar una prueba más completa y convincente, de la que figura en el expediente, sobre la posesión notoria del estado de hijo natural".

b) El sentenciador dijo al respecto:

"Se encuentran así mismo algunos documentos firmados por el difunto, como los que obran a folios 8, 16 del cuaderno 2 bis y 10 del cuaderno principal, relativos a determinadas gestiones, el primero de los enunciados, ante la Caja de Vivienda Militar sobre reparación de la casa del demandante Edmundo Quiñones, y los demás que demuestran expresiones de reconocimiento y recomendaciones para los destinatarios por servicios prestados a su hijo Edmundo, aparte de que a folio 11 del cuaderno Nº 1 se observa que el General Manuel T. Quiñones sirvió de fiador de éste ante la Escuela Militar de Cadetes. Los documentos a que se refiere la Sala, por la circunstancia de que la firma del signatario fue considerada por los expertos grafólogos como de puño y letra de éste, al igual que el acervo de cartas personales dirigidas por el mismo causante al Teniente Edmundo Quiñones y al señor Alberto Quiñones obrantes a folios 12 a 36 de este último cuaderno, constituyen sin duda indicios si se quiere vehementes de paternidad, mas no lo suficientes para recibirlos con virtualidad de "confesión inequívoca" y en este caso no podrían asumir la categoría de plena certidumbre acerca de la paternidad alegada".

c) La censura consideró violados los artículos 608 del Código de Procedimiento Civil, 1761 y 1765 del Código Civil, preceptos estos de disciplina probatoria.

Ciertamente, el Tribunal incurrió en el error de derecho que le achaca la censura, por cuanto le negó valor probatorio a los documentos referidos, entre ellos las cartas dichas, para acreditar la posesión notoria del estado civil, en cuanto al trato de padre que el General Quiñones le daba a los demandantes, y los consideró como indicios vehementes de paternidad, mas no suficientes para recibirlos con virtualidad de confesión inequívoca, y el proceder así, no obstante la autenticidad de los documentos, reconocida por el Tribunal, violó las normas probatorias citadas por la censura.

Los documentos a que se refiere la censura fueron presentados por la parte demandante en la primera instancia. La par-

te demandada los objetó y nada dijo el a quo sobre su autenticidad, pero, en la segunda instancia, se practicó el cotejo de letras o firmas con el resultado de que la peritación fue favorable a los demandantes, o sea, que se estableció la legitimidad de ellos.

6. Los yerros precedentemente analizados condujeron al sentenciador a la violación indirecta del ordinal 5º, artículo 4º de la Ley 45 de 1936, no aplicándolo al caso en controversia. Prospera el cargo y en consecuencia, debe casarse la sentencia impugnada y dictarse la que ha de reemplazarla.

Sentencia de instancia

1. El artículo 1º de la Ley 45 de 1936 llama hijo natural, al nacido de padres que al tiempo de la concepción no estaban casados entre sí, cuando hubiere sido reconocido o declarado judicialmente. El artículo 2º de la misma ley dispone la irrevocabilidad del reconocimiento, el que puede hacerse: en el acta de nacimiento, firmándola quien reconoce; por escritura pública; por testamento, caso en el cual la revocación de éste no implica la del reconocimiento, y por manifestación expresa y directa hecha ante un juez, aunque el reconocimiento, no haya sido objeto único y principal del acto que lo contiene. El artículo 4º consagra las causales de declaración de la paternidad natural y en su ordinal 5º dispone que "hay lugar a declarar judicialmente la paternidad natural cuando se acredite la posesión notoria del estado de hijo".

2. La posesión notoria del estado civil de hijo natural, enseña la doctrina, es más que un medio de prueba. Es una situación de hecho demostrable por todos los medios. Consiste, según el artículo 6º de la citada Ley 45 de 1936 "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". Aplicables a ella las normas generales de la ley civil, respecto de la posesión notoria de todo estado, por mandato del artículo 7º de la sobredicha ley, ha de probarse "por un conjunto de testimonios fidedignos que la establezcan de un modo irrefragable" (artículo 399 del Código Civil), en el sentido de que el sobredicho estado "deberá haber durado diez años continuos por lo menos" (artículo 398 ibídem), actualmente cinco años, al tenor del artículo 9º de la Ley 75 de 1968.

Tres son los elementos cuya concurrencia exige la ley para que la posesión notoria del estado civil pueda ser prueba del mismo: el tratamiento, en orden al cual el padre o la madre se haya comportado inequívocamente como tal con el hijo, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento; la fama, consistente en que sus deudos y amigos y el vecindario del domicilio en general, por razón de ese tratamiento, hayan reputado ser del dicho padre o madre a quien pasa por hijo suyo; y la permanencia, o sea el hecho de la continuidad o constancia del tratamiento, generador de la fama, por un término de diez años por lo menos, según los artículos 398 del Código Civil, 6º y 7º de la Ley 45 de 1936, reducido a cinco años.

Estos elementos de la posesión notoria del estado civil, deben probarse "por un conjunto de testimonios fidedignos, que la establezcan de un modo irrefragable", disciplina el artículo 398 del Código Civil mas por testimonios ha de entenderse no sólo la declaración de testigos, sino todo medio susceptible de dar fe de los hechos que constituyen el estado civil según la norma correspondiente. "Esos testimonios fidedignos serán no solo las declaraciones de testigos, sino los antecedentes escritos, cartas, instrumentos públicos, presunciones, en una palabra todos los antecedentes que formen el convencimiento del Juez sobre la existencia de una verdadera posesión de estado" (Claro Solar, Explicaciones de Derecho Civil, tomo 4º, págs. 105-106), tesis esta aceptada ampliamente por la Corte, como resulta de las sentencias de junio 22 de 1960, T. XCII, 962 y ss. y abril 30 de 1970, aún no publicada en la Gaceta Judicial.

3. Los preindicados tres elementos de la posesión notoria del estado civil de hijos naturales, de los demandantes Edmundo y Alberto Quiñones Poel respecto del General Manuel Tiberio Quiñones o Rodríguez, se hallan demostrados en el juicio como pasa a verse.

a) El presunto padre natural dio siempre a los demandantes el tratamiento de hijos, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento. Así resulta de la respuesta afirmativa de la demandada Clementina Quiñones o Rodríguez viuda de Rodríguez a la novena pregunta del pliego de posiciones que absolviera; de las declaraciones de los testigos María Cristina Moure de Valek, General Marco A. Villamizar, General Domingo Espinel García y Juan Cadavid Sanín y de las cartas dirigidas por el presunto padre natural al General Espinel García, prenombrado, en la cual hace referencia a su hijo, entendiendo como tal al Teniente Edmundo Quiñones, según explicación del destinatario de la misiva, dada expontáneamente en su declaración.

La aceptación del hecho que se investiga por la demandada Clementina Quiñones o Rodríguez, antes nombrada, tiene el valor de confesión judicial, y por consiguiente el de plena prueba (artículo 604 del C. de P. C.), porque fue hecha ante juez competente, en razón de la naturaleza de la causa y en ejercicio de sus funciones. Las declaraciones de los testigos indicados, concordantes en el hecho y en sus circunstancias de tiempo, modo y lugar, todas concurrentes a demostrar el tratamiento de hijos dado por el General Quiñones a Edmundo y Alberto Quiñones Poel, forman, también plena prueba (art. 697 ibídem), y las cartas misivas precitadas, tienen el valor de confesión extrajudicial, pero como a juicio del juzgador no queda duda alguna sobre la confesión misma, acusan el mérito de plena prueba. (art. 608 ibídem).

A las declaraciones ya transcritas de María Cristina Moure de Valek más informativa que las otras, por haber convivido en una misma casa su familia y la del General Quiñones y de los Generales Marco A. Villamizar y Domingo Espinel García, se agrega la de Juan Cadavid Sanín, quien expone que conoció al General Manuel Tiberio Quiñones, al Mayor Edmundo Quiñones y al señor Alberto Quiñones, que es cierto que el primero reconocía a los segundos desde niños y que también los reconocieron sus amistades, agregando que "la señora del General, Carolina Villa de Quiñones fue amiga de mi madre desde niñas y ella aceptaba y los familiares y amigos del General los aceptaron toda la vida como hijos naturales de éste".

Además de estas pruebas, obran en el proceso y coadyuvan, como indicios graves, precisos y conexos (art. 665 del C. de P. C.) en la demostración del hecho de que el General Manuel T. Quiñones trató siempre a los demandantes como a sus hijos, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento, velando su futuro y cuidando todos y cada uno de sus pasos en la vida, las cartas dirigidas por el primero a Elissete Poel, cinco en total, típicas comunicaciones entre amantes, en las cuales, a vuelta de delicados reproches y de quejas por su ausencia, le dice: "Es natural tu tristeza, pero debes ser fuerte como buena alemana que eres; no creas que voy a olvidarte ni mucho menos a mi hijo; yo haré por tí y por él lo mismo que he hecho desde que la suerte nos puso sobre el mismo camino. ¿Tú crees que soy muy feliz? No, tal vez lo fuera si entre tú y yo no hubiera el lazo de ese niño a quien adoro con tanta ternura. No te entristezcas ni llores; lo que ha de suceder, sucede. Si de mi no hubieras tenido ese niño, tal vez lo hubieras tenido de otro hombre que lo hubiera hecho más desgraciado y no te hubiera querido y considerado como yo" (Diciembre 27 de 1915). "No tienes idea cuánta falta me hacen esos niños; ellos eran mi alegría en los últimos tiempos; se llevaron la mitad de mi corazón. Ahora sólo deseo que crezcan, que aprendan mucho, que sean caballeros. Ojalá que te hayan recibido amablemente en tu casa con tus hijitos y que hayas encontrado a todos tus parientes sin novedad". (Julio 9 de 1922). "La tristeza en que vivo desde que U. U. se fueron se ha aumentado al ver los retratos y considerar lo lejos que

estamos. Estoy muy abatido y mi vida es amarga: en esta casa donde trabajo y donde tú viviste y donde tuvimos nuestros primeros amores, a cada momento me trae recuerdos tuyos. Si yo hubiera sabido que tú y mis hijitos me iban a hacer tanta falta, habría preferido que no se fueran hasta que U. U. o yo hubiera muerto. Hasta hoy no he podido girarte por varias razones: los grandes gastos que he tenido con mi enfermedad, que la situación ha vuelto a ser mala y no nos pagan, pero tan pronto pueda lo haré con sumo placer. Por el próximo correo te enviaré periódicos y las cartillas que me pides y luego te mandaré las fees —sic— de bautismo de los chicos. Adiós querida Elise, te envío muchos abrazos y deseo que con los niños seas muy feliz". (Agosto 12 de 1922). "Puedes estar segura que casi todos los correos te llevan carta y me admira que no las recibas; esto me hace temer que no recibas los giros. El correo que salió de aquí el 4 de septiembre te llevó un giro por 25.000 marcos y francamente tengo temor de enviarte nuevos giros hasta no saber si recibiste aquel. Sin embargo, te remito hoy otro giro por 35.714 marcos, sobre Berlín. Como puedes ver, no te he olvidado ni te olvidaré y ojalá yo pudiera hacer por otros medios la felicidad tuya y de mis hijitos". (Octubre 11 de 1922).

Las cartas referidas deben relacionarse con las partidas de nacimiento de los demandantes, de las cuales aparece que son hijos de Manuel o Manuel Tiberio Quiñones y Aloisia o Elissete Poel; con las cartas dirigidas por el presunto padre natural al Capitán Miseno Martínez, encomendándole su hijo Edmundo Quiñones quien "acaba de salir de la Escuela Militar y ha sido destinado a Puerto Ospina, en donde quedará a las órdenes de usted, y a la Caja de Vivienda Militar, en la cual llama su hijo al Mayor Edmundo Quiñones, y con las cartas del mismo a los demandantes, que no pueden haber sido escritas sino por un padre a su hijo. En ellas, su autor, explícitamente da a los demandantes el tratamiento de hijos, los aconseja e instruye, se refiere a sus esposas, a los pequeños problemas de su vida hogareña, al ejercicio de sus respectivas profesiones, en fin se ocupa de todas aquellas cuestiones que se suscitan entre padres e hijos. En ellas escribió su autor, refiriéndose al destinatario de las cartas: "En efecto, si tú hubieses nacido parecido a mi en cuanto a maneras de ser y afrontar la vida..." (Febrero 26 de 1946. "... por mi desciendes de gentes de honestidad, de una austeridad, y de una pulcritud sin par y sin tacha... Te di apellido, educación hasta donde tu torpeza lo admitió". (Abril 2 de 1950). "... Para que la escritura no demande fuertes derechos de lazareto es forzoso ocultar que entre ustedes y yo hay parentesco, que solamente llevamos el mismo apellido..." (Octubre 8 de 1959). "Te dejo en absoluta libertad, mide tus fuerzas y resuelve. Sólo te digo: mi orgullo y mi egoísmo natural de padre quieren para tí una mujer que no sólo te haga feliz sino que no opaque nuestro apellido..." (Octubre 27 de 1936). "... Yo no sé si tus suegros están informados de que tienes papá; si esto es así, no deja de sorprenderme que, ni por vía de simple cortesía me hayan dicho ni una palabra en relación con tu matrimonio..." (junio 14 de 1937). Estas, son unas de las muchas referencias epistolares, en las cuales el General Quiñones afirma su condición de padre de los demandantes.

b) La fama, esto es, la conciencia pública de la condición de hijos naturales de determinado padre, en el caso que se decide el hecho de que los deudos y amigos y el vecindario del General Quiñones hubieran reputado a Edmundo y Alberto Quiñones Poel como sus hijos naturales, se halla igualmente, demostrada. Así lo declaran María Cristina Moure de Valek, Juan Cadavid Sanín y el General Domingo Espinel García, testimonios estos que son prueba plena, al tenor del artículo 697 del Código de Procedimiento Civil. Y además, concurren a establecer esta conciencia pública sobre la condición de los demandantes en relación con el General Quiñones: la aceptación de los mismos demandados en el documento privado contentivo del inventario de los bienes relictos de éste, en que se les nombra como sus hijos naturales, y la carta dirigida por el Brigadier General Alberto Ruiz Novoa al señor Mayor (r.) Edmun-

do Quiñones P., en junio 22 de 1961, en la cual, "el Comandante del Ejército en su propio nombre y en el del personal a sus órdenes hace llegar a Ud. y a todos los miembros de su distinguida familia, su sincera manifestación de condolencia por el fallecimiento de su Sr. Padre, General Manuel T. Quiñones".

c) Finalmente, de las pruebas antes analizadas aparece establecida la permanencia del tratamiento de hijos dado por el General Manuel T. Quinones respecto de Edmundo y Alberto Quiñones Poel, con una duración de más de diez años. Coinciden en la demostración de este elemento las mismas declaraciones de María Teresa Moure de Valek, Generales Espinel García y Villamizar, y Juan Cadavid Sanín, las cartas misivas del presunto padre natural escritas y expedidas en distintas fechas, y en general los elementos de persuasión aducidos por los demandantes, en forma de que todos ellos tienden a demostrar la continuidad de este tratamiento, desde el nacimiento de aquellos hasta la muerte de su progenitor.

Resolución

Por todas estas consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de octubre 14 de 1968, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este juicio ordinario de Edmundo y Alberto Quiñones Poel contra Ignacio Eugenio Rodríguez o Quiñones y Clementina Rodríguez o Quiñones v. de Rodríguez, y en su lugar, como Tribunal de instancia, CONFIRMA la de primer grado fechada en julio 31 de 1965, proferida por el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Bogotá.

En las costas de segunda instancia, se condena a la parte demandada. Sin costas en el recurso de casación.

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

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

Heriberto Caycedo M., Secretario.

SIMULACION

Cuándo la ejercita el heredero jure hereditario y cuándo jure proprio. — Error de derecho.

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

(Magistrado Ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga).

(Aprobado según acta número 34 de 20 de abril de 1971).

Entra la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Girardot el 20 de marzo de 1969, dentro del juicio ordinario que, frente a Victoria Campos Olaya, suscitó María Mónica Rodríguez de Díaz.

El litigio

Por intermedio de apoderado, en escrito dirigido al Juez Civil del Circuito de Girardot, presentado el 15 de febrero de 1964, Mónica Rodríguez de Díaz, obrando "como representante judicial de la sucesión del señor Rosendo Rodríguez Lesmes" y advirtiendo expresamente que "demanda para ella y para la sucesión ilíquida de su padre", citó a juicio a Victoria Campos Olaya para que, previos los ritos del juicio ordinario de mayor cuantía, se hicieran las siguientes declaraciones:

"Primera. Que es simulado el contrato de compraventa que consta en la escritura número doscientos cincuenta y nueve (259), de veintinueve de marzo de mil novecientos cuarenta y siete (1947), otorgada ante el señor Notario de Girardot y por medio de la cual Rosendo Rodríguez Lesmes dijo vender y enajenar a perpetuidad y en favor de Victoria Campos Olaya "Una nevera marca "Tylor", "Un derecho equivalente a la cantidad de mil cuarenta y siete pesos ($ 1.047.00) moneda legal, sobre la cantidad de mil quinientos pesos ($ 1.500.00) moneda legal, suma esta última en que aparece avaluada en la partida primera de bienes muebles, la tienda de grano allí especificada (en la partición del juicio de sucesión de la señora Margarita Liévano de Rodríguez), situada en el área urbana de esta ciudad de Girardot, en la calle diez y seis (16), distinguida con el número o los números 6 55, a 6-59 y 6-61", y "El derecho equivalente a la cantidad de tres mil novecientos veintiséis pesos con cincuenta centavos ($ 3.926.50) moneda legal, con relación a la cantidad de nueve mil pesos ($ 9.000.00) suma esta en que aparece avaluada (en la sucesión de la señora Margarita Liévano de Rodríguez) la casa de material y parte de bahareque y techo de zinc, constante de diez (10) piezas, dos (2) cocinas, dos (2) inodoros, un baño de regadera, un lavadero, una alberca de cemento, un tanque metálico para depósito de agua, instalación completa de acueducto y luz eléctrica, y el lote de terreno sobre el cual se halla edificada, situada en el área urbana de esta ciudad de Girardot, en el cruzamiento de la calle diez y seis (16) con la carrera séptima y distinguida en sus puertas de entrada con los números 6-55, 6-59, 6-61, 15-18, 15-14, 15-06 y 15-02 de la actual nomenclatura y demarcada por los siguientes linderos: "Por el Norte, con la Avenida Ricaurte o sea la misma calle diez y seis (16) y carrera Anzoátegui, o sea la carrera

séptima; por el Oriente, con casa y solar de Omaira Pinzón, que fue de Celiano Daniel, hoy de Darío Daniel y casa del mismo; y por el Occidente, con la calle quince (15) antes trece (13)", reservándose el vendedor "durante toda su vida, el usufructo de los bienes muebles e inmuebles que trata" dicha compraventa. Que se cancele el registro de la citada escritura.

"Segunda. Que es simulado el contrato de compraventa que consta en la escritura número ochocientos trenta y tres (833) del diecisiete (17) de octubre de mil novecientos cuarenta y siete (1947) otorgada ante el señor Notario de Girardot y por medio de la cual Rosendo Rodríguez Lesmes dijo vender a Victoria Campos Olaya, el derecho de usufructo que el mismo supuesto vendedor se había reservado según la escritura número 259, de 29 de marzo de 1947 ya citada, de la Notaría de Girardot, sobre los bienes relacionados en la petición anterior de esta demanda; y la propiedad plena sobre un congelador marca "Frigidaire" que se halla en la tienda ya dicha, y sobre los créditos adjudicados a favor del señor Rosendo Rodríguez Lesmes y en contra de Marco A. Rodríguez L. y de María Mónica Rodríguez L., en la sucesión de doña Margarita Liévano de Rodríguez, por quinientos pesos ($ 500.00) y por cien pesos ($ 100.00), respectivamente. Que se cancele el registro de esta escritura.

"Tercera. **En subsidio de las dos súplicas anteriores,** que los contratos de compraventa que se hicieron constar por medio de las escrituras números doscientos cincuenta y nueve (259), de 29 de marzo de mil novecientos cuarenta y siete (1947) y ochocientos treinta y tres (833), de 17 de octubre de mil novecienos cuarenta y siete (1947), ambas de la Notaría de Girardot y por medio de las cuales Rosendo Rodríguez Lesmes dijo vender a Victoria Campos Olaya los bienes antes relacionados, son nulos por carecer de consentimiento o de la intención de vender y de comprar en los otorgantes; por carecer de causa y de precio, real y efectivo; y se cancelen los registros respectivos.

"Cuarta. Que como consecuencia de las declaraciones que se hagan, también es simulado el contrato de sociedad que se hizo constar en la escritura Nº 1.233, de 29 de septiembre de 1959, de la Notaría de Girardot, por medio de la cual Rosendo Rodríguez Lesmes y Victoria Campos Olaya dijeron constituir una sociedad comercial llamada "Lesmes & Campos Cía. Limitada", con domicilio en Girardot y con capital de $ 50.000.00, moneda corriente.

"Quinta. **En subsidio de la petición cuarta,** que el contrato de sociedad que se hizo constar por medio de la escritura número 1.233, de 29 de septiembre de 1959, de la Notaría de Girardot, es nulo por carecer dicho contrato del consentimiento o de la intención de asociarse entre sí los otorgantes; por no tener causa lícita ni objeto; por no haber existido aportes de ninguno de los supuestos socios y por no haberse cumplido las formalidades exigidas para su constitución por la ley.

"Sexta. Que, como consecuencia de las declaraciones que se hagan, la liquidación de la sociedad "Lesmes y Campos Cía. Limitada que se hizo constar por medio de la escritura número 957, de 30 de agosto de 1960, de la Notaría de Girardot, también es simulada, junto con las adjudicaciones hechas en dicha escritura sobre los bienes determinados en las dos primeras peticiones de esta demanda y sobre otros bienes; y que cancele el registro respectivo.

"Séptima. **En subsidio de la petición sexta,** que la liquidación de la supuesta sociedad "Lesmes & Campos Cía. Limitada" que se hizo constar por medio de la escritura Nº 957, de 30 de agosto de 1960, de la Notaría de Girardot, es nula por haber carecido los otorgantes de la intención de obligarse; por no existir la sociedad que se dijo liquidar; por no haber causa en el supuesto acto contractual; por no haber allí un precio real de los bienes adjudicados. Pido, además, que se cancele el registro de esta escritura.

"Octava. Que es nulo el juicio divisorio que ante este mismo Juzgado Civil del Cir-

cuito de Girardot, adelantaron mi poderdante, María Mónica Rodríguez de Díaz, y María Margarita Rodríguez Lesmes hoy de Galindo, sobre la casa mencionada en la petición primera de esta demanda, contra Victoria Campos Olaya; y que esta nulidad afecta la sentencia por medio de la cual se adjudicó a la demandada la casa a la cual se refiere la petición primera de esta demanda, por haber obrado por error las demandantes y por dolo la demandada en la apreciación de los derechos de las litigantes.

"Novena. Que, como consecuencia de las anteriores declaraciones, los bienes muebles e inmuebles determinados en las peticiones primera y segunda de esta demanda no han salido del patrimonio de Rosendo Rodríguez Lesmes, y que esos bienes pertenecen hoy a su sucesión ilíquida, en pleno dominio.

"Décima. Que la demandada debe entregar a la sucesión de Rosendo Rodríguez Lesmes, dentro del término que el señor Juez se sirva fijar, todos los bienes a los cuales se refieren las peticiones primera y segunda de esta demanda, libres de todo gravamen o limitación del dominio impuesta por la misma demandada.

"Undécima. Que la demandada debe pagar a la sucesión de Rosendo Rodríguez Lesmes, dentro del término que al efecto se fije, el valor de todos los perjuicios causados con los actos que se declaren simulados o nulos, según justiprecio pericial.

"Duodécima. Que la demandada debe pagar a la sucesión de Rosendo Rodríguez Lesmes, dentro de un término adecuado, todos los frutos percibidos de los bienes antes aludidos; y no solamente los percibidos, sino los que su dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y cuidado.

"Décima Tercera. Que la demandada debe pagar las costas de este juicio".

La causa petendi se hizo consistir en los siguientes episodios que, uno a uno, se resumen así:

1º El juicio sucesorio de Rosendo Rodríguez Lesmes se abrió por auto de 13 de marzo de 1963. La demandante, como hija legítima de éste, "es representante de la sucesión".

2º La demandada Campos Olaya, desde antes de 1947, "vivió en concubinato con Rosendo Rodríguez Lesmes" hasta la muerte de éste.

3º La demandada es la mujer legítima de Alejandro Donoso con quien casó desde el 4 de diciembre de 1922.

4º Los bienes relacionados en las peticiones primera y segunda los adquirió Rosendo Rodríguez por adjudicación que se le hizo en el juicio de sucesión de Margarita Liévano de Rodríguez, dentro del cual se liquidó la sociedad conyugal que con ésta había formado.

5º "Para tratar de burlar a sus acreedores", por medio de las escrituras citadas en las peticiones primera y segunda, Rodríguez Lesmes "simuló vender a la demandada" primero la nuda propiedad y luego el usufructo de todos sus bienes", pero "no hubo contrato alguno, pues se quiso, únicamente, burlar a los acreedores de Rodríguez Lesmes".

6º "En las aparentes compraventas no hubo ni intención de vender ni de comprar, ni precio real, ni causa alguna lícita".

7º Las ventas tuvieron como objeto "todos los bienes patrimoniales que tenía en las fechas de las respectivas escrituras y que tuvo hasta su muerte" Rosendo Rodríguez Lesmes.

8º Este jamás se desprendió de la posesión de los citados bienes que dijo vender a la demandada.

9º Esta no tenía capacidad para pagar el precio estipulado en esas ventas, precio que, además, no fue real. En el primer contrato el vendedor se reservó el usufructo de los bienes que dijo enajenar.

10. "No hubo intención de contratar, ni causa, ni precio real" en la compraventa a que se hace alusión en la petición segunda.

11. Rosendo Rodríguez "no enajenó nunca válidamente" los bienes relacionados en las peticiones de la demanda.

12. Estos están actualmente poseídos por la demandada.

13. Esta ha percibido los frutos de aquellos "en cuantía superior a los doscientos mil pesos".

14. Cuando se constituyó la sociedad "Lesmes & Campos Cía. Limitada" los socios no hicieron aportes, "ya que el capital llamado social era el capital de Rosendo Rodríguez Lesmes, que no había salido de su propio patrimonio... Se dijo que cada uno de los dos socios aportaba la mitad, cuando según la escritura todo era de doña Victoria, y, según la realidad, todo era de Rosendo".

15. Estos socios no tuvieron afecto social, pues su propósito era "encubrir y prolongar su concubinato".

16. En la constitución de aquella sociedad "se pretermitieron los requisitos de registro y publicación ordenados por la ley". La compañía no llevó libros de comercio.

17. "La liquidación de una sociedad simulada o nula, también es simulada o nula, por carecer de objeto, y sus adjudicaciones carecen de toda validez o eficacia como títulos adquisitivos del dominio por la demandada".

18. Esta, al aceptar las escrituras apuntadas en el libelo, causó perjuicios a "Rosendo Rodríguez Lesmes y a su sucesión" por más de $ 200.000.

19. Los bienes singularizados en las peticiones primera y segunda pertenecen a la "sucesión de Rosendo Rodríguez Lesmes".

20. La demandante y María Margarita Rodríguez de Galindo adelantaron frente a la demandada juicio divisorio "sobre la casa mencionada en las peticiones primera y segunda", creyendo erradamente que aquella era comunera. Apoyada en lo que dispone el artículo 1.143 del C. J., "la demandada, con dolo evidente, hizo suya la casa mencionada, por sentencia de adjudicación dictada por el Juzgado Civil del circuito de Girardot el día 27 de marzo de 1963".

El escrito de demanda dice que ésta se funda "en lo dispuesto por el C. J. en el título XVIII del Libro Segundo; por el Código de Comercio en sus artículos pertinentes a la constitución de sociedades colectivas en concordancia con la ley de sociedades de responsabilidad limitada; y por el Código Civil en sus artículos 1.502 a 1.526, 2.322 a 2.340, 1.740 a 1.755 y concordantes".

Con oposición de la demandada se adelantó la primera instancia que culminó con sentencia denegatoria de todas las súplicas y que "absuelve por tanto a la demandada Victoria Campos Olaya de todos los cargos que en su contra le fueron formulados en la demanda".

Por apelación que interpuso la parte demandante conoció el Tribunal superior del Distrito Judicial de Girardot, el cual, por medio de fallo calendado el 20 de marzo de 1969, confirmó el de primera instancia.

Entonces, la parte apelante, que fue la vencida, interpuso el recurso de casación.

Fundamentos de la sentencia del Tribunal

Luego de transcribir los hechos y peticiones de la demanda, de relatar las incidencias de las instancias, y de encontrar que se cumplen los presupuestos procesales, entra el sentenciador a estudiar la acción de simulación. Observa que no ha sido constante la jurisprudencia al respecto, pues inicialmente, hasta el 27 de julio de 1935, sostúvose que el acto simulado era nulo; a partir de esa fecha, fundándose la Corte en que en toda simulación existen dos actos coetáneos: público y ostensible uno, pri-

vado o secreto el otro, y que éste, por ser el verdaderamente querido por las partes, no carecía ni de causa ni de consentimiento, con lo cual estaba acorde el artículo 1.766 del C. Civil, que al permitir que el acto secreto produjera efecto entre quienes lo concluyeron, tácitamente excluía la nulidad de la simulación, de donde la Corte concluyó que en el fondo existía no una acción de nulidad, sino una de prevalencia de un acto sobre el otro. Que esta tesis después fue abandonada por la jurisprudencia para acoger la actual que es la monista o del acto único.

Encuentra luego el Tribunal que en el caso sub lite los elementos axiológicos de la acción de simulación "se cumplen desde el momento en que los sucesores de Rosendo Rodríguez Lesmes, titulares del derecho, afirman que fueron simulados los contratos de compraventa y de constitución y liquidación de sociedad, celebrados por su causante con Victoria Campos Olaya, quien les causa un perjuicio cierto al retener los bienes adquiridos mediante los actos simulados".

Tratando de la prueba de la simulación y después de citar los artículos 1.759, 1.766, 1.767 y 1.934 del C. Civil y 91 de la ley 153 de 1887, expresa el Tribunal que aquella "puede probarse por otra escritura pública; mediante una contraescritura privada, no oponible a terceros en la forma indicada en el artículo 1.766 de la misma obra en cita; por medio de la confesión que de todos modos es la prueba por excelencia; y con el principio de prueba por escrito, que como excepción al artículo 91 de la ley 153 de 1887 consagra el 93 ibídem. El propio texto expresa que se entiende por tal un acto escrito del demandado o de su representante, que haga verosímil el hecho litigioso".

"Es claro que estas restricciones operan respecto de las partes, porque para los terceros existe total libertad probatoria, y de quienes deriven su título de aquellas, de conformidad con el artículo 1.759 del C. C., cuyo inciso 2º reza: 'Las obligaciones y descargos contenidos en él (en el instrumento público) hacen plena prueba respecto de los otorgantes y de las personas a quienes se transfieran dichas obligaciones y descargos por título universal o singular".

"Como la demandante es la continuadora de la persona del difunto y le sucede a título universal en sus derechos y obligaciones, las escrituras impugnadas hacen plena prueba contra ella y solamente puede desvirtuarlas en las condiciones especiales que se dejaron explicadas".

Luego de relacionar uno a uno todos los elementos de prueba aportados por la parte demandante, el Tribunal expresa: "la Sala ha revisado con detenimiento todo este acervo probatorio y no ha encontrado ninguna de las pruebas que, según se explicó, tienen eficacia para probar entre las partes o sus causahabientes la simulación de unas estipulaciones que constan con instrumentos públicos. En efecto: no hay confesión ya que la demandada no ha admitido en ningún momento que los contratos fueran fingidos y, por el contrario, en la absolución de posiciones afirmó reiteradamente la ocurrencia de los negocios; no hay tampoco ninguna contraescritura pública o privada y ni siquiera aparece el 'principio de prueba por escrito' que se requiere como mínimo fundamento de la impugnación que se examina".

Más adelante el sentenciador entra en el análisis de la prueba y dice que "los elementos de juicio ya relacionados —dejando de lado los testimonios— no son de tal entidad que pongan siquiera en tela de juicio la veracidad de las escrituras controvertidas. Por el contrario, y aún analizándolas con amplitud, la mayoría de tales probanzas son equívocas y de todas formas no versan directamente sobre las relaciones jurídicas habidas entre las partes, que al fin y a la postre es lo que importa para efectos de la simulación y de la nulidad, sino sobre las posibles posesión y tenencia de los bienes, como los recibos de impuestos, facturas, licencias, y demás documentos examinados en la inspección ocular que se celebró con testigos actuarios; y como ha figurado a nombre de cada una de

las partes y de la sociedad, alternativamente. Equívocas como el certificado de la administración de impuestos sobre la situación fiscal de Rosendo Rodríguez durante varios años, como la inspección ocular con intervención de peritos, y, muy especialmente, como las copias del juicio divisorio adelantado por las herederas de Rosendo Rodríguez, hoy demandante y coadyuvante, contra la demandada, toda cuya tramitación implica un reconocimiento bien explícito de los derechos de la demandada cuya legitimidad ahora pretenden ignorar. Este es uno de los aspectos que más flaqueza revelan en la posición de la parte actora: que en 1964 demande la declaración de no ser cierta una titularidad reconocida por su causante en documentos públicos suscritos en 1947, 1959 y 1960; reconocida y aceptada personalmente por la demandante, quien con fundamento en esos títulos la tuvo por comunera, la enjuició para obtener la división y terminó vendiéndole su propio derecho; y, finalmente, esa titularidad también fue reconocida por José Rosendo y Marco Antonio Rodríguez Liévano, al menos en forma implícita, cuando en 1949, respectivamente, le vendieron su parte en el mismo inmueble, un derecho en común y proindiviso, a Victoria Campos Olaya".

Sobre la acción subsidiaria de nulidad el Tribunal se pronuncia, en lo pertinente, así: "por la petición tercera se pide la nulidad de las discutidas escrituras de compraventa 'por carecer de consentimiento o de la intención de vender y de comprar en los otorgantes; por carecer de causa y de precio real y efectivo'. Pero como en esos instrumentos se consigna el consentimiento, el precio y la causa..., la prueba en contrario está sometida a las limitaciones que se estudiaron lo que significa que las aportadas carecen de eficacia para este propósito".

Añade el sentenciador que "por las peticiones quinta y séptima se pretende la nulidad de las escrituras de constitución y de liquidación de la sociedad 'Lesmes, Campos Cía. Ltda.', la primera 'por carecer dicho contrato del consentimiento o de la intención de asociarse entre sí los otorgantes; por no tener causa lícita ni objeto; por no haber existido aportes de ninguno de los supuestos socios y por no haberse cumplido las formalidades exigidas para su constitución por la ley'; y la segunda 'por haber carecido los otorgantes de la intención de obligarse; por no existir la sociedad que se dijo liquidar; por no haber causa en el supuesto acto contractual; por no haber allí un precio real de los bienes adjudicados' ". Agrega el sentenciador que, como el efecto perseguido con demanda de nulidad de una sociedad irregular es terminarla, cuando la compañía ya ha sido liquidada, la acción desaparece, por lo cual no existe interés jurídico; que por lo mismo resulta ilógica la solicitud de anular la segunda escritura y que para demostrar que no eran ciertas las declaraciones atinentes a intención de obligarse, causa y precio real de los bienes adjudicados, "la demandante debía traer una prueba de mayor categoría que las traídas, un elemento de juicio idóneo para desvirtuar el instrumento público. Y como no lo hizo así, "estas súplicas subsidiarias también serán denegadas".

Para terminar y en relación con la acción de nulidad del juicio divisorio, el Tribunal afirma que el demandante "ha confundido en forma lamentable" las nulidades sustanciales con las procesales "al atacar un procedimiento judicial por vicios del consentimiento", siendo que los actos o declaraciones de voluntad son nulos en los casos de los artículos 1.740 y 1.741 del C. Civil y 2º de la ley 50 de 1936 que subrogó el 15 de la ley 95 de 1890, en tanto que la nulidad de los juicios y de las sentencias está contemplada en los artículos 456 y 457 del C. J., por todo lo cual esta pretensión corre al fracaso lo mismo que las demás consecuenciales de todas las anteriores.

La demanda de casación

Seis cargos enfila el recurrente contra la sentencia del Tribunal, todos en el marco del motivo primero de casación.

Cargo primero

Denúnciase indebida aplicación de la ley sustancial a consecuencia de error de he-

cho en la apreciación del escrito demandatorio.

En desarrollo del ataque dice el censor que "en la demanda se lee claramente que la demandante, doña María Mónica Rodríguez de Díaz, actúa o demanda con un doble carácter: como representante de la sucesión de su padre, Rosendo Rodríguez Lesmes, y en nombre propio. Allí se lee que la señora demandante pide 'advirtiendo que mi poderdante demanda para ella y para la sucesión ilíquida de su padre'. Esa advertencia es común para toda la demanda, para todas las súplicas y no solamente para unas de ellas". Que la actora persigue no únicamente "representar a la sucesión de su padre", sino "que no se lesione su legítima con los actos acusados". Que como el Tribunal desechó el interés personal de la demandante, pues sólo "le asignó un interés representativo de la sucesión", contradijo con ello "la letra misma del libelo y la interpretación de todo lo dicho allí". Que este error de hecho fue el que indujo al Tribunal a concluir que la demandante no era un tercero en las escrituras impugnadas, sino un continuador de la persona del difunto Rosendo Rodríguez, por lo cual requería, para demostrar la simulación de los contratos celebrados por éste, aportar prueba escrita, principio de prueba por escrito o confesión.

De lo anterior concluye que el sentenciador aplicó indebidamente los artículos 1.759, 1.767, 1.934, del C. Civil, 91 y 93 de la ley 153 de 1887, y "el artículo 1.766 del C. C. que exige contraescritura para poder probar contra lo dicho en una escritura pública".

Termina la censura reafirmando que como la demandante también actuó en nombre propio "con interés económico distinto al del causante Rosendo Rodríguez", tiene la calidad de tercero "para quien no rigen las restricciones probatorias consagradas en los textos antes enumerados y mal aplicados al pleito". Que estas disposiciones fueron indebidamente aplicadas, "pues ellas regulan el régimen probatorio entre las partes actuantes en un contrato y son extrañas cuando el pleito se traba con quien asume el carácter de tercero", evento en el cual sólo se debe aplicar el artículo 1.759 del C. C. "El error del H. Tribunal y su consecuencia: la indebida aplicación de las normas citadas a este litigio, incidieron definitivamente en el fallo, pues ellos impidieron que el juzgador apreciara, en su valor legal, todas y cada una de las pruebas producidas".

Esta primera impugnación, remata así: "Las normas violadas son sustanciales porque regulan todo el sistema probatorio".

La Corte considera

I. Indudablemente no tienen el abolengo de normas sustanciales los artículos 1.759 y 1.767 del C. Civil que, respectivamente, atañen a la fe que hacen los instrumentos públicos, tanto respecto de los otorgantes y sus sucesores como de terceros; y a que no es admisible la prueba de testigos para demostrar obligaciones que hayan debido consignarse por escrito. Ninguno de esos preceptos declara, crea, modifica o extingue relaciones jurídicas concretas entre personas determinadas; se limitan a dar pautas de disciplina probatoria.

Apuntando, entonces, la causal primera de casación a restablecer el imperio de las normas sustanciales violadas por los Tribunales, es claro, en consecuencia, que no puede tener viabilidad un cargo formulado dentro del marco de aquel primer motivo de casación, si las normas que se indican como violadas no tienen el rango de leyes sustanciales, como sucede con las antes señaladas.

El artículo 1.934, en el aspecto mostrado por la censura, en cuanto determina en virtud de qué prueba habrá acción contra terceros poseedores en el evento de que en la escritura de venta se haya expresado haberse pagado el precio, tampoco es sustancial, pues se limita a disponer la libertad probatoria entre las partes y a especificar la prueba idónea frente a terceros.

Respecto del artículo 1.766 del C. Civil, norma que también se indica como viola-

da, mas solo en cuanto "exige contraescritura para poder probar contra lo dicho en una escritura pública", la Corte ha dicho que es norma sustancial en cuanto establece a favor de los terceros de buena fe el derecho a alegar la inoponibilidad de las contraescrituras a que allí se hace alusión. Mas como la censura, según se desprende indiscutiblemente de la formulación y desarrollo del cargo, sólo denuncia el quebranto de ese precepto en cuanto por él se exigió al demandante el aporte de contraescritura para poder impugnar las escrituras públicas que contienen los actos acusados de simulación, la norma por este aspecto no es sustancial sino de preceptiva probatoria.

2. Los legitimarios, lo ha dicho reiteradamente la Corte, cuando demandan la simulación de contrato en que fue parte su causante, pueden actuar de distinta manera: jure hereditario, cuando ejercitan la acción que tenía el causante y que, por su muerte, se les transmitió, y jure proprio, cuando alegando su condición de asignatarios forzosos ejercitan la acción que la ley les concede para integrar sus legítimas menoscabadas por acto del causante. En este último evento, el derecho a ejercitar esa acción surge de la calidad de legitimario que tenga el heredero, y aunque sólo nazca en el preciso momento en que el causante fallece, no es una acción heredada, sino propia, pues se origina en el derecho que tiene todo legitimario a recibir el monto íntegro de su legítima.

De estas diferentes posturas del heredero demandante, brotan distintos derechos en cuanto a los medios probatorios que la ley le permite utilizar para demostrar la simulación de un acto que por esta causa se impugna.

Si el demandante ataca los actos de su causante porque con ellos se menoscaba su legítima, entonces obra jure proprio; ejercita una acción que no tenía su causante y que por tanto, no le llega por la vía de la transmisión hereditaria. En este caso el legitimario es un verdadero tercero respecto del acto impugnado, por lo cual le es lícito combatirlo con pruebas de toda clase, pues no está sometido a las limitaciones probatorias impuestas a quienes fueron partes con él.

En cambio, si el legitimario ejercita la acción de simulación afirmando, como causa petendi, que el acto que se impugna no tenía la intención que aparenta su faz ostensible, sino que estaba encaminado a "tratar de burlar a los acreedores" del aparente vendedor, o a "encubrir y prolongar el concubinato" de los otorgantes, entonces, como esta acción es precisamente la misma que podía ejercitar el causante, y que, por la muerte de éste, se transmitió a sus herederos, síguese que el demandante, en ese caso, no actúa como tercero, sino como sucesor del difunto, como su causahabiente, por lo cual está sometido a todas las restricciones probatorias que rigen para las partes.

3. Afirma el censor que en la demanda introductoria del juicio se puntualizó que la demandante actuaba también en su condición de legitimaria del difunto Rodríguez Lesmes y en defensa de la integridad del monto de su legítima, menoscabada por los actos acusados que celebró el causante, por lo cual el Tribunal cometió evidente error de facto al interpretar el escrito de demanda en el sentido de que la actora intervenía en su condición de heredera de su padre y sólo lo hacía en nombre propio para efectos de la petición octava, atinente a la nulidad del juicio divisorio.

Es verdad que el Tribunal sentenciador entendió que la demandante, con excepción de lo referente a la dicha petición octava, actuó en su calidad de heredera "como representante de la sucesión de Rosendo Rodríguez Lesmes", su padre, por lo cual no podía ser considerada como tercero respecto de los actos atacados de simulación, sino como parte, por actuar como sucesora de quien fue contratante.

Para la Corte esta interpretación no peca de contraevidencia, pues aunque la de-

mandante dijo pedir para sí y para la sucesión de su progenitor, no existe fundamento inequívoco para concluir que haya demandado en su calidad de legitimaria en busca de tutela para su legítima lesionada.

No es contraevidente esa inteligencia que el fallador de segundo grado dio al escrito demandatorio, puesto que la demandante, aunque sí lo expresa en la demanda de casación, en el libelo incoativo del juicio no invocó su calidad de legitimaria de Rosendo Rodríguez Lesmes para proponer la acción simulatoria, ni alegó que los actos acusados tenían como propósito lesionar su legítima; ninguno de los hechos que constituyen la causa petendi autoriza inferir lo que pretende la censura; todo lo contrario: la causa petendi, los fundamentos de derecho y las pruebas adjuntadas a la demanda, indican que el actor ejercitó la acción simulatoria amparado no en un derecho propio, sino en un derecho heredado. En ninguna parte se lee que aquellos actos menoscabaran las legítimas de la demandante, que tuvieran este propósito o que hubieran alcanzado ese resultado. Además, obsérvase que como fundamentos de derecho sólo citáronse del C. Civil los artículos 1.502 a 1.525, 2.322 a 2.340, 1.740 a 1.755 y concordantes, ninguno de los cuales se refiere, ni remotamente, al derecho que la ley concede a los legitimarios para lograr la integración de sus legítimas lesionadas. Lo anterior muestra que no es contraria a la evidencia de los hechos la conclusión del Tribunal en cuanto interpretó que la demandante no obraba jure proprio sino jure hereditario.

Es tan cierto que no existe la denunciada contraevidencia, que la misma parte actora, como aparece de sus memoriales que obran a fs. 63 y 72 del cuaderno primero, fijó el alcance de la demanda en el punto tratado, en el mismo sentido que lo hizo el Tribunal, pues aclara con insistencia que todas las peticiones, excepto la octava que persigue la declaración de nulidad del juicio divisorio, las eleva en su calidad de heredera de Rosendo Rodríguez Lesmes y que por ello pide para la sucesión. Ratificando este parecer, añade que cuando en la demanda y en memorial poder dijo que obraba no sólo como sucesora del causante, sino en nombre propio, esta última posición debía entenderse únicamente respecto de la petición octava atinente a nulidad del juicio divisorio que con su hermana había suscitado frente a la demandada Victoria Campos Olaya.

Síguese entonces, que no es contraria a la evidencia que ofrece el proceso la interpretación que de la demanda hizo el Tribunal.

Por consiguiente, el ataque es impróspero.

Cargo segundo

Denúnciase error de hecho en la apreciación de la demanda que condujo a la violación, por indebida aplicación, de los artículos 456 y 457 del C. Judicial.

Lo desarrolla el censor diciendo que el sentenciador cometió ese yerro, porque entendió que bajo la petición octava de la demanda, referente a la declaración de nulidad del juicio divisorio que la demandante y su hermana María Margarita Rodríguez de Galindo adelantaron, en el juzgado del circuito de Girardot contra Victoria Campos Olaya, se pedía la declaración de una nulidad procesal, siendo que "por la claridad de la causa de la nulidad alegada", esta es sustancial.

"Este error evidente —concluye el censor— llevó al Tribunal a aplicar indebidamente los artículos 456 y 457 del C. J. al través de una cita doctrinal, pues estas normas no regulan, en forma alguna, la nulidad sustancial cuya declaración se solicitó. Estas disposiciones se refieren a la nulidad procedimental, extraña por completo a las palabras de la petición octava de la demanda".

La Corte considera

La petición octava del libelo incoativo de este juicio tiende a que se declare que es nulo el referido juicio divisorio con alcan-

ces a la sentencia pronunciada allí y por medio de la cual se adjudicó a la demandada el derecho de las demandantes. El fundamento de esta pretensión de nulidad estriba en "haber obrando por error las demandantes y por dolo de la demandada en la apreciación de los derechos de las litigantes".

El Tribunal interpretó que con la petición octava la demandante pretendía que se declarase una nulidad de las llamadas procesales con fundamentos en causas que sólo generan nulidades sustanciales y por tanto desechó esa pretensión por encontrar que la causa alegada era improcedente para la impugnación de un proceso terminado. Esa conclusión no es contraria a la realidad que ofrece el proceso; por el contrario, es evidente que allí se solicita la declaración de nulidad de un juicio, nulidad que se rige por normas taxativamente señaladas por la ley, alegando que las demandantes fueron inducidas a error por el dolo de la demandada, hecho este que no está previsto como causal para anular un proceso.

Interpretar la petición octava como lo hizo el Tribunal, no constituye contraevidencia, pues el verdadero sentido y alcance de la petición octava no podía fatalmente ser otro distinto al que le concedió el fallador.

El yerro imputado, entonces, no se ha cometido.

Además, tampoco existe la denunciada violación de ley sustancial en su especie de aplicación indebida, pues para que ésta se ofrezca, es menester que la disposición haya sido en verdad aplicada por el fallador.

Si una norma no fue empleada, no puede denunciarse su aplicación indebida, lo que sería un contrasentido, ya que esta forma de violación presupone que el fallador haya hecho actuar la norma sustancial, aunque a un caso que ella no regula. El Tribunal no aplicó, a pesar de que los cite, los artículos 456 y 457 del C. Judicial que se dicen indebidamente aplicados. Si los hubiera empleado habría decretado la nulidad a que ellos se refieren y es cosa clara que el sentenciador no la decretó.

Por tanto, el ataque no prospera.

Cargo tercero

Denúnciase error de hecho en la interpretación de la demanda, que condujo a la falta de aplicación de los artículos 1.757 y 1.759 del C. Civil.

Dice el censor que aparece claro "que la demandante actúa con un doble carácter. Como representante de la sucesión de don Rosendo Rodríguez Lesmes y como heredera con interés personal económico; esto lo dice la letra del libelo y todo su espíritu". Que, sin embargo, el Tribunal le niega "el carácter de tercero en los actos contractuales impugnados", "al ignorar el interés particular e independiente de orden económico que animó a la demandante para actuar". Que, por tanto, —agrega el censor— si se hubiera otorgado la libertad probatoria a mi mandante, como tercero que es cuando actúa en nombre propio, el juzgador hubiera encontrado probadas las simulaciones o nulidades alegadas", y remata diciendo que "las normas violadas son sustanciales porque regulan un derecho del litigante sobre la oportunidad de probar".

Cargo cuarto

Denúnciase falta de aplicación, por la vía directa, de los artículos 1.757 y 1.758 del C. Civil y se desarrolla diciendo que "siendo la demandante un verdadero tercero en este pleito en cuanto demanda en nombre propio y para sí, era obligatorio para el Tribunal darle aplicación estricta a las normas citadas y permitir que la actora probara sus afirmaciones y fundamentara sus súplicas por todos los medios probatorios a su alcance", por lo cual concluye que, "como el Tribunal desconoció estas normas y no las aplicó al caso de autos, es claro que incurrió en violación directa de esas mismas normas".

La Corte considera

Como bajo estos dos cargos se denuncia violación de unas mismas normas se despacharán conjuntamente.

No puede conformarse un cargo dentro de la causal primera de casación si ninguna de las normas cuyo quebranto se denuncia, sea por vía directa o por la indirecta, ostenta el rango de ley sustancial. Al respecto es muy claro el texto del numeral 1º del artículo 52 del decreto 528 de 1964 que hace consistir siempre el primer motivo de este recurso extraordinario en "ser la sentencia violatoria de ley sustancial". Si el quebranto denunciado no comprende normas de aquella naturaleza, el cargo no puede formularse por la causal primera, que requiere, sin excepción, que la violación recaiga siempre sobre normas de aquel linaje, entendiendo por ley sustancial la que crea, declara, modifica o extingue relaciones jurídicas concretas entre personas determinadas.

La primera de las normas citadas estatuye el principio de la carga de la prueba y relaciona los medios probatorios, y la segunda determina el valor persuasivo de los instrumentos públicos entre las partes y frente a terceros.

Los artículos 1.757 y 1.758 del C. Civil, son normas de preceptiva probatoria que ningún derecho subjetivo conceden y que, por tanto, no constituyen ley sustancial, por lo cual el ataque comprendido en los dos cargos anteriores no prospera.

Cargo quinto

Denúnciase error de derecho en la apreciación de la escritura Nº 1.233 de 29 de septiembre de 1959 de la notaría de Girardot, por cuanto con ella el Tribunal dio por probada la sociedad que por medio de ella dícese constituída, "olvidando que los artículos 469 y 470 del C. de Co." exigen el registro del extracto de la escritura social y la publicación del mismo "como elementos esenciales en la constitución de toda sociedad". Que este error de derecho condujo a la violación por falta de aplicación del artículo 472 del C. de Co. que sanciona con nulidad absoluta entre los socios la falta de cualquiera de las solemnidades prescritas en los artículos antes citados; y falta de aplicación del artículo 2º de la ley 50 de 1936 que ordena declarar la nulidad absoluta aún de oficio. Añade que por ese error también se violó el artículo 595 del C. J. que enseña que las negaciones no se demuestran por medio de pruebas.

La Corte considera

Declarado lo tiene la doctrina jurisprudencial de la Corte que todo cargo que se formule con base en la causal primera debe fundarse inexcusablemente en violación de ley sustancial, pues este primer motivo de casación se erigió precisamente para lograr el restablecimiento de las normas de ese linaje que hayan sido violadas por los Tribunales.

Y si ese quebranto resulta a consecuencia de haber cometido el Tribunal error de derecho, entonces es necesario también indicar cuál o cuáles normas de valoración probatoria fueron infringidas por el sentenciador al quitarle a una determinada prueba el valor de persuasión que le concede la ley, o al otorgarle uno que esta no le da.

No obstante que el censor, dando cumplimiento a las obligaciones que la preceptiva del recurso le impone, determinó la prueba que dice mal apreciada y señaló las normas que, en su parecer, fueron infringidas a consecuencia del yerro de valoración denunciado, sin embargo, dejó de indicar cuál o cuáles normas de preceptiva probatoria violó el Tribunal. Como el recurrente no señaló los preceptos de esta clase que hubiera vulnerado el sentenciador de segundo grado, dejó de poner en manos de la Corte el instrumento indispensable para hacer la confrontación entre el valor que el Tribunal haya o no dado a esa determinada prueba y el que le otorga o no la ley, para concluir si, en verdad, se cometió el error de derecho imputado a aquel.

No puede la Corte oficiosamente suplir aquella deficiencia del recurso en razón del principio dispositivo que lo gobierna.

Mas si esto no fuera así, el cargo sería inocuo porque el fundamento del Tribunal para no declarar la nulidad de la sociedad, consistió en que esa compañía ya estaba disuelta, soporte este del fallo que no fue impugnado en casación.

Es suficiente lo anterior para decidir que el ataque no prospera.

Cargo sexto

Denúnciase la comisión de error de hecho a consecuencia de lo cual se produjo la violación, por aplicación indebida, de los artículos 1.759, 1.766, 1.767 y 1.934 del C. Civil y 91 y 93 de la ley 153 de 1887; por falta de aplicación de los artículos 1.524, 1.740, 1.741, 1.757 y 1.759 del C. C., 593, 594, 595, 597, 598, 601, C. J. y 2º ley 50 de 1936 y por interpretación errónea el primer inciso del artículo 1.766 del C. C.

Dice el censor que el Tribunal "dejó de apreciar todas las pruebas aportadas" por la demandante, las que relaciona una a una y expresa que, no obstante que "fueron producidas legalmente y forman parte del expediente en forma protuberante", el Tribunal "dejó de apreciarlas" y "no fueron consideradas" por éste.

Que el acervo probatorio demuestra "el concubinato de Rosendo Rodríguez con Victoria Campos Olaya", el hecho de que aquel nunca se desprendió de los bienes que dijo haber vendido en las escrituras impugnadas y se reservó el usufructo; que las "ventas fueron de confianza, para burlar a los acreedores"; que no hubo aportes de nadie a la supuesta sociedad comercial"; que Rodríguez continuó pagando los impuestos y contribuciones del inmueble enajenado y los gastos por servicios; que entre Rosendo y Victoria Campos no se llevó a cabo ningún contrato, ni de compraventa ni de sociedad, ni ésta fue liquidada; "que al considerar que Victoria Campos Olaya era comunera" de las demandantes, éstas padecieron error.

Termina el censor expresando que "con esta falta de apreciación probatoria, que constituye error de hecho, el Tribunal violó en la forma antes indicada las disposiciones que allí fueron determinadas.

La Corte considera

Son notorias las fallas técnicas en la formulación de este último ataque:

En primer término denuncia simultánea violación del artículo 1.759 del C. Civil por aplicación indebida y falta de aplicación; en segundo lugar, alega quebranto concomitante, del artículo 1.766 ibídem por aplicación indebida e interpretación errónea y, finalmente, no obstante que se denuncia infracción por la vía indirecta, pues se hace derivar de la comisión de un error de hecho, el censor denuncia violación del artículo 1.766 en su inciso primero, por errónea interpretación.

Repetido lo tiene la Corte que en el marco de la causal primera, atinente siempre a vulneración de la ley sustancial, ésta puede provenir o de falta de aplicación, llamada por la ley infracción directa, o de aplicación indebida o de errónea interpretación de la norma. Cuando la disposición legal que regula la situación fáctica sub lite no es aplicada por el sentenciador para resolver la materia de la decisión judicial, entonces se presenta la infracción por falta de aplicación; si, en cambio, el fallador hace actuar al caso controvertido una disposición legal que no es la que lo regula, ofrécese la aplicación indebida; y en el evento en que para dirimir la contienda se emplea la norma legal que regula el caso sub lite, mas con un alcance o un sentido de que carece, entonces preséntase la errónea interpretación. Esta última forma de violación sólo puede ofrecerse por la vía directa, vale decir cuando el quebranto se produce sin ser la consecuencia de una falta de apreciación de la prueba o de una indebida apreciación de la misma.

Cada una de estas formas de violación excluye necesariamente a las demás, pues no pueden coexistir respecto de una misma norma y en un mismo punto. Si la norma no fue aplicada, al mismo tiempo no

puede afirmarse que sí lo fue mas indebidamente y si la ley fue erróneamente entendida, simultáneamente no puede aseverarse que dejó de aplicarse o que hubo aplicación indebida que sólo se ofrece respecto a normas que no regulan la situación fáctica sub judice.

Por todo lo cual es notoriamente improcedente la impugnación que se hace consistir en aplicación indebida y falta de aplicación del artículo 1.759 del C. Civil y en aplicación indebida y errónea interpretación del artículo 1.766 de la misma obra.

Ahora bien, como el quebranto de ley sustancial que se denuncia se hace derivar de la comisión de un error de hecho, que constituye una violación por la vía indirecta, resplandece que el quebranto no puede resultar de una errónea interpretación de la norma sustancial, pues el yerro hermenéutico, como se dejó visto arriba, ninguna relación tiene con la mala apreciación de las pruebas o con su falta de apreciación. El se ofrece cuando la norma sustancial, considerada en sí misma, sin relación alguna al material probatorio, fue interpretada con un alcance o un sentido que no tiene y así fue aplicada al resolver la situación fáctica que ella misma contempla.

Repetido lo tiene también la Corte que el error de hecho a que se refiere el segundo inciso del numeral 1º del artículo 52 del decreto 528 de 1964, surge cuando el Tribunal dejó de ver una prueba que obra materialmente en el proceso o cuando supuso que obraba en él la que realmente no fue aportada; estas hipótesis comprenden también los casos en que a una prueba se le hace decir lo que no expresa o se le cercena su verdadero contenido.

De todo lo cual infiérese naturalmente que si el sentenciador vio la prueba, porque así lo dice o por referirse a ella, mas dejó de concederle el valor probatorio que la ley le otorga o no le dio aquel de que ésta la reviste, entonces no podría haber cometido yerro fáctico, sino uno de derecho.

Acontece que el Tribunal, como se dejó visto en el extracto que de su sentencia se hizo, sí vio las pruebas que el censor dice que aquel pretirió. En la sentencia impugnada se relacionan expresamente, una a una, no solo las pruebas que la actora aportó con su demanda, sino las que "obtuvo que se practicaran durante el término probatorio". Todos los elementos de convicción que la parte demandante adujo al juicio fueron apreciados por el Tribunal y no en forma presuntiva, sino en forma expresa. En la sentencia, después de hecha la relación de todas las pruebas aportadas por la parte actora, se lee: "La Sala ha revisado con detenimiento todo este acervo probatorio y no ha encontrado ninguna de las pruebas que, según se explicó, tienen eficacia para probar entre las partes o sus causahabientes la situación de unas estipulaciones que constan en instrumentos públicos".

Tiénese que el Tribunal sí vio las pruebas, pero consideró que no tenían valor probatorio para demostrar la simulación. Este soporte del Tribunal, entonces, debía haberse acusado por error de derecho, mas no con base en un yerro fáctico como equivocadamente se hizo.

Por lo anterior el cargo no prospera.

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 veinte (20) de marzo de mil novecientos sesenta y nueve (1969), proferida por el extinguido Tribunal Superior del Distrito Judicial de Girardot, en este juicio ordinario que, contra Victoria Campos Olaya, inició María Mónica Rodríguez de Díaz.

Las costas del recurso quedan a cargo de la parte recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvanse los autos al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá al cual le fue adscrito el territorio del extinguido Tribunal Superior de Girardot.

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

Heriberto Caycedo Méndez., Secretario.

CASACION

Calificación previa de la demanda. Incompetencia de jurisdicción: es causal de nulidad y no motivo para producir fallo inhibitorio.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, veintitrés de abril de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Guillermo Ospina Fernández).

(Aprobado por Acta Nº 32 del 20 de los corrientes).

Se califica la anterior demanda de casación formulada por la parte actora en el presente juicio.

El litigio

Ante el Juzgado Civil Municipal de Toribio (Cauca), Luis Carlos Salazar Salamanca citó a juicio a Juan Manuel Torres M. para que, por los trámites de la vía ordinaria se declarase, con las consecuencias pertinentes a tal pronunciamiento, rescindido el contrato de permuta consignado en la escritura pública 1891 del 29 de abril de 1961, otorgada en la Notaría Primera de Cali, por el cual el actor dijo transferirle al demandado la finca denominada "El Alba", situada en el referido Municipio y determinada como se expresa en el libelo, a cambio de dos casas ubicadas en la ciudad de Cali.

La causa patendi se hace consistir en que el actor Salazar Salamanca celebró el mencionado contrato de permuta bajo la presión de la violencia generalizada existente entonces en el lugar en que está situado el inmueble que dio en permuta, situación esta de que se aprovechó el demandado Torres para obtener en el negocio beneficios desproporcionados a las prestaciones a su cargo.

El curador ad litem que hubo de nombrársele al demandado se opuso a las pretensiones del libelo.

El Juzgador del conocimiento profirió sentencia estimatoria de las súplicas del actor, la que, a virtud de apelación interpuesta por el demandado, fue revocada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán para dictar en su lugar, el fallo inhibitorio sujeta materia del presente recurso extraordinario.

La motivación del Tribunal

El fundamento de la inhibición por éste declarada se hizo consistir en la consideración de que el Juez a quo carecía de competencia para conocer del juicio, pues ésta radicaba en el del domicilio del demandado que era la ciudad de Cali, sin que este último hubiera aceptado la prórroga de dicha competencia al Juez de Toribio, lugar de la ubicación de la finca El Alba objeto de la permuta impugnada.

Con numerosas citas de jurisprudencia y doctrina, tocantes con el régimen legal de la competencia y de su prórroga, el Tribunal sentenciador sienta la siguiente tesis: "Cabe aquí hacer una advertencia: La Ley 201 de 1959, en su artículo 8º dijo que 'de las acciones rescisorias-posesorias que se prosigan con base en la presente ley conocen a prevención el Juez del domicilio del

demandado, o el del lugar donde los bienes se hallen ubicados total o parcialmente, según las normas sobre competencia por razón de la cuantía'. Pero esta competencia facultativa sólo la estableció para esa clase de acciones: las rescisorias-posesorias que esa misma ley reglamentó en sus artículos 4º, 5º y 6º. Pero no para las que resultaren como consecuencia de 'vicios del consentimiento por estado de violencia generalizada', con la aclaración del sentido y los alcances del artículo 1513 del C. Civil que, por consiguiente, quedaron sometidas al régimen general de competencias establecido por el Código de Procedimiento Civil y por las normas que lo han reformado. En efecto, el artículo 6º de la ley 201 citada, expresa: 'El poseedor perjudicado podrá optar por la recuperación de su posesión (acción posesoria) o el pago de los derechos que hubiere tenido (rescisoria), justipreciados por peritos'. Y la competencia dual a prevención del artículo 6º transcrito se refiere a las acciones 'rescisorias posesorias', y no a las 'rescisorias ordinarias' como la promovida a nombre del Dr. Salazar Salamanca".

La impugnación

La demanda de casación que se califica formula un solo cargo en el ámbito de la causal primera. Denúnciase en él violación directa del artículo 8º de la Ley 201 de 1959. Explica el censor que la falta de aplicación de este texto legal obedeció a que el Tribunal, quizá con vista en una edición no oficial de la ley mencionada, adulteró el claro tenor literal y el sentido del artículo 8º transcrito, haciéndole decir que la competencia preventiva por él establecida se referiría exclusivamente a las acciones "rescisorias-posesorias de que se trata en los artículos 4º, 5º y 6º de la misma ley", mas no así a las acciones rescisorias por fuerza o violencia a que el propio estatuto se refiere, como sería la instaurada en el presente juicio.

Considera la Corte

I. Exhaustivamente lo tiene declarado la doctrina y la jurisprudencia, desde el establecimiento en nuestra legislación del recurso extraordinario de casación, que la causal primera del mismo únicamente procede en los casos de violación de la ley sustancial, entendiendo por esta la que, en presencia de una situación fáctica concreta ocupada por personas determinadas, atribuye a ellas derechos subjetivos o les impone obligaciones, o, como con criterio más amplio lo viene diciendo últimamente la Corte, son normas de la naturaleza indicada las que declaran, crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas entre las personas que se encuentran colocadas en las aludidas situaciones jurídicamente operantes. Quiere esto decir que de modo inveterado y constante se tiene averiguado y precisado el ámbito de la causal en cuestión, circunscribiéndolo a la finalidad principal del recurso extraordinario, cual es la de asegurar el recto entendimiento y la debida aplicación de esas leyes sustanciales, antes denominadas sustantivas, expresión esta que solía prestarse al equívoco de creer procedente el recurso por el motivo de que se viene tratando en todos los casos de quebranto por el fallo impugnado de preceptos legales que sin ser simplemente rituarios, tienen algún contenido material, como lo son los que determinan la tarifa legal probatoria y el valor demostrativo de los medios por ella reconocidos. Así, la jurisprudencia se vio en la necesidad de declarar que, si bien es cierto que estos preceptos no pueden ser calificados de adjetivos, la violación de los mismos no es bastante para la casación de un fallo, porque esa violación sólo es trascendente en el marco del primer motivo del recurso extraordinario en cuanto ella sea vehículo o medio que conduzca al ulterior quebranto de otras normas, éstas sí sustanciales en el específico sentido técnico antes apuntado.

II. Atendiendo principalmente a la índole de la causal primera, preceptúa el artículo 63 del Decreto 528 de 1964 que "La demanda de casación debe contener un resumen de los hechos debatidos en el juicio, y expresar la causal que se aduzca para pedir la infirmación del fallo, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella y citando las normas sustanciales que

el recurrente estime infringidas" (se subraya). Y el artículo 65 del mismo decreto sanciona la inobservancia de los requisitos señalados en el texto transcrito, así: "Si la demanda no reúne los requisitos legales... se declarará desierto el recurso".

III. Visto está que frente al pronunciamiento inhibitorio del Tribunal, la impugnación, ubicándose en la causal primera de casación, se limita a denunciar quebranto, por falta de aplicación, del artículo 8º de la ley 201 de 1959, que reza lo siguiente: "De las acciones rescisorias o posesorias que se prosigan con base en la presente ley, conocen a prevención el Juez del domicilio del demandado, o el del lugar en donde los bienes se hallen ubicados total o parcialmente, según las normas sobre competencia por razón de la cuantía".

Salta a la vista de la lectura de la disposición transcrita que ella no contiene precepto alguno de índole sustancial, porque no declara, crea, modifica ni extingue relaciones jurídicas entre personas, sino que se limita a determinar la competencia judicial para el conocimiento de las controversias que se suscitan con motivo de las situaciones contempladas por la citada ley. Conclúyese de lo dicho que el recurso en examen incurre en error técnico que irremisiblemente lo condena al fracaso. Si, a consecuencia de la inhibición del Tribunal, el recurrente estimó lesionados sus derechos subjetivos comprometidos en el litigio, debió citar las normas tutelares de tales derechos, con indicación del concepto en que hubieran resultado infringidas y con la necesaria demostración de tal concepto, todo ello de conformidad con lo que tiene enseñado la jurisprudencia en punto del ataque en casación de las sentencias inhibitorias. Así no lo hizo y a la Corte, dada la índole dispositiva y estricta del recurso, no le es dado averiguar de oficio si efectivamente el fallo acusado violó o no esas normas sustanciales no invocadas.

IV. Pese al objeto propio de la calificación de las demandas sustentatorias del recurso extraordinario, cual es la de determinar si ellas reunen o no los requisitos necesarios para su estudio de fondo, la Corte no puede prescindir en esta oportunidad de censurarle al Tribunal sentenciador los protuberantes errores en que incurrió en su fallo.

En presencia del claro tenor literal del artículo 8º de la Ley 201 de 1959, antes transcrito en esta providencia, es inexplicable la interpretación que le dio el Tribunal en el sentido de que la competencia preventiva que dicho texto atribuye al Juez del domicilio del demandado y al de la ubicación de los bienes quedaría reducida a las "acciones rescisorias-posesorias de que tratan los artículos 4º, 5º y 6º de dicha ley", quedando así excluídas las acciones rescisorias por vicio del consentimiento también contempladas por el propio estatuto. El texto citado comienza diciendo sin ambigüedad alguna: "En las acciones rescisorias o posesorias que se prosigan con base en la presente ley..." Luego la interpretación restrictiva que le diera el Tribunal es manifiestamente errónea.

En segundo lugar "la incompetencia de jurisdicción" es una causal de nulidad de todos los juicios expresamente establecida por el ordinal 1º del artículo 448 del C. J. Por tanto, si el Tribunal consideró equivocadamente o no que el Juez que conoció del primer grado en este proceso era incompetente para el efecto, aquel ha debido, en vez de dictar fallo inhibitorio, darle cumplimiento al artículo 455 ibídem, o sea que ha debido poner en conocimiento de las partes el pretenso motivo de nulidad, lo que les hubiera permitido a éstas poner de presente el manifiesto error en que venía incurriendo dicho Tribunal.

Es elemental, como se desprende de las numerosas citas jurisprudenciales y doctrinarias que aduce el propio sentenciador, pero que deja de aplicar, que en presencia de una nulidad procesal inallanable o no allanada pudiendo serlo, dicha nulidad debe ser declarada para que la actuación procesal se retrotraiga hasta el momento de su ocurrencia, lo que está indicando obviamente que el juzgador que verifica la existencia de la misma no puede dictar fallo de ningu-

na clase, ni de mérito ni inhibitorio, porque este también quedaría cobijado por la misma nulidad que afecta la actuación precedente.

En consecuencia de lo expuesto y en cumplimiento del artículo 65 del Decreto 528 de 1964, la Corte declara DESIERTO el presente recurso de casación.

Sin costas por no haberse causado.

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

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

Heriberto Caycedo M., Secretario.

SEPARACION DE BIENES

Puede promoverla cualquiera de los cónyuges. — La nulidad o inexistencia del matrimonio no puede debatirse en juicio de separación de bienes.— Prueba de profesar la religión católica. — Estado civil. — Las actas del registro del estado civil son prueba del matrimonio tanto católico como civil.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, veintisiete de abril de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Doctor José María Esguerra Samper).

Rosa Fuenmayor Ovadía promovió juicio especial contra Nissin Amón Elie, para que "se decrete la simple separación de bienes entre tales cónyuges, se decrete la terminación de la sociedad conyugal entre ellos establecida en razón de su matrimonio, así como su liquidación por los trámites usuales y se condene al demandado al pago de las costas...". Dicho juicio fue decidido en primera instancia por el Juzgado 19 Civil Municipal de Bogotá, mediante sentencia fechada el 18 de agosto de 1967 totalmente favorable a las pretensiones de la parte actora y confirmada luego en todas sus partes por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 15 de enero de 1968, fallo este contra el que la parte demandada interpuso el recurso de casación que ahora decide la Corte.

Los fundamentos de hecho de la acción impetrada pueden resumirse así:

1º Los litigantes, diciendo ser acatólicos, contrajeron matrimonio civil en Barranquilla el 10 de diciembre de 1951, unión en la cual procrearon tres hijos llamados: Jaime, Sara Rosa y Ricardo;

2º "De varios meses a esta parte la actitud del cónyuge ha cambiado adversamente para con su esposa y sus hijos, por razones sentimentales que lo han trastornado y apartado de su hogar";

3º Los cónyuges solicitaron y obtuvieron que un Juez Mejicano decretara el divorcio por mutuo consentimiento;

4º El demandado suspendió el cumplimiento de sus obligaciones alimentarias para con su esposa y sus hijos, y de educación para con estos últimos;

5º El demandado incurrió en absoluto abandono de sus deberes de esposo y padre, y por otra parte con su sevicia, maltratamientos y ultrajes de palabra y obra ha hecho imposible la paz y el sosiego domésticos;

6º Al contraer matrimonio, el demandado carecía de bienes de fortuna, al paso que la demandante tenía una casa en Barranquilla que luego fue vendida y con cuyo precio que recibió el marido compró un solar en Bogotá.

Nissin Amón Elie dio contestación oportuna al libelo, negando los hechos relacionados con el abandono que se le imputa y el derecho reclamado por la demandante, y agregando que como ésta era católica, por ser hija de católicos y no haber apostatado de esta religión, el matrimonio civil por ella

contraído era inexistente por lo cual, carecía de legitimación en causa para promover el juicio.

La sentencia acusada

Con apoyo en doctrina de la Corte, el Tribunal comienza por establecer que la legitimatio ad causam, no es un presupuesto procesal, sino un elemento esencial de la acción ejercitada; dice que en los juicios de separación de bienes, ella radica en cualquiera de los cónyuges; y que en el caso sub-judice está plenamente demostrada con la respectiva partida de estado civil expedida por el Notario 1º de Barranquilla, que fue allegada oportunamente al proceso.

En cuanto al argumento defensivo de la parte demandada, consistente en que como la demandante es católica y no apostató de esta religión al celebrar el matrimonio civil con el demandado, expone el Tribunal y que por tanto "dicho vínculo es nulo e inexistente y que por ende carece de derecho para accionar, dice que si "la sociedad conyugal tiene su origen en el matrimonio, así sea católico o civil, válido o nulo, es ciertamente innecesario para los efectos que en este proceso se persiguen, estudiar y decidir sobre la eficacia o ineficacia legal del matrimonio contraído por los sujetos de esta litis, por tanto, si dicha cuestión para la cual la Ley procedimental consagra el específico procedimiento del juicio 'ordinario de mayor cuantía' (art. 782 C. J.), no puede legalmente considerarse por vía de excepción dentro de este juicio especial de separación de bienes".

Agrega luego que "por el hecho del matrimonio, sin consideración a su eficacia o ineficacia (art. 180 y 1774 de la misma obra) se contrae 'sociedad de bienes entre los cónyuges...'. Restringir el efecto de la sociedad conyugal al matrimonio válido únicamente, es, ni más ni menos, desconocer la verdadera realidad de la naturaleza de las cosas acogiendo la injusticia; y, además, olvidar los imperativos de la Ley tanto sustantiva como adjetiva, según los cuales la sociedad conyugal se disuelve, entre otros eventos, 'por la declaración de nulidad del matrimonio' (art. 1820 C. C.) y que cuando se haya decretado la nulidad del matrimonio se procede a la liquidación y partición de los bienes de la sociedad conyugal disuelta (art. 794 y 795 C. J.)".

Más adelante dice el Tribunal que las mismas razones expuestas dan base jurídica para rechazar la defensa del demandado en cuanto afirma que si la demandante no era católica y debe tenerse como inexistente el matrimonio civil que contrajo al haberse casado católicamente con Luis Alvaro Ortiz el 7 de junio de 1967, ya en curso este proceso, haciendo uso del llamado "privilegio Paulino", la demandante ya no era cónyuge del demandado y por tanto no procedía decretar la separación de bienes impetrada. Con apoyo en el art. 741 del Código Judicial y conceptos de expositores de Derecho Procesal que transcribe, expresa el sentenciador que para fallar el juicio sólo pueden tenerse en cuenta los fundamentos de hecho propuestos en la demanda y en manera alguna hechos ocurridos o demostrados con posterioridad. Y concluye el análisis de este primer aspecto de la cuestión debatido, así: "Sentado pues que la sociedad conyugal sí tiene existencia jurídica, o en otros términos, que la legitimación en causa, tanto por su aspecto activo como por su aspecto pasivo, sí se estructura en el presente caso, se impone entonces estudiar el acervo probatorio practicado a fin de advertir si procede o no el decreto de separación de bienes a que se contrae la demanda".

Después de algunas consideraciones doctrinales sobre las causales de separación de bienes de que tratan los numerales 4º y 5º del artículo 154 del Código Civil, agrega que de las pruebas allegadas al juicio, "no puede aceptarse que el demandado haya abandonado absolutamente los deberes de carácter material que en sus calidades de esposo y padre, en relación con la demandante y sus tres hijos, le impone la Ley", pero que sin embargo, "si tal puede predicarse en relación con las obligaciones materiales y económicas que le corresponden, no puede decirse lo mismo cuando se trata de sus deberes espirituales o morales, que, como

afirma la demandante, han sido abandonados absolutamente, por lo menos en lo que dice a su calidad de esposo, por el cónyuge demandado...". Esa clase de abandono lo encuentra probado el Tribunal con la declaración que rindió el demandado ante el Juez Cuarto Penal de Bogotá el 12 de mayo de 1966; con "la manifestación que por boca de su apoderado hizo en el libelo de demanda presentado en junio de 1966", ante el Juzgado Segundo Civil de Menores de la misma ciudad, al solicitar la rehabilitación de la guarda de sus menores hijos; y con la confesión judicial contenida en la diligencia de absolución de posiciones llevada a cabo en este juicio el 12 de enero de 1967.

"Si se ha de aceptar, como lo acepta esta Sala, que los deberes de convivencia, ayuda y socorro de orden espiritual, respeto y cariño recíprocos hacen parte integrante y fundamental de las relaciones jurídicas de los cónyuges entre sí, como que son básicos para alcanzar la comprensión y armonía en el hogar, debe concluirse que en el caso que se estudia el demandado sí tiene abandonados, desde febrero de 1966, si no los deberes de carácter patrimonial, sí los de contenido espiritual, pues tal es lo que se infiere de la confesión contenida en diferentes escritos que se han relacionado, analizados según lo imperado por los artículos 604, 605, 606, 607 y 609 del Código Judicial".

Dice por último que el demandado trató de disculpar su rompimiento con la demandante alegando la inmoralidad e infidelidad de ésta, lo cual obstaculizó el sosiego que debía reinar en el hogar, pero que tales aseveraciones están totalmente desprovistas de prueba.

El recurso

El recurrente pretende la casación del fallo del Tribunal contra el cual formula varios cargos, todos ellos dentro del campo de a causal primera, así:

Primer cargo

Se atribuye a la sentencia violación de la Ley sustancial, "de manera directa, esto es aparte de toda consideración probatoria, porque el sentenciador cometiendo en ello un error jurídico, consideró ... que en nuestro ordenamiento legal, con posterioridad a la vigencia de la Ley 28 de 1932, es factible obtenerse por cualquiera de los cónyuges, directamente, la separación total y definitiva de bienes y no, indirectamente, o como forzosa consecuencia de divorcio o nulidad del matrimonio".

A juicio del censor el Tribunal incurrió en grave error jurídico que lo llevó a violar, por falta de aplicación, los artículos 71 del Código Civil, 3º de la Ley 153 de 1887 y 9º de la Ley 28 de 1932 y a quebrantar el artículo 1º de la Ley últimamente citada, por interpretación errónea, al darle un alcance que no tiene. Tras de largos razonamientos, salpicados de citas de expositores nacionales, dice el censor que los mencionados quebrantos de las normas legales que señala en su demanda, provienen de que el Tribunal creyó "que vigente la Ley 28 de 1932, cabe ejercitarse la mera o simple separación de bienes de que trata el Capítulo 3º, Libro I, Título IX del Código Civil; y por los motivos o causales taxativamente enumeradas en los artículos 200 del mismo Código y 2º de la Ley 8ª de 1922. Por cuya creencia o error, el Tribunal, interpretando erróneamente los artículos 197 del Código Civil y 2º de la Ley 8ª de 1922 y ver en ellos la existencia de una acción de simple separación de bienes, total y definitiva, como posible de ejercitarse independientemente, los aplicó sin venir al caso de autos, en que previamente no se demanda el divorcio o la nulidad del matrimonio. O indebidamente. Ya que tales disposiciones han de considerarse tácitamente derogadas con la vigencia de la Ley 28 de 1932; y cuyo artículo 1º consecuencialmente, también lo violó el sentenciador por aplicarlo erróneamente o desconociendo su obvio sentido jurídico...". A renglón seguido insiste en sostener que "durante el matrimonio los cónyuges están

siempre sometidos al régimen de comunidad de gananciales, que deberán dividirse, únicamente en caso de divorcio o en los eventos de nulidad o disolución del mismo; y que durante el matrimonio existe forzosamente una sociedad de bienes, los adquiridos a título oneroso, por cualquiera de los cónyuges para sí o por ambos para los dos con dos administradores: el marido y la mujer, ambos plenamente capaces de administrar y disponer los dichos bienes sociales que cada cual haya adquirido para sí, independientemente, es decir, sin contar con la voluntad del otro, salvo que la adquisición la haya hecho en común. Porque esa sociedad de bienes que se forma por el matrimonio, no puede desaparecer sino en los eventos indicados, toda vez que ha desaparecido, por sustracción de materia, la excepción de simple separación de bienes que en el régimen anterior a la Ley 28 podía la mujer ejercer para defenderse de la administración exclusiva del marido y también de la facultad de disponer ad libitum el marido, de los bienes de la sociedad conyugal".

Y concluye la sustentación del cargo en estudio así:

"No hay tal, entonces, que haya titularidad en la demandante para demandar, como lo ha hecho, la separación definitiva y total, sin primero obtener la disolución del matrimonio. O lo que es lo mismo no existe literalmente hablando, legitimación en causa de su parte. Y, al fallar lo contrario, la sentencia acusada, violó directamente, especialmente el artículo 197 del Código Civil, 203 del mismo, 154 ibídem, armónicos del (sic) 1820 de la misma obra; todos que los aplicó sin ser del caso, para reconocer una separación que la sentencia ha debido negar, por falta en nuestro argot jurídico tradicional, de legitimación o personería sustantiva de la demandante. Y a cuya violación fue conducido el sentenciador, como se explica en el cargo, por el error jurídico en que incurrió de creer que la Ley 28 de 1932 dejó vigente la acción instaurada en la demanda".

Se tiene en cuenta

Como lo observa el opositor, la Corte ha sostenido reiteradamente que la Ley 28 de 1932 no modificó el principio de la autonomía e independencia de la acción de separación de bienes que consagra el artículo 197 del Código Civil. La acción de simple separación de bienes que bajo el régimen legal anterior estaba reservada a la mujer (art. 796 C. J.), no desapareció con la Ley 28 de 1932; por el contrario, no solo conserva su vigencia sino que se hizo extensiva al marido como lo ha reconocido la Corte en numerosos fallos.

"La separación de bienes es una institución jurídica de orden público establecida inicialmente en nuestro derecho civil en beneficio de la mujer, siendo ésta quien sólo podía demandarla, pero tal sistema vino a ser implícitamente modificado a virtud de la Ley 28 de 1932, a partir de cuya vigencia ha prevalecido la tesis de que puede ser pedida por cualquiera de los cónyuges" (Cas. Civ. 17 de marzo de 1959, pág. 83. XC).

"La Ley 28 de 1932 no puede entenderse en el sentido de que la libertad de administración y disposición otorgada a cada uno de los cónyuges sea tan absoluta que excluya todo recurso o acción defensiva contra una mala administración. La modificación sustancial de las relaciones de orden patrimonial surgidas del hecho del matrimonio permite al marido el ejercicio del derecho que en el régimen del Código Civil tenía la mujer para provocar una acción de separación de bienes y conseguir que, por la disolución de la sociedad conyugal producida por la sentencia de separación de bienes, se estabilice y liquide su derecho a participar en los gananciales" (Cas. Civ. 17 marzo de 1955 LXXIX pág. 766).

En sentencia de fecha 28 de noviembre de 1969 (CXXXII pág. 186), se lee:

"a) Que organizada originalmente por el Código Civil la simple separación de bienes en beneficio de la mujer, por los motivos señalados en su artículo 200 a que se agrega el del artículo 1818 ibídem, vino luego el artículo 2º de la Ley 8ª de 1922 a establecer también como causales de separación de bienes las que autorizan el divorcio por

hechos imputables al marido de acuerdo con el art. 154 del Código Civil, y la disipación y el juego habitual de que trata el artículo 534 del mismo Código', siendo de advertir que el llamado divorcio de la legislación colombiana es el de la mera separación de cuerpos, sin ruptura del vínculo;

"b) Que trasladadas a la separación de bienes por el artículo 2º de la Ley 8ª de 1922 las causales de divorcio del citado artículo 154, éstas en lo tocante con la separación de bienes han de tener el mismo sentido y régimen que si se tratase del divorcio o separación de cuerpos; y

"c) Que, como consecuencia del sistema de administración separada con igualdad de condiciones para cada cónyuge establecido por la Ley 28 de 1932, se hizo extensiva a favor del marido la acción de separación de bienes por motivos imputables a la mujer, conforme a los mismos textos que consagran en pro de ésta las causales de separación".

La Corte no encuentra ahora ninguna razón valedera para variar esta doctrina de que la acción de separación de bienes, no desapareció con la vigencia de la Ley 28 de 1932 y de que puede ser promovida por cualquiera de los cónyuges, antes bien, una nueva y detenida meditación al respecto le imponen reiterarla.

En estas condiciones, no hubo violación directa de las normas sustanciales que menciona el recurrente y por consiguiente la acusación no prospera.

Segundo cargo

Se hace consistir, dentro de la esfera del motivo 1º de casación, en quebranto directo del artículo 2º de la Ley 54 de 1924, por falta de aplicación y de los artículos 154, 197, 201, 1820, num. 3º del Código Civil y 2º de la Ley 8ª de 1922, por indebida aplicación. Aunque inicialmente dice el censor que el cargo se hace por la vía directa y "aparte de toda consideración probatoria" es lo cierto que al sustentarlo achaca al Tribunal un error de derecho por quebrantamiento del artículo 632 del Código Judicial que indirectamente produjo la "violación sustancial de las disposiciones del Código Civil y la Ley 8ª de 1922 que se aplicaron en la sentencia acusada para decretar la separación de bienes, no debiendo habérselas aplicado, por no haber en realidad el matrimonio que la demandante alega como fundamento de la acción de separación de bienes".

En efecto, el recurrente afirma que el artículo 2º de la Ley 54 de 1924 "exige que para poder celebrarse o existir matrimonio civil de una persona católica, ésta debe manifestar al Juez en la solicitud de matrimonio que se ha separado de la Iglesia, declaración que ha de ser insertada en el edicto que se fija por el Juzgado avisando al público de la solicitud del matrimonio, y finalmente los contrayentes deben ratificar en el acta misma o acto de la celebración del matrimonio". Dice también que como la demandante profesaba la religión católica, al no haberse dado cumplimiento al referido precepto legal, el matrimonio que celebró con el demandado no fue tal, sino apenas una "unión de hecho", la cual en manera alguna podía producir la formación de una sociedad conyugal entre los presuntos contrayentes; y que el Tribunal "claramente acepta que en la celebración del matrimonio civil no se cumplieron los requisitos que exige la Ley Concha, y que debían cumplirse por ser la demandante hija de padres católicos y ella también católica, como consta de su partida de matrimonio católico que celebró siguiendo ya el presente juicio, con el señor Luis Alvaro Ortiz Ortiz, quien es su actual marido".

La acusación se funda indudablemente en la aplicación indebida "de las disposiciones del Código Civil y Ley 8ª de 1922 en que se apoyó la sentencia para decretar la separación de bienes, refiriéndose a las mismas que se mencionan en el encabezamiento del cargo y concretamente al artículo 2º de la Ley 54 de 1924, quebranto que se habría producido "de manera indirecta o por causa del error de derecho cometido por el Tribunal, al valorar la prueba misma traída para acreditar el matrimonio civil

de la demandante cuya religión es la católica".

Según el censor "la violación indirecta de la Ley sustancial indicada, provino de haber dado el sentenciador el valor de plena prueba del matrimonio civil a la sola partida de origen civil expedida por el Notario Primero de Barranquilla, como si se tratara de demostrar un matrimonio de personas acatólicas que apostataron de su religión para contraer matrimonio civil, cuyo valor de plena prueba que le otorga el artículo 347 del Código Civil y la Ley 92 de 1938 y reglamentario Decreto 1003 de 1939, por sí sola indiscutible para acreditar matrimonios civiles de acatólicos, si es discutible o puede desvirtuarse cuando de matrimonios civiles de apóstatas se trata, demostrando que no se cumplió con las formalidades que exige la Ley Concha; formalidades sin cuyo cumplimiento hacen inexistentes los matrimonios de católicos que hayan apostatado de la religión católica, inclusive, por falta de capacidad de los contrayentes, dado que en Colombia los católicos son incapaces de contraer matrimonio civil mientras no se cumpla..." con la citada Ley.

A renglón seguido dice "que en el fallo acusado se le dio valor de plena prueba a la sola partida matrimonial, a pesar de estar, no mostrado, con las copias auténticas de la actuación que se adelantó por la demandante y el demandado ante el Juez que ordenó la inscripción del matrimonio civil en la Notaría... que no se cumplió con aquella Ley; y a pesar de figurar también en el expediente, en su partida de matrimonio con Alvaro Ortiz Ortiz, que Rosa Fuenmayor Ovadía es bautizada".

Y agrega que en esta forma el Tribunal quebrantó el artículo 632 del Código Judicial "según el cual, para demostrarse un matrimonio de apóstatas, civil, en el acta que debe incluirse en la certificación de los encargados de llevar el registro civil debe constar que ellos se ratificaron en su apostasía".

Después de insistir en los mismos argumentos y de copiar algunos pasos de una obra referente al matrimonio civil de colombianos en el exterior, parece decir el recurrente que todo ello viene a comprobar el cargo por error de derecho en la apreciación de la partida del matrimonio civil, a consecuencia de lo cual se aplicó indebidamente el artículo 2º de la Ley 8ª de 1922, y que además el Tribunal incurrió también en un error jurídico al sostener en la parte motiva de su sentencia que mientras en juicio ordinario no se declare la nulidad del referido matrimonio, éste debe ser tenido por válido, ya que lo que verdaderamente ocurre es un fenómeno de inexistencia que no requiere declaración judicial.

Se tiene en cuenta

El recurrente parte pues del supuesto de que la demandante profesaba la religión católica cuando contrajo matrimonio civil con el demandado y en ello basa su acusación consistente en que la sola partida notarial que aquella presentó como prueba de tal matrimonio no lo acredita plena y legalmente.

Sin embargo, de acuerdo con los artículos 346 y 347 del Código Civil y 18 de la Ley 92 de 1938, las copias auténticas de las actas del registro del estado civil expedidas por los funcionarios de que trata dicha Ley, tienen "el carácter de pruebas principales del estado civil respecto de los nacimientos, matrimonios, defunciones y adopciones" sin que al efecto se establezca diferencia alguna relativa a la religión que profesan las personas a que se refieren esos hechos de la vida civil, como lo pretende el recurrente, ni se disponga que tales partidas deban ser corroboradas con otras pruebas. El matrimonio civil que contrajeron los litigantes, está demostrado ampliamente con la correspondiente partida expedida por el Notario Primero de Barranquilla, que fue aducida al juicio en forma legal, según lo estatuído claramente en los artículos 18 de la Ley 92 de 1938 y 632 del Código Judicial.

No sobra agregar que, como bien lo dijo el Tribunal, la nulidad o inexistencia del matrimonio civil que contrajeron los liti-

gantes no está sub-judice ni puede estarlo en un juicio de separación de bienes como el de que aquí se trata. Por tanto, el sentenciador no incurrió en el error de derecho que le achaca el recurrente en la valoración de tal partida y la acusación no puede prosperar.

Tercer cargo

Esta censura, también dentro del campo de la causal primera como parece deducirse de su extenso y difuso planteamiento, se formula por indebida aplicación de los artículos 154, 180, 197, 203 y 1820 del Código Civil y por falta de aplicación del canon 1120 del Código de Derecho Canónico y de los artículos 3º y 19 del Concordato, quebrantos estos producidos por la vía indirecta a consecuencia de un "error de derecho en la valoración de la partida de origen eclesiástico del matrimonio católico que celebraron (sic) la demandante y Alvaro Ortiz Ortiz el 7 de julio de 1967", complementada por los certificados de todos los Notarios de Bogotá, según los cuales el matrimonio en cuestión no fue inscrito en el Libro de Registro Civil correspondiente. Dice el recurrente que en estas condiciones la partida eclesiástica mencionada, como prueba supletoria, adquiere pleno valor de convicción; que con ella se demuestra plenamente que la demandante pertenecía a la religión católica; que por tanto, al contraer matrimonio civil con el demandado, ha debido someterse a las normas de la Ley 54 de 1924; y que no habiéndolo hecho, el matrimonio civil que contrajeron los litigantes es inexistente.

Arguye también el censor que el aludido error de derecho se produjo a consecuencia de no haber tenido en cuenta el sentenciador los artículos 22 de la Ley 57 de 1887, 79 de la Ley 153 del mismo año, 18 y 22 de la Ley 92 de 1938, y 632 del Código Judicial.

Se tiene en cuenta

La Corte ha dicho que el error de derecho "supone la apreciación correcta de los medios en el orden fáctico, es decir, en su objetividad misma y que, entonces, se reduce a un problema de valoración legal, consistente en que a pruebas materialmente bien contempladas el juzgador les asigne un mérito que la Ley no consagra o les niegue el que ella les otorga" (CXXXI, pág. 177).

El recurrente a efecto de sustentar el cargo en estudio, señala como quebrantados (violación medio) los artículos 22 de la Ley 57 de 1887, 79 de la Ley 153 del mismo año, 18 y 22 de la Ley 92 de 1938 y 632 del Código Judicial, a lo cual cabe observar: que el censor no indica en qué consistió el quebranto que atribuye al Tribunal del artículo 22 de la Ley 57 de 1887, lo mismo que de esos otros textos legales; que el 79 de la Ley 153 de 1887 no está vigente; que el artículo 22 de la Ley 92 de 1938 tampoco lo está pues fue declarado inexequible (Cfr. D. O. Nº 24647), por lo que su presunta violación no puede estructurar un error de derecho; y finalmente, que las tres restantes disposiciones citadas, se refieren al pleno poder de convicción que como pruebas principales tienen las partidas de estado civil que expiden los funcionarios civiles y, como supletorias, las que emanan de los Curas Párrocos (Art. 19 Ley 92 de 1938), en cuanto a los actos relacionados con el estado civil, pero en manera alguna respecto de otras circunstancias ajenas a dicho estado, tales como la religión que profesan las personas a que esas partidas se refieren.

Para saber si ha debido aplicarse la Ley 54 de 1924 a fin de que los litigantes pudiesen contraer matrimonio civil, era indispensable la prueba de que ambos o al menos alguno de ellos profesaban la religión católica al tiempo de dicho acto, prueba esta que sólo puede consistir en la del bautismo (canon 1099) complementada con la afirmación del hecho indefinidamente negativo (art. 595 del C. J.), aún implícita, de que la persona bautizada no ha apostatado en la forma estatuída por los artículos 1 y 2, de la Ley citada.

En el caso sub-judice, la prueba en cuestión se echa de menos de modo absoluto. En el expediente no aparece la partida de bautismo de la demandante sino únicamen-

te la de nacimiento de origen notarial. Por tanto, el juzgador no podía menos de darle crédito a la categórica manifestación que hicieron ambas partes ante el Juez Civil Municipal de Barranquilla, cuando contrajeron matrimonio civil, de que profesaban la religión judía, aserto este que fue confirmado con las declaraciones contestes de los testigos que depusieron en la actuación judicial previa al referido matrimonio. En estas condiciones, para el juzgador era y tenía que ser una verdad procesal la acotolicidad de los litigantes cuando contrajeron matrimonio civil. Como lo pone de presente el opositor copia auténtica de toda esa actuación se trajo a este juicio en forma legal y oportuna en calidad de prueba, a petición de la parte demandada.

La partida eclesiástica a que se refiere el recurrente y respecto de la cual dice que el Tribunal cometió el error de valoración de que trata el cargo en estudio, sólo demuestra que Rosa Fuenmayor contrajo matrimonio católico con Luis Alvaro Ortiz en Bogotá el 7 de julio de 1967, lo cual acaso permite suponer que en esa fecha profesaba la fe católica. Pero en manera alguna cabe retrotraer el valor demostrativo que puede tener esa partida eclesiástica en cuanto a la religión que profesaba la demandante el día en que ésta contrajo matrimonio civil con el demandado, dieciséis años antes.

De esta suerte, el Tribunal no incurrió en error alguno al valorar la partida en cuestión y por tanto el cargo no prospera.

Cuarto cargo

Se acusa la sentencia por indebida aplicación de los artículos 2º de la Ley 8ª de 1922 y 154 num. 4º del Código Civil, a consecuencia del error de hecho cometido por el Tribunal al dar por demostrado, sin estarlo, que el demandado había incurrido en absoluto abandono del hogar en cuanto se trata de sus deberes espirituales o morales. Dice el recurrente que lejos de estar probado dicho abandono, en los autos obran elementos de convicción que no tuvo en cuenta el sentenciador, que acreditan justamente lo contrario, tales como el fallo absolutorio proferido en el proceso penal que se adelantó contra el demandado por el delito de abandono del hogar y la sentencia de divorcio pronunciada en Méjico que demuestra que la separación de los cónyuges fue voluntaria, lo cual en sentir del recurrente, excluye el abandono.

No obstante, al sustentar el cargo dice además el censor que el Tribunal incurrió en un error de derecho en la valoración de las pruebas en que el Tribunal basó su convicción acerca del abandono atribuido al demandado, al tenerlo como probado, error que implicó el quebranto de los artículos 474, 476 y 632 del Código Judicial y que lo llevó como consecuencia a la violación indirecta consistente en la indebida aplicación de los artículos 2º de la Ley 8ª de 1922, 154, 197, 202 y 1820 del Código Civil, y agrega que hubo "quebrantamiento inclusive de los artículos 594 y 601 del Código Judicial del sentido y alcance que inconfundiblemente se desprende de sus términos".

Se tiene en cuenta

El censor incurre en un error de técnica que por sí solo justificaría el rechazo del cargo, porque en numerosas ocasiones ha dicho la Corte (LXXX, pág. 540. LXXXV, pág. 63 y 670. XCV, pág. 415 y 483): Que "...No es posible en un mismo cargo acusar por errores de hecho y de derecho conjuntos en la apreciación de una misma prueba" (CXXXI, pág. 177). Además, tratándose del error de hecho, requiérese que se traduzca en conclusión contraevidente "es decir, contraria a la realidad fáctica establecida por la prueba y ser, por último, trascendente a la decisión, sin lo cual carecería de eficacia impugnativa" (ibídem).

El recurrente se limita a contraponer su propio criterio de apreciación de tales pruebas con el que tuvo el Tribunal, lo cual no es de recibo en casación como repetidamente lo ha expuesto la Corte (CXXXI, pág. 177). En efecto, pretende que prevalezcan las pruebas que menciona como demostrativas de que no hubo abandono del marido

sino una separación de cuerpos convenida entre los esposos, respecto de las confesiones de aquel en que el Tribunal se basó para estimar probado el aludido abandono.

Al reseñar la motivación de la sentencia acusada, se vio cómo el Tribunal encontró la prueba plena del abandono del marido en la confesión del mismo contenida en la absolución de posiciones, en su declaración rendida ante el Juez 4º Penal de Bogotá y en la manifestación de su apoderado hecha ante el Juez 2º Penal de Menores de Bogotá, al solicitar la rehabilitación de la guarda de sus hijos de la cual había sido privado. Esas pruebas fueron bien valoradas a la luz de las normas legales que las regulan, sin que el acusador haya señalado en forma alguna en qué consiste el quebranto que a las mismas le atribuye como violación medio. En estas condiciones, la convicción que de ellas obtuvo el sentenciador queda incólume y por tanto el cargo no prospera.

Finalmente cabe agregar que si la partida de matrimonio católico que contrajeron Rosa Fuenmayor Ovadía y Luis Alvaro Ortiz Ortiz, el 7 de julio de 1967, en la Parroquia de Corpus Christi de Bogotá (C. Nº 1, fls. 36), como se expuso al despachar el tercer cargo de la demanda, no acredita que aquella señora hubiera confesado la fe católica cuando contrajo matrimonio civil con Nissim Amón Elie el 10 de diciembre de 1951 ante el Juez 6º Civil Municipal de Barranquilla (C. Nº 1, fl. 2), en todo caso sí demuestra que hubo un doble matrimonio que puede configurar el delito de que trata el artículo 358 del Código Penal. En estas condiciones, la Corte debe dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 11 del Código de Procedimiento Penal y ordenar la expedición de copias de tales partidas y de esta providencia, para que remitidas al Juez del Circuito en lo Penal de Bogotá, lugar donde se celebró el segundo matrimonio de la demandante, para los fines expresados en dicho artículo.

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, RESUELVE:

1º NO CASAR la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, en este juicio de separación de bienes de Rosa Fuenmayor Ovadía contra Nissin Amón Elie, el 15 de enero de 1968;

2º CONDENAR en las costas del recurso a la parte que lo interpuso; y

3º ORDENAR que por la Secretaría de la Corte se expidan copias de lo conducente y se envíen al reparto de los Jueces Penales del Circuito de Bogotá, para los efectos indicados en el artículo 11 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto a los dos matrimonios que según las partidas que obran en el juicio, fueron contraidos por la demandante Rosa Fuenmayor Ovadía.

(Esta sentencia fue discutida y aprobada por la Sala como consta en el Acta Nro. 31 de 14 de los corrientes).

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

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

Heriberto Caycedo M., Secretario.

SIMULACION

La compra hecha por el procurador para sus representados sin provisión de fondos de estos, no constituye simulación, ni donación, sino acreencia del primero contra los últimos en virtud de estipulación para otro.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, veintinueve de abril de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Doctor Guillermo Ospina Fernández).

(Aprobado por Acta número 33 de fecha 19 de los corrientes).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín el 1º de julio de 1966 en el juicio ordinario de Inés Castrillón de Vélez frente a Octavio Londoño Isaza y otros.

El litigio

Ante el Juzgado 5º Civil del Circuito de Medellín, Inés Castrillón Hernández de Vélez, obrando en pro de los herederos de Samuel Castrillón, calidad que la actora también invoca en su condición de hija legítima de éste, citó a juicio a Octavio Londoño Isaza, Margarita Obregón de Londoño, Hugo de Jesús y Dora Beatriz Castrillón Aldana, representados estos dos últimos por su madre legítima Dora Aldana de Castrillón, para que, por los trámites de la vía ordinaria, se tomasen las siguientes determinaciones:

"Primero. Que en el contrato de que tratan el Hecho 1º de la expresada demanda y la escritura pública número 156 de 12 de enero de 1957 otorgada en la Notaría Tercera de Medellín, el doctor Samuel Castrillón compró para sí y no para sus incapaces hijos Hugo de Jesús y Dora Beatriz Castrillón Aldana el siguiente inmueble: 'un lote de terreno con el edificio que en él hay construído, consistente en dos casas de primer piso y una de segundo piso, y otra de segundo y tercero, con sus instalaciones de luz y agua y sus contadores propios, demás mejoras y anexidades y dependencias, situado en la ciudad de Medellín, en la calle treinta y nueve C (39-C) crucero con la carrera 40, que linda' (aquí los linderos).

"Segundo. Que como consecuencia de la declaración que precede, el bien antes descrito pertenece al doctor Samuel Castrillón, o a la sucesión de éste.

"Tercero. Que los menores Hugo de Jesús y Dora Beatriz Castrillón Aldana están obligados a restituir a los sucesores del doctor Samuel Castrillón, dentro del término de tres días, el inmueble descrito antes, con los frutos naturales y civiles percibidos o podidos percibir con mediana inteligencia y actividad si el bien hubiera estado en manos de los sucesores del doctor Samuel Castrillón".

Subsidiariamente se pide:

"I. Que es nulo el acto de donación no declarada que contiene la escritura pública número 156 de 12 de enero de 1957 corrida en la Notaría Tercera de Medellín, en virtud de la cual el doctor Samuel Castrillón adquirió el inmueble para sus hijos menores, Hugo de Jesús y Dora Beatriz Castrillón Aldana, en todo cuanto el valor del expresado inmueble excede de dos mil

pesos, por no haber sido insinuada legalmente.

"II. Que los supuestos adquirentes, niños Hugo de Jesús y Beatriz Castrillón Aldana, son dueños solamente de un derecho en el inmueble descrito en el instrumento expresado, por valor de dos mil pesos ($ 2.000.00) en relación con el valor actual de él.

"III. Que los expresados donatarios Hugo de Jesús y Dora Beatriz Castrillón Aldana están obligados a restituir a la sucesión del doctor Samuel Castrillón, dentro del término de tres días, el inmueble antes indicado, con sus frutos naturales y civiles percibidos o 'podidos percibir con medianas inteligencia y actividad si el mismo hubiera estado en poder de tales sucesoras".

Los hechos fundamentales de la causa petendi se pueden sintetizar así: a) que, por escritura pública 156 otorgada en la Notaría 3ª de Medellín el 12 de enero de 1957, Octavio Londoño Isaza y Margarita Obregón de Londoño dijeron vender a los "alieni" Hugo de Jesús y Dora Beatriz Castrillón, representados por su padre Samuel Castrillón, el inmueble a que se refiere el primer pedimento principal de la demanda; b) que el precio de la referida compraventa por valor de $ 35.000.00 fue pagado por Samuel Castrillón de su propio peculio; c) que, por lo tanto, dicho precio no fue pagado por los menores adquirentes, pues la intención de su padre Samuel Castrillón era la de desheredar a los hijos que tuvo en su primer matrimonio con la señora Felipa Hernández, para lo cual dispuso de todos sus bienes y con el producto de los mismos adquirió otros que hizo figurar a nombre de los hijos habidos en su segundo matrimonio con Dora Aldana; d) que los anteriores asertos están confirmados por otros actos adquisitivos realizados por Castrillón, en los cuales aparecen como adquirentes sus aludidos hijos del segundo matrimonio, tales los contenidos en las escrituras 3078 otorgada en la Notaría 4ª de Medellín el 11 de abril de 1953, 2220 de la Notaría 6ª de la misma ciudad y de fecha 20 de mayo de 1958; 94 de la Notaría 3ª de Medellín, de fecha 9 de enero de 1959, 626 del 12 de octubre de 1953 y de la Notaría de Girardota, y 631 del 15 de los mismos mes y año, otorgada en la misma Notaría.

De los demandados solamente contestaron el libelo Hugo de Jesús y Dora Beatriz Aldana, quienes se opusieron a las súplicas de este y negaron sus hechos fundamentales.

El Juez Undécimo Civil Municipal de Medellín quien sucedió en el conocimiento al Quinto Civil del mismo Circuito, puso fin a la primera instancia del juicio mediante sentencia, en la cual se denegaron las peticiones principales y se declaró probada la excepción de petición de modo indebido respecto de las subsidiarias. Apelado este proveído por la parte actora, surtiose el segundo grado que culminó con el fallo pronunciado por el Tribunal Superior del Distrito judicial de Medellín, confirmatorio de aquel en todas sus partes.

La motivación del fallo del Tribunal

Extractando y sintetizando en lo pertinente las consideraciones del fallo de la segunda instancia se tiene:

Precisa el sentenciador que las súplicas principales de la demanda se enderezan a obtener la declaración de que el inmueble materia del contrato de compraventa celebrado mediante la escritura 156 otorgada en la Notaría 3ª del Circuito de Medellín el 12 de enero de 1957 fue adquirido para sí por Samuel Castrillón y que, por ende, dicho bien pertenece a la sucesión de éste.

"Los hechos que dieron margen a la petición primera dejan traslucir o entrever que el doctor Samuel Castrillón, al pagar el precio estipulado en el contrato de compraventa celebrado con Octavio Londoño Isaza y Margarita Obregón de Londoño, lo hizo con dinero de su propio peculio y no con fondos de sus dos menores hijos Hugo de Jesús y Dora Beatriz Castrillón Aldana, lo que indica que compró para sí y no para los "alieni", cercenando con ello a los otros herederos. Esto ha llevado al actor a sostener, con mayor vehemencia en sus alegatos que es un acto simulado..."

Adoptando la definición del tratadista Héctor Cámara, conforme a la cual "el acto simulado consiste en el acuerdo de las partes de dar una declaración de voluntad a designio diferente de sus pensamientos íntimos, con el fin de engañar innocuamente, o en perjuicio de la ley o de terceros", comenta el fallo: "Este concepto equivale a decir que en todo acto simulado se pretende, mediante acuerdo de las partes, engañar, unas veces en perjuicio de terceros y a éstos, con voluntad declarada o expresa, en la cual existe una disconformidad con la voluntad intencional y oculta de las partes contratantes. En síntesis, el acto simulado lo caracteriza una divergencia intencional entre la declaración y el querer, mediante acuerdo entre contratantes. Esto es, no hay simulación unilateral".

También con cita del tratadista Francisco Ferrara, agrega el fallo: "Aún se acentúa esta distinción contraponiendo la reserva mental a la simulación unilateral y diciendo que, mientras en la primera el engaño se lleva a efecto porque el declarante guarda en su interior parte de su voluntad, en la segunda el declarante provoca directamente un error en el que recibe la declaración o utiliza la equivocación en que el último cayera espontáneamente. Así, pues, la simulación unilateral no es simulación sino dolo".

"Ahora, confrontando las premisas sentadas con los elementos de hecho y la petición primera de la demanda, se observa fácilmente que el demandante en manera alguna se refiere al disfraz o maniobra en el acto de compraventa celebrado entre los menores Hugo de Jesús y Dora Beatriz Castrillón Aldana, asistidos por su padre, y los señores Octavio Londoño Isaza y Margarita Obregón de Londoño, pues sólo se preocupa de cimentar en hechos alegatos y peticiones un acto unilateral o querer del doctor Castrillón de desheredar o lesionar las legítimas de sus otros herederos, esto es, una especie de reserva mental. Por ello no trae ningún elemento de juicio del cual se infiera que los vendedores Londoño y Obregón de Londoño concurrieron y auxiliaron un acto simulado de querer comprar el doctor Castrillón para sí y no para sus hijos".

En lo tocante con las peticiones subsidiarias de la demanda, advierte el Tribunal que estas se encaminan a que, teniéndose por simulada la compraventa en cuestión, se declare que la escritura contentiva de esta en realidad consigne una donación nula en cuanto sobrepase la suma de $ 2.000.00 y, consecuencialmente, que los demandados Hugo de Jesús y Dora Beatriz Castrillón, solamente son dueños del inmueble a que aquella escritura se refiere hasta concurrencia de la mencionada suma de $ 2.000.00. Al respecto considera el sentenciador: "Los elementos de juicio existentes en el proceso indican que el doctor Samuel Castrillón, en ejercicio de la patria potestad que entonces tenía sobre sus menores hijos Hugo de Jesús y Dora Beatriz Castrillón Aldana, aceptó para éstos el contrato de compraventa consignado en escritura 156 de 12 de enero de 1957, de la Notaría 3ª del Circuito de Medellín, y en la que figuran como compradores los menores dichos y como vendedores los señores Octavio Londoño Isaza y Margarita Obregón. No ofrece el juicio ningún medio de prueba del cual se pueda colegir que el negocio jurídico antes enunciado es contentivo de una donación y no de una compraventa, pues están perfectamente determinadas las partes y la onerosidad del contrato. Y, aunque puede existir la figura de la donación indirecta o con interposición de persona, para dar margen a una simulación relativa, no se debe echar de menos que, como ya se expresó, se precisa acreditar el acuerdo de voluntades tanto para crear el acto aparente o público como el acto secreto. Y con relación a este último, nada existe en el juicio; no aparece la 'causa simulandi'."

Y remata: "Ahora, como el fallador de primera instancia resolvió calificar la petición subsidiaria de indebida o mal formulada, esta situación releva a la Sala de hacer más consideraciones sobre el particular, ya que no le es dado cambiar la resolución del a-quo a efecto de decidir de fondo sobre lo pedido en la subsidiaria y sus

consecuenciales, como consecuencia de que no se puede empeorar la situación del único apelante (art. 494 del C. J.), lo que conlleva a confirmar la decisión de primer grado, en este particular".

La impugnación

Interpuesto el recurso extraordinario por la parte actora, fúndase en demanda que contiene dos cargos en el ámbito de la causal primera de casación, los que se despachan en su orden.

Primer cargo

"Al dictar el fallo que se acusa el Tribunal Superior de Medellín infringió, indirectamente como violación medio, por interpretación indebida de los artículos 1618, 1759, del C. C., por falta de aplicación del artículo 1768 del C. C., 661, 662, 664, 665, y 666 del C. J., lo cual indujo al Tribunal a dejar de aplicar debidamente, y, por consiguiente violarlos, los artículos 740, 743, 745, 747, 1226, 1239, 1240, 1321, 1443, 1458, 1482, 1494, 1501, 1502, 1510, 1519, 1523, 1524, 1740, 1741, y 1748 del Código Civil, el artículo 2º de la Ley 50 de 1936 y los artículos 18 y 23 de la Ley 45 de 1936. La infracción de la ley sustantiva se produjo a consecuencia del evidente error de hecho en que incurrió el fallador de segunda instancia al dejar de apreciar algunas pruebas y de apreciar indebidamente otras que constan en el expediente".

En orden a demostrar tan complejo cargo, comienza el censor por afirmar que "el fallo acusado considera que basta la forma externa, solemne, del contrato de compraventa de bienes raíces, para concluir que en tal documento se contiene la verdad del contrato, la intención real de las partes o de una de ellas".

Elegida para la impugnación la vía indirecta de la causal primera de casación en la especie de la misma que tiene como punto de partida el error manifiesto de hecho en la apreciación probatoria, señala la censura como medios no tenidos en cuenta por el sentenciador los siguientes: a) el libelo de demanda, respecto del cual dicho sentenciador contraevidentemente afirma que "el demandante en manera alguna se refiere a frustrar o maniobrar en el acto de compraventa celebrado"; b) la partida del segundo matrimonio celebrado por Samuel Castrillón con Dora Aldana, en combinación con la copia del auto por el cual fueron reconocidos como herederos del nombrado Castrillón los menores Hugo de Jesús y Dora Beatriz Castrillón Aldana; c) los testimonios de Fernanda Vélez de Vásquez, Samuel Ruiz Piedrahita y Juvenal Guerra Estrada, de los cuales resultaría establecido que Dora Aldana y sus padres contaban con escasos recursos económicos; que Samuel Castrillón era abogado con muy buena clientela; que la Aldana no aportó bienes de ninguna clase, y que los nombrados menores no habían recibido donaciones en cuantía suficiente ni tenían profesión lucrativa que les permitiera adquirir bienes raíces, o sea que los que adquirieron por conducto de su padre fueron comprados por éste con dineros propios; d) las escrituras 156 del 12 de enero de 1957 y 94 del 9 de enero de 1959, otorgadas en la Notaría 3ª de Medellín; 2229 del 20 de mayo de 1958 de la Notaría 6ª de Medellín; 900 del 6 de mayo de 1960 de la Notaría 5ª de Medellín; 626 del 12 de octubre de 1953 y 631 del 15 de octubre de 1953 de la Notaría de Girardota; y e) el testamento de Samuel Castrillón, "de cuyo texto se desprende la intención real del testador, doctor Samuel Castrillón, de dejar a los hijos de su primer matrimonio, sin bienes de ninguna naturaleza. En este testamento declara el doctor Castrillón que gastó todos los bienes que le correspondieron en la sucesión de su primera esposa, y manifiesta su ánimo de desheredar a los hijos de su primer matrimonio".

"Todas estas pruebas, —comenta la censura— testamento, escrituras públicas, declaraciones de testigos forman una cadena de pruebas que en su conjunto, y válidas, por sí mismas, constituyen plena demostración de que la escritura número 156 del 12 de enero de 1957 de la Notaría 3ª de Medellín, objeto del juicio contiene un contrato simulado", sin que pueda sostenerse pa-

ra configurar la simulación en este caso que los vendedores Londoño Isaza y Obregón de Londoño debían estar de acuerdo con Samuel Castrillón para disfrazar con la compraventa una donación. Los vendedores transfirieron el dominio y recibieron el precio. La simulación se encuentra en la manifestación del doctor Castrillón de adquirir para sus hijos menores y en el hecho de pagar el precio del inmueble... En dicha escritura la intención real de una de las partes es la de transferir el dominio, lo cual se hace aparentemente en favor de los menores, pero realmente dicho inmueble entró a formar parte del patrimonio del doctor Castrillón, hoy de la sucesión del mismo, en reemplazo o sustitución del dinero que este entregó como precio".

Finaliza el cargo, invocando en apoyo de sus preindicadas apreciaciones la coincidencia de las mismas con las que trae el fallo proferido por la Corte el 29 de septiembre de 1967, en juicio igual al presente, surtido entre hijos de los dos matrimonios de Samuel Castrillón, apreciaciones que entonces llevaron a la Corte, a vuelta de casar el fallo acusado, a dictar pronunciamiento estimatorio de súplicas análogas a las invocadas en el libelo que dio lugar al presente proceso.

Considera la Corte

I. Queda descartada, en primer término, la censura de quebranto por errónea interpretación de los artículos 1618 y 1759 del C. Civil, expresamente formulada por la vía indirecta. Impónese al respecto repetir una vez más que el yerro hermenéutico de que se trata ha de consistir en que el sentenciador, frente a la ley que pretende aplicar y solamente a ella, se forme un concepto equivocado del sentido o el alcance de la misma. La cuestión fáctica litigiosa y los elementos probatorios de esta no juegan papel alguno en el referido proceso dialéctico y, por ende, no se compadece con la preceptiva técnica el empleo de la vía indirecta para proponer acusación por el concepto indicado.

II. Infiérese de la exposición del cargo que el yerro de hecho que se le imputa al Tribunal estriba en que éste no tuvo como indicios demostrativos de la simulación del contrato sub judice: el parentesco entre Samuel Castrillón y sus menores hijos Hugo de Jesús y Dora Beatriz Castrillón Aldana a quienes aquel dijo representar allí, parentesco que estaría establecido por el acta de matrimonio del nombrado Castrillón con Dora Aldana y por el reconocimiento judicial de dichos menores como herederos de Castrillón; el hecho de que dan cuenta las varias escrituras traídas a los autos de que Samuel Castrillón compareció en el otorgamiento de ellas en representación de los hijos que él tuvo en su segundo matrimonio, adquiriendo bienes para éstos y pagando los precios respectivos: los hechos atestiguados por Fernanda Vélez de Vásquez, Samuel Ruiz Piedrahita y Juvenal Guerra Estrada, a cuyo decir la Aldana no aportó bienes a su matrimonio con Castrillón, pues ni ella ni sus padres contaban con recursos económicos, a lo que agregan que los hijos de este matrimonio no tenían profesión lucrativa de la que pudiesen derivar fondos para las adquisiciones en cuestión, de donde infiere el recurso que tales fondos fueron suministrados por Castrillón de su propio peculio; y, en fin, el propósito declarado por Castrillón en su testamento de no dejar bienes al tiempo de su muerte, de donde habría de inferirse el ánimo que éste abrigaba de no dejarles herencia alguna a los hijos de su primer matrimonio, de quienes se mostraba quejoso.

III. Así planteada la censura por error de hecho en la apreciación de las pruebas mencionadas, cabe recordar la inveterada y bien conocida jurisprudencia de la Corte en punto de la apreciación indiciaria y de su trascendencia en el recurso de casación. "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 un 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 solo 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" (T-XVIII, pág. 168).

"Concretando el problema a estas dos cuestiones: si es posible y en que supuesto incurrir en error palmario en las deducciones o indicios, y, esta otra, hasta donde llega el poder del Tribunal en la apreciación de los indicios y cuál es la función de la Corte ante la valoración dada por el sentenciador de mérito —ratifica la Corte su anterior doctrina— 'por regla general dice el artículo 665 del C. J., 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 las 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...' '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 constituye 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 un ataque de pruebas, otra inferencia distinta, otra interpretación de hecho. Los cargos contra la prueba indiciaria son conducentes y eficaces solamente si se enderezan contra la existencia misma del hecho en que genera el indicio, o su descalificación, por ejemplo, por falta de conexión lógica con el hecho que se trata de demostrar...' (CVIII, pág. 190 y ss.).

IV. Dentro de la preceptiva así reseñada por la Corte, mal puede decirse que el Tribunal sentenciador en este juicio hubiera ignorado las pruebas que señala el recurso, puesto que a ellas se refieren expresamente, o que hubiera adulterado su contenido objetivo, haciéndoles decir lo que ellas callan o desconociendo los hechos de que dan cuenta. Lo que en realidad ocurrió fue que dicho sentenciador, en presencia de tales hechos, no consideró que ellos constituyesen indicios de un concierto entre los vendedores Londoño-Obregón y Samuel Castrillón, representante legal de los menores Castrillón Aldana, ni para simular una compraventa ni para ocultar una donación de dicho representante a sus representados. En tales circunstancias, resulta inepta la censura que pretende que la Corte sustituya el criterio del Tribunal, entrando a calificar la apreciación que éste hizo de los referidos hechos para llegar a una conclusión distinta de la que en manera alguna aparece como contraevidente.

V. De otro lado, como el censor invoca en pro de sus pretensiones el fallo dictado por la Corte el 29 de septiembre de 1967 en el juicio de Inés Castrillón Hernández contra Samuel Darío Castrillón Aldana y otros, se observa que en tal oportunidad la Corte casó la sentencia de segunda instancia confirmatoria de la de primer grado, por la cual el Juez del conocimiento se inhibió de fallar en el fondo por motivos tocante con la constitución de la parte actora, pronunciamiento este que se declaró desacertado por las razones que a dicho respecto expuso entonces la Corte. Así, a falta de fallo de mérito, circunstancia que no se ofrece en este juicio en que el Tribunal sí desestimó las súplicas del libelo, no se presenta con-

tradicción entre el fallo aludido dictado por la Corte como Juzgador de instancia, lo que le permitía y podía apreciar los respectivos indicios, y el despacho que aquí se le da al cargo examinado, porque según ya se expresó, éste se postula por la vía indirecta del error de hecho en la apreciación de la prueba indiciaria, en forma tal que no da pie para que la Corte pueda modificar la convicción del sentenciador, ni su doctrina inveterada en este punto.

VI. Por vía de doctrina y para evitar que en el futuro se incurra nuevamente en ella, conviene declarar la confusión en que ha caído la parte actora en este juicio entre el fenómeno simulatorio de los contratos de un lado, y figuras jurídicas distintas y sometidas a régimen legal igualmente diverso como lo son la representación, el pago y la remisión de obligaciones de otro lado.

VII. Como acertadamente lo declara el Tribunal sentenciador, la simulación en un contrato solamente puede ofrecerse cuando quienes participan en él se conciertan para crear una declaración aparente que oculte ante terceros su verdadera intención que puede consistir, en descartar inter partes todo efecto negocial (simulación absoluta), o en que se produzcan otros efectos distintos, en todo o en parte, de los que surgen de la declaración aparente (simulación relativa). Cuando uno solo de los agentes, mediante el contrato persigue una finalidad u objeto jurídico que le oculta al otro contratante, ya no se da el fenómeno simulatorio, porque esta reserva mental (propósitum in mente retento) no convierte en irreal el contrato celebrado, en forma tal que este pueda ser declarado ineficaz o dotado de efectos distintos de los que corresponden al contrato celebrado de buena fe por la otra parte; ésta se ha atenido a la declaración que se le ha hecho; carece de medios para indagar si ella responde o no a la intención interna de su autor, y esa buena fe merece protección. Así, el caso sub lite ofrece ejemplo de lo dicho; los vendedores Londoño, mediante la escritura impugnada, manifestaron su real intención de venderles un inmueble a los menores Castrillón, circunstancia esta contra la cual no existe prueba en contrario, y si el representante legal de dichos menores aceptó pura y simplemente la compraventa para ellos, este contrato generó la plenitud de sus efectos propios respecto de los vendedores y de los compradores representados en el otorgamiento de la escritura respectiva. Ahora, si el representante de los menores pagó el precio con dinero propio y con la reserva mental de donárselo a dichos menores, tal propósito en manera alguna podía afectar la realidad de la compraventa, ya que la ejecución del mismo suponía un acto distinto, el de la donación entre padre e hijos, en el que ya nada tenían que ver los vendedores Londoño.

VIII. La confusión de que se viene haciendo mérito consiste en suponer que cuando un representante legal o convencional compra un bien para su representado y paga el precio con dineros propios, la compra ha de entenderse realizada para sí y que el contrato encubre una donación de la cosa comprada o de su precio al representado.

Importa, pues, hacer un análisis de esta situación a la luz de las normas legales pertinentes así: a) a términos del artículo 1505 del Código Civil "lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado él mismo". De suerte que si el padre de familia, representante legal y nato de sus hijos no emancipados, celebra en nombre de éstos un contrato de compraventa de inmueble, en que los mismos aparecen como compradores, el derecho crediticio correlativo a la obligación de dar que contrae el vendedor se radica directamente en cabeza de dichos menores, no del padre, y se satisface, como en el caso de autos, mediante la tradición registral del dominio que así se transfiere directamente a aquellos. Equivocado es, entonces, decir que el padre compró para sí y que, simultáneamente, les hace a sus hijos una donación del bien comprado, pues en virtud de la representación legal aquel en ningún momento recibe los efectos del contrato, ni de la tradición de la cosa ven-

dida: ni se hace acreedor del vendedor, ni la tradición que éste realiza lo convierte en propietario del bien negociado.

b) De otro lado, el contrato de compraventa genera a cargo del comprador la obligación de pagar el precio, la que se soluciona mediante otra convención que es distinta de dicho contrato, aunque se incluya en el mismo instrumento contentivo de este. Conforme al artículo 1630 ibídem "puede pagar por el deudor cualquiera persona a nombre de él, aún sin su consentimiento o contra su voluntad, y aún a pesar del acreedor". Luego, si cualquier tercero que no tenga interés alguno en la solución de la deuda puede pagar por el deudor, con mayor razón puede y debe hacerlo el padre de familia, evento en el cual, también por virtud de la representación, dicho pago se entiende hecho directamente por el hijo.

A este respecto puede ocurrir que el representante verifique el pago con dineros de su representado, si tiene provisión de fondos para el efecto, o, de no tenerla, que pague con dineros propios. En esta última hipótesis trátase de una expensa que hace el representante por cuenta de su representado y que genera en favor de aquel un derecho crediticio de reembolso (arts. 499, 1631, 2171, 2184, 2º y 4º, etc.). Es, pues, manifiestamente equivocado también desconocer este efecto legal del pago y suponer, en su lugar, que el representante que paga el precio adquiere para sí la cosa vendida y no para el representado, porque, se repite, una cosa es el contrato de compraventa, título de la transferencia de lo vendido al comprador, y otra distinta es la convención del pago del precio, cuyo efecto principal es el de solucionar la obligación del comprador, con el objeto secundario de que éste contraiga la de reembolsarle al representante los dineros propios que éste haya invertido en el pago.

c) En fin, tampoco se pueden confundir las precitadas figuras, compra de un bien por intermedio de representante y pago del precio por éste con dineros propios con una donación de dicho precio, lo que solo podría resultar de un tercer acto distinto de aquellos, cual sería la remisión que le hiciera el representante al representado de la obligación de reembolso de lo así pagado, acto este que no se presume, sino que debe ser plenamente demostrado (arts. 1450, 1711 y 1712).

Conclúyese de lo dicho que si los herederos de Samuel Castrillón aquí demandantes, hubieran sufrido lesión en sus derechos hereditarios a consecuencia de las actuaciones de su causante como representante de sus hijos Castrillón Aldana, tal desmedro solamente podría provenir de que éste les hubiese remitido a los mismos su derecho de reembolso del precio pagado por el mismo sin provisión de fondos, vale decir, con dineros propios, acto este que sería el impugnable, no así el contrato de compraventa celebrado con los cónyuges Londoño, ni la convención de pago del precio de tal contrato. En suma: en el presente juicio la parte demandante equivocó la pretensión.

Segundo cargo

Dícense violados el artículo 494 del Código Judicial por interpretación errónea y los artículos 1458, 1482, 1740, 1741, 1748, 1502, 1510, 1519, 1523, 1524, 1226, 1239, 1240, 1321, 1322 y 1443 del Código Civil, el 2º de la Ley 50 de 1936 y los 18 y 23 de la Ley 45 de 1936, por falta de aplicación.

Transcribe la censura el paso del fallo acusado en el cual el sentenciador expresa que, por cuanto el Juez del conocimiento se abstuvo de dictar fallo de mérito respecto de las súplicas subsidiarias de la demanda y el único apelante lo fue la parte actora, es el caso de confirmar dicho pronunciamiento para no incurrir en reformatio in pejus prohibida por el artículo 494 del C. Judicial.

Al respecto observa el censor que el referido recurso de apelación interpuesto por los actores contra la sentencia de primer grado comprendía esta en su totalidad por haber sido desfavorable también en todas sus partes a dichos actores, ya que en ella se desestimaron todas sus pretensiones, tanto las principales como las subsidiarias.

Por lo tanto, el Tribunal habría interpretado erróneamente el artículo 494 del C. Judicial, "lo que le impidió estudiar las peticiones subsidiarias no obstante que en su fallo había transcrito doctrinas y aducido argumentos que lo llevaban a declarar la nulidad de la donación, bien del inmueble o del dinero dado como precio por el doctor Samuel Castrillón.

A consecuencia del yerro hermenéutico así denunciado, el Tribunal habría violado, sin que el recurso diga cómo ni por qué, toda esa otra extensa serie de disposiciones que cita.

Se considera

I. Si el Tribunal sentenciador expresó, con fundamento en el artículo 494 del C. Judicial, que el superior que conoce del recurso de apelación de una sentencia no puede reformar ésta sino en aquellos puntos en que hubiere sido desfavorable al apelante, mal puede decirse que adulteró el sentido o el alcance de dicho texto legal que reza así: "La apelación se entiende interpuesta solo en lo desfavorable al apelante, y, por tanto, el superior no puede enmendar la providencia en la parte que no es objeto del recurso, salvo que, a virtud de la reposición, sea preciso hacer modificaciones a esta parte sobre puntos íntimamente relacionados con la otra". De suerte que el cargo, así propuesto por la vía directa y por el concepto de la interpretación errónea del citado artículo 494 es infundado.

II. Ahora, si lo que el recurrente pretende, según aparece en la exposición de la censura, es que el Tribunal no ha debido aplicar el citado precepto en el caso de autos, dicha censura debía formularse, no por interpretación errónea, sino por aplicación indebida. Así no se hizo y la Corte como es sabido, no puede entrar a averiguar si se ha incurrido en un quebranto legal por concepto no propuesto en el recurso.

III. En fin, según se observó al relacionar el cargo en examen, en este tampoco se explica en qué consistió la violación de las numerosas disposiciones del Código Civil y de otras leyes que el censor dice que dejaron de aplicarse, debiendo serlo. Como la Corte, dada la índole dispositiva y restrictiva del recurso extraordinario, tampoco puede proceder de oficio a indagar las razones por las cuales se hubiera producido el quebranto de todas o de algunas de tales disposiciones, ha de concluirse que, por el aspecto indicado, tampoco hay cargo en forma que pueda prosperar.

La censura es inane.

Resolución

En mérito de las razones anteriormente expuestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha 1º de julio de 1966 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio ordinario de Inés Castrillón de Vélez frente a Octavio Londoño Isaza y otros.

Sin costas por la rectificación doctrinaria que se hace.

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

Ernesto Cediel Angel, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Guillermo Ospina Fernández, Alfonso Peláez Ocampo, Hernando Morales M., Conjuez.

Heriberto Caycedo M., Secretario.

FILIACION NATURAL

Petición de herencia. — No se requiere que el demandado ocupe materialmente especies del acervo hereditario.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, tres de mayo de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Doctor Ernesto Cediel Angel).

(Aprobación: Acta número 37 de 27 de abril de 1971).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 22 de abril de 1969, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona en el proceso ordinario de Pascuala Villamizar Portilla contra José Angel Villamizar y otra.

El litigio

Ante el Juez Civil del Circuito de Pamplona, la citada Pascuala Villamizar Portilla demandó a José Angel Villamizar y María del Carmen Villamizar v. de Arias, "interesados en el juicio de sucesión intestada de Luis Eduardo Villamizar Villamizar, en su carácter de hermanos legítimos del causante", a efecto de que se declarase que la demandante es hija natural de éste, y que como heredera suya tiene derecho a intervenir en la respectiva causa mortuoria si a la fecha de la sentencia no hubiere terminado; y se condenase a los demandados a entregar a la actora la totalidad de los bienes dejados por el causante, junto con los frutos producidos a partir de su fallecimiento, y a pagar las costas del juicio.

Como fundamento de su pretensión afirma la demandante, en síntesis, que entre Teresa Portilla y Luis Eduardo Villamizar existieron, de manera notoria, relaciones sexuales estables, y que como fruto de ellas nació Pacuala el 10 de junio de 1947; que existen escritos de Luis Eduardo que contienen una confesión inequívoca de que es el padre de aquella; que durante más de 10 años Luis Eduardo trató a Pascuala como hija, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento; que el vecindario del domicilio en general la reputó como hija suya en virtud de ese tratamiento; y que en el juicio de sucesión de Luis Eduardo se reconoció a los demandados como herederos en su carácter de hermanos legítimos del causante.

Adelantado el trámite de la primera instancia con oposición de los demandados, el Juzgado desató la litis en sentencia de 17 de diciembre de 1968, mediante la cual acogió las súplicas de la demanda. Recurrido en apelación dicho fallo por la parte demandada, el Tribunal lo revocó en sentencia de 22 de abril de 1969, y en su lugar absolvió a los demandados de los cargos que les fueron formulados, con costas a cargo de la demandante. Tal es la sentencia materia del recurso de casación a que se hizo referencia y que hoy se decide.

Motivación de la sentencia impugnada

Nota el Tribunal que de las cinco causales que consagra el artículo 4º de la ley 45 de 1936 para obtener la declaración de filiación natural, la demandante invocó las tres últimas, y sobre esa base procede a examinarlas.

Al estudiar la tercera observa el sentenciador que para acreditar la existencia de carta u otro escrito cualquiera del pretendido padre que contenga una confesión inequívoca de paternidad, "se trajeron a los autos dos escritos visibles a los folios 12 y 13 frente del cuaderno principal, fechados en mayo 18 de 1957 y julio 5 de 1959 en el Avenal, elaborados según se sostiene en el libelo de demanda por Luis Eduardo Villamizar presunto padre natural de Pascuala Villamizar Portilla"; que como los demandados negaron la autenticidad de esos documentos se procedió, con intervención de peritos, al cotejo de firmas; y que para el Tribunal "los conceptos emitidos por los peritos mencionados que coinciden en aspectos fundamentales en la experticia sometida a su estudio, constituyen un indicio grave de que quien estampó las firmas que aparecen en los escritos cuestionados no es la misma persona que firmó las escrituras" con las cuales se llevó a cabo el cotejo. De donde concluye que "la presunta confesión de paternidad consignada en los escritos analizados, no puede aceptarse como instrumento de prueba para demostrar la filiación propuesta, debiendo por tanto descartarse en su integridad".

Se ocupa en seguida el Tribunal de la causal cuarta, y luego de transcribir el precepto respectivo expresa:

"De conformidad con la causal transcrita, se exige la demostración plena de los siguientes hechos para obtener una declaración judicial de paternidad:

a) De las relaciones sexuales entre la madre y el presunto padre natural con los caracteres de estabilidad y notoriedad que la ley señala como requisitos esenciales, y

b) De que el hijo nació después de ciento ochenta días contados desde que tales relaciones empezaron, o de los trescientos siguientes a aquel en que cesaron.

"Ha sido uniforme la doctrina en expresar que la relaciones sexuales consagradas en el numeral 4º del art. 4º de la ley 45 de 1936, deben revestir la calidad de permanentes y constantes durante todo el tiempo probable de la concepción y ser notorias, esto es, que sean conocidas en el ambiente social donde se desenvuelven los amantes, con el propósito de que todas las personas que obran en ese medio social puedan percatarse directamente, fácilmente, de la existencia estable, notoria y pública de esas relaciones.

"No se exige por tanto que las relaciones sexuales tomen las características de concubinato público, sino que tan sólo se requieren las calidades de estabilidad y notoriedad que el legislador colombiano ha considerado como fundamento necesario para la investigación de la filiación natural, sin que pudiera quedar limitada esa investigación a los casos de amancebamiento o concubinato.

"Ha sido constante también el criterio de la Corte, en el sentido de que en la apreciación de las pruebas para acreditar una filiación natural debe primar un criterio riguroso y severo, dada la gravedad y la trascendencia que el hecho entraña.

"Por manera —agrega— que lo importante en relación con esta causal es demostrar, en primer lugar, la existencia de las relaciones sexuales notorias entre determinado hombre y determinada mujer, y en segundo término que dichas relaciones existieron durante el tiempo que según el art. 92 del C. C., se presume la concepción.

Examina el sentenciador los testimonios de Gonzalo Rico, Plinio Villamizar, Ramiro Villamizar, Cristina Vera de Rico, Miguel Villamizar, José del Carmen Rincón y José Anatolio Rincón, y luego de transcribir pasos de sus declaraciones y de observar las fallas de que en su concepto adolecen, expresa:

"Como muy bien puede deducirse de las transcripciones hechas algunos testigos hablan de las relaciones sexuales públicas y notorias entre el señor Luis Eduardo Villamizar y Teresa Portilla Portilla, pero ninguno de los deponentes señaló en su declaración que el nacimiento de Pascuala Villa-

mizar Portilla, tuviera lugar dentro de los términos perentoriamente exigidos por la causal 4ª del art. 4º de la ley 45 de 1936, razón por la cual no pueden aceptarse como medios de convicción para probar que Pascuala Villamizar Portilla es hija natural del señor Luis Eduardo Villamizar V."

Procede, por último, el sentenciador al estudio de la causal quinta —posesión notoria del estado de hijo—, y luego de precisar los elementos que la estructura, de advertir que los en que consiste aquella han debido durar diez años por lo menos, y de transcribir lo pertinente de las declaraciones aducidas con el propósito de acreditar la posesión notoria del estado de hija de la demandante respecto de Luis Eduardo Villamizar, dice:

"De la evaluación de esas declaraciones bien puede deducirse que ninguno de los testigos afirmó que ese tratamiento se hubiera prolongado por un espacio de diez años por lo menos, situación ésta que invalida totalmente sus declaraciones al tenor del artículo 398 del C. C., aplicable al caso sub judice por disposición expresa del art. 7º de la ley 45 de 1936, como ya se expresó".

De todo lo cual concluye el ad-quem que "la parte actora no probó ninguna de las causales en que trató de fundar la filiación natural de Pascuala Villamizar Portilla con respecto al señor Luis Eduardo Villamizar V., debiéndose en consecuencia revocar en todas sus partes el fallo apelado".

La demanda de casación

Con fundamento en la causal primera formúlase en ella un solo cargo a la sentencia de segundo grado, en los siguientes términos:

"Acuso el fallo del Tribunal por haber quebrantado la norma sustantiva, así:

"A) Por errónea interpretación del art. 4º, numeral 4º de la ley 45 de 1936, y el artículo 5º de esa misma ley.

"B) Por error de derecho, esto es por violación de la ley proveniente de apreciación errónea de las pruebas testimoniales existentes en el proceso, y que fueron despreciadas en sí mismas, y negado su mérito, con lo cual el Tribunal contrarió lo dispuesto por el art. 697 del C. J., lo cual ocasionó, por ende, falta de aplicación de los arts. 1º, 7º y 8º de la ley 45 de 1936, y los arts. 1321, 1322 y 1323 del C. C. violados directamente".

Al desarrollar la censura que denuncia errónea interpretación del artículo 4º, numeral 4º de la ley 45 de 1936, dice el impugnante que es evidente el yerro interpretativo en que el juzgador incurre con respecto al alcance y a las características de ese medio de demostrar la paternidad natural, pues la expresión "relaciones sexuales estables" se refiere al contacto o vinculación que en ese campo tiene un hombre con cierta mujer, "y comprende múchas formas, por lo cual no es jurídico pretender que se trata de una concepción única, excluyente y delimitada"; que "es con criterio amplio como el juzgador debe afrontar esta investigación, lo que no quita que ella se haga con severa adecuación a las normas probatorias y a su interpretación recta"; que "esto último es lo que no se encuentra en la sentencia impugnada, que parte de premisas ciertas, pero llega a conclusiones erróneas, pues al criticar algunos testimonios que dan fe de la existencia de las mencionadas relaciones sexuales, con detalles dicientes y circunstancias innegables, termina por descartar la existencia de aquellas"; que cuando los testigos emplean expresiones como las de que "vivían juntos", "hacían vida marital", "vivían como marido y mujer", hay que entender que se refieren a la existencia de relaciones sexuales estables y notorias, y que si durante el tiempo en que ellas ocurrieron nació un hijo, hay no solo la probabilidad sino la certeza de que tiene por padre al varón a que aluden los testimonios; que "el Tribunal, por haber entendido que no hubo relaciones sexuales estables, caracterizadas por la notoriedad, entre Luis Eduardo Villamizar Villamizar y Teresa Portilla en el municipio de Silos, hasta la muerte del pri-

mero, y durante muchos años, en el curso de los cuales nació de esa unión Pascuala Villamizar... está interpretando erróneamente la letra y la intención del numeral 4º del art. 4º de la ley 45 de 1936".

Atinente a la interpretación errónea del artículo 5º de la ley 45 precitada que le imputa al Tribunal, y a intento de fundar su censura, expresa el recurrente: "De una serie de elementos, tradicionalmente conocidos como el nomen, el tractus y la fama, todos ellos perpetuados en el tiempo, se infiere de manera incuestionable la paternidad natural que el aludido padre tiene con relación al hijo. En el caso presente, los elementos de la posesión notoria del estado civil de hijo natural se allegaron, y hay demostración, como lo exige la ley, de que Luis Eduardo Villamizar V. trató a Pascuala Villamizar como su hija natural, que veló por todas sus necesidades vitales, a partir del propio hecho natural del nacimiento; que la presentó en tal carácter a sus amigos y deudos, y que en el vecindario de Silos era tenida como tal por la generalidad de las gentes. Y ello surge de prueba testimonial irrefragable, pues algunos testigos traídos por la parte demandada, si bien es cierto que niegan esos hechos, también es verdad que su declaración se limita a esa negación, sin que expresen la razón de sus dichos, las circunstancias que abonan su declaración, al paso que las en que se funda la posesión notoria son responsivas, precisas y concordantes en todos sus detalles. De tal manera que hay que concluir también, como en el caso anterior, que sólo un mal entendimiento de la disposición legal analizada, es decir, del art. 5º de la ley 45 de 1936, puede explicar la decisión del Tribunal en cuanto a la negativa de aceptar como demostrada la posesión notoria de hija natural de Pascuala Villamizar con respecto a su padre natural, Luis Eduardo Villamizar".

En fin, por lo que atañe a la última censura, observa el recurrente que el error de derecho "consistió en apreciación errónea de pruebas testimoniales existentes en el proceso, que fueron despreciadas en sí mismas y negado su mérito probatorio, con lo cual el Tribunal contrarió lo establecido por el Código Judicial en su art. 697, lo cual ocasionó, por ende, falta de aplicación de los arts. 1º, 7º y 8º de la ley 45 de 1936, y de los arts. 1321, 1322 y 1323 del C. Civil, violados directamente.

"En efecto —dice—, el Tribunal se equivocó una vez más al asignar indebido valor probatorio a un haz testimonial que rectamente apreciado, hubiera conducido a resultado diverso; el de dar por demostradas, tanto las relaciones sexuales estables y notorias habidas entre Luis Eduardo Villamizar Villamizar y Teresa Portilla, de las cuales fue fruto el nacimiento de la demandante en este negocio. Los testimonios de Matilde Villamizar, José del Carmen Rico, Cristina Vera, Trino Villamizar, Ramiro Villamizar y Miguel Villamizar, rendidos en las condiciones que exige el art. 697 del C. J. fueron desechados en su valor probatorio por el Tribunal, cuando debió asignarle el que la ley en el mencionado texto legal les tiene asignado. Aludían ellos a los hechos que tuvieron ocasión de percibir con sus sentidos, y depusieron acordes en circunstancias de tiempo, modo y lugar, sobre las relaciones sexuales estables y notorias ya mencionadas, y sobre la aludida posesión notoria del estado de hija natural, con lo cual, por consiguiente, se violaron las disposiciones tantas veces traídas a cuento, de la ley 45 de 1936, y los respectivos artículos del C. C. (1321-1323) del Código Civil referentes al derecho de petición de herencia que por ello mismo fueron dejados de aplicar. No paró mientes el Tribunal en que la disposición antedicha del Código Judicial sobre valor de los testimonios exige que éstos, además de cumplir con los preceptos generales, como son la capacidad y sus requisitos formales, sólo deben cumplir con la exigencia de su concordancia en las dichas circunstancias, y que el juzgador está obligado a concederles el mérito que la tarifa probatoria les ha señalado, que no es otro, en este caso, que el de plena prueba. No habiéndolo hecho así el Tribunal, incurrió en el error de derecho a que se hace referencia".

La Corte considera

1. De las censuras que en el cargo que se deja extractado se formulan a la sentencia de segunda instancia está llamada a prosperar la que denuncia error de derecho en la apreciación de la prueba allegada al proceso con el fin de acreditar la existencia de relaciones sexuales estables y notorias entre Teresa Portilla y Luis Eduardo Villamizar, que el Tribunal desechó, y, en consecuencia, contrae a ella su estudio.

2. Alega el recurrente, como fundamento de su acusación, que el sentenciador negó valor probatorio a los testimonios de Matilde Villamizar, José del Carmen Rico, Cristina Vera, Trino Villamizar, Ramiro Villamizar y Miguel Villamizar, "rendidos en las condiciones que exige el art. 697 del C. J.... cuando debió asignarles el que la ley en el mencionado texto legal les tiene asignado". Acontece, sin embargo, que de los testimonios que cita el censor sólo desestimó el Tribunal los de Ramiro Villamizar, Cristina Vera de Rico y Miguel Villamizar, pues las demás personas a que él alude no declararon en este juicio.

3. Según se dejó visto, el Tribunal admite que "algunos testigos hablan de las relaciones sexuales públicas y notorias entre el señor Luis Eduardo Villamizar y Teresa Portilla Portilla", pero agrega que "no pueden aceptarse como medios de convicción para probar que Pascuala Villamizar Portilla es hija natural del señor Luis Eduardo Villamizar", por cuanto "ninguno de los deponentes señaló en su declaración que el nacimiento de Pascuala... tuviera lugar dentro de los términos perentorios exigidos por la causal 4ª del art. 4º de la ley 45 de 1936".

Es cierto, observa la Corte, que para que pueda hacerse la declaración judicial de paternidad natural con fundamento en la causal cuarta mencionada, ha de aparecer acreditado en el proceso que el nacimiento del hijo ocurrió después de ciento ochenta días, contados desde que empezaron las relaciones sexuales notorias y estables entre el presunto padre y la madre, o dentro de los trescientos siguientes a aquel en que cesaron, tal como lo exige esa disposición. Mas tal exigencia no implica, desde luego, que los testigos tengan necesariamente que declarar sobre la fecha en que nació el presunto hijo natural, pues lo que constituye el objeto de sus testimonios es la existencia de las relaciones sexuales entre el presunto padre y la madre, con sus características de notoriedad, estabilidad y temporalidad, y no la fecha de nacimiento del hijo, la cual se demuestra con la respectiva partida del estado civil, o a falta de ésta con las pruebas supletorias establecidas en la ley. Más aún: para que pueda hacerse la declaración judicial de paternidad natural no es necesario, como tiene dicho la Corte, "que los testigos que depongan sobre el hecho de la existencia de tales relaciones expresen el día exacto y preciso en que ellas principiaron; basta que la época que ellos señalan como el tiempo en que dichas relaciones tuvieron comienzo anteceda al nacimiento del que pretende la declaración de ser hijo natural, un lapso al menos igual al en que, conforme al Código Civil, se presume que hubo de ocurrir la concepción". (LXXVII, 604; LXXXII, 233; LXXXIII, 244; LXXXIX, 498).

4. Ninguna norma de disciplina probatoria exige que para aceptar las declaraciones de testigos como prueba de la existencia de las relaciones sexuales estables y notorias de que trata la causal cuarta precitada, deban los deponentes expresar que el nacimiento del presunto hijo natural tuvo lugar dentro de los términos señalados en esa norma. Violó, por tanto, el Tribunal el artículo 697 del C. J. al exigir, para poder darle valor de plena prueba al dicho de los testigos a que se hizo referencia, requisitos distintos de los señalados en ese precepto, incurriendo así en el error de derecho que el censor le imputa. Por sabido se tiene que el sentenciador incurre en error de esta especie cuando no obstante la correcta apreciación de los medios de prueba en cuanto a su presencia objetiva en el proceso, yerra al ponderar su eficacia probatoria, bien sea porque les atribuye un mérito que la ley no les otorga, o porque les niega el que ella les da tal como ocurrió en el caso que se examina.

5. De haber apreciado el Tribunal las declaraciones de Cristina Vera de Rico, Ramiro Villamizar y Miguel Villamizar, a que se contrae el estudio de la censura, habría hecho la declaración de filiación natural impetrada por la demandante, puesto que con ellas se acredita la existencia de las relaciones sexuales notorias y estables entre Luis Eduardo Villamizar y Teresa Portilla alegadas por aquella como fundamento de su pretensión, y con la partida del estado civil que obra al folio 3 del cuaderno 1º se establece que el nacimiento de la pretendida hija natural ocurrió después de 180 días de comenzadas tales relaciones y mucho antes de que expiraran, como se pasa a ver.

6. La testigo Cristina Vera de Rico rindió su testimonio el 18 de diciembre de 1967, y luego de manifestar que tiene 47 años de edad y que conoció desde pequeñita a Luis Eduardo Villamizar y a Teresa Portilla, depone en lo pertinente: "Sí señor, conozco a Luis Eduardo Villamizar y a la señora Teresa Portilla, los conocí desde pequeñita ahí en la vereda Tutepa de este Municipio. Desde el tiempo que los conozco, mejor dicho, desde hace más de veinte años, conocí a don Luis Eduardo Villamizar y a la señora Teresa Portilla ahí en Pachacual haciendo vida marital, se querían y trataban como marido y mujer los dos de manera pública y estable mantenían relaciones sexuales, y ahí vivieron hasta que se murió Luis Eduardo Villamizar. Digo que los conozco a ellos porque soy nacida ahí en la misma vereda, y ahí también fui criada; y digo que Luis Eduardo y Teresa vivían como marido y mujer porque yo viví en la casa de doña Teresa Portilla, pues ella me tenía de sirvienta, pues yo era muy pobre y me le concerté un par de años, duré trabajándoles como doce años, como desde mil novecientos cuarenta en adelante; doña Teresa vivía meramente con don Luis Eduardo Villamizar y yo les cocinaba a ambos y a los obreros, yo dormía ahí en la misma pieza de la señora Teresa y ahí llegaba casi todas las noches don Luis Eduardo y se quedaba con ella, constantemente dormía ahí en muy rara vez se iba a dormir a la casa de él que queda en El Avenal, pero no tardaba ni dos días en volver a salir; ahí comía casi a diario; a la señora Teresa le iba muy bien con don Luis Eduardo, pues la quería mucho, parecían dos pichoncitos, nunca la trataba mal, se estimaban mucho, a mí me consta porque lo veía todos los días... Sí señor, del fruto de esas relaciones sexuales hubo una hija que se llama Pascuala Villamizar o Pascuala Portilla. Pues digo que hubo esa hija porque cuando la muchacha Pascuala nació yo tenía ya ocho años de estar ahí concertada de doña Teresa y de don Luis Eduardo, pues los servicios me los pagaban entre don Luis Eduardo y doña Teresa, uno me pagaba unos meses y otro otros meses; la muchacha nació una noche, como a media noche, y en el parto la atendió la señora Matilde de Portilla y los servicios se los pagó don Luis Eduardo porque él era el que hacía los costos de todo ahí en la casa de la señora Teresa; cuando la muchacha Pascuala nació, esa noche estaba ahí don Luis Eduardo y la acompañó hasta el otro día, al día siguiente se fue para abajo para El Avenal y al rato volvió a salir... Pues se separaron por el asunto de que Luis Eduardo murió; pues él murió en un accidente en Bucaramanga y ese día de la muerte se había ido de ahí de Pachacual en la mañana, pero no recuerdo en cuál carro, me parece que fue en el lechero... También, como yo trabajaba desde muchos años antes de nacer Pascuala, don Luis Eduardo y doña Teresa tuvieron otros dos hijos aparte de Pascuala y también vivían ahí en la casa de doña Teresa y don Luis Eduardo, pero la menor de todos tres es Pascuala que tendrá unos diez y ocho años. Los otros dos hijos se llaman Ananías y Tilcia".

Ramiro Villamizar Villamizar, quien dijo tener 32 años al tiempo de rendir su testimonio, 18 de diciembre de 1967, declara:

"Sí señor, yo conocí a Luis Eduardo Villamizar Villamizar que ya es muerto y a la señora Teresa Portilla. A ellos los conozco desde hace más de veinte años, mejor dicho desde que yo estaba pequeño porque soy nacido ahí en la vereda Tutepa. Por ese conocimiento me consta que don Luis Eduardo y la señora Teresa vivían como

marido y mujer, pero no eran casados, lo que sí sé era que vivían en compañía, se iban a casar, vivían ahí en la vereda Tutepa en casa de la misma señora Teresa Portilla; ahí vivían de manera pública, notoria y estable, mantenían en ese común vivir relaciones sexuales, y ellos vivieron así juntos hasta que se murió don Luis Eduardo en Bucaramanga. Claro que ellos dos tenían ese trato para casarse, pues yo le ayudaba a trabajar al finado Luis Eduardo Villamizar desde que estaba pequeño, le ayudaba a trabajar en agricultura ahí en el Avenal que es en la misma vereda, cuando yo estaba mediano don Luis Eduardo Villamizar me mandaba al punto Pachacual a llevarle razones, la mandaba saludar, también le mandaba papeles y le mandaba razón a doña Teresa que por la noche iba a quedarse; yo me regresaba de la casa de doña Teresa y volvía a la casa de don Luis Eduardo y ahí me quedaba yo por la noche, casi diariamente con los otros obreros y a mí me encargaba de que le cuidara la casa; don Luis Eduardo y doña Teresa trabajaban en compañía en agricultura, don Luis Eduardo buscaba los amediasqueros y la señora Teresa se los corregía. También veía yo que don Luis Eduardo y la señora Teresa hacían cuentas de las ganancias... Sí señor, don Luis Eduardo Villamizar trataba a la señora Teresa como si fuera la esposa de él y ella también lo trataba lo mismo, ella le guardaba fidelidad, era honesta, respetuosa a don Luis Eduardo, era pegada al hogar, alejada de todos los demás hombres, y no le chequié así más hombres, o mejor dicho relaciones amorosas con otros. Pues claro que yo digo que se trataban como esposos porque él llegaba a la casa de ella y conversaban ahí se quedaba en la casa de Pachacual con ella, casi todas las noches, también los veía que se iban en el carro de la leche para Bucaramanga y para Pamplona, don Luis Eduardo tenía una casa en Bucaramanga; a la señora Teresa no le gustaba ni hablar con más hombres y también le mandaba razones a don Luis Eduardo, le mandaba razones que saliera para arriba para la casa de Pachacual, pues él vivía en el Avenal ahí más abajo de la casa de ella y él conmigo le mandaba cartas... Del fruto de esas relaciones sexuales, don Luis Eduardo y doña Teresa tuvieron una hija, que la llaman Pascuala Portilla o Villamizar, ahora tendrá por ahí unos veinte años, yo les conocí la pelada desde pequeña, cuando ella nació yo tendría unos doce años. Me consta que ellos tuvieron esa hija porque yo cuando la muchacha Pascuala nació yo trabajaba ahí donde don Luis Eduardo y él, antes de caer la señora Teresa a la cama iba todos los días, pues vivía preocupado por el asunto de la enfermedad de ella y decía que de pronto le iba a tocar llevarla a Pamplona si acaso se le agravaba. También, como tres días antes de caer a la cama la señora Teresa enferma de Pascuala me mandó a mí a contratarle a la señora Matilde Portilla para que se la asistiera en la enfermedad... El motivo para que ellos se separaran, fue que don Luis Eduardo Villamizar que era comerciante, se fue a hacer un viaje a Bucaramanga y tuvo un accidente en un carro y se mató... Me consta que desde antes de nacer Pascuala, don Luis Eduardo y la señora Teresa vivían también como marido y mujer y también tuvieron otros hijos, pero la menor es Pascuala".

Miguel Villamizar Portilla declaró asimismo el 18 de diciembre de 1967, y luego de afirmar que tenía 68 años de edad, expuso:

"Conocí a Luis Eduardo Villamizar y a la señora Teresa Portilla hace más o menos como unos cincuenta años. Por el conocimiento directo que tuve de Luis Eduardo Villamizar y de la señora Teresa Portilla, me consta que ellos hicieron vida marital desde hace ya unos cuarenta años, vivían ahí en la vereda de Tutepa de este Municipio, se trataban como marido y mujer de manera pública, notoria y estable, mantenían en esa vida relaciones sexuales y así vivieron hasta cuando se murió Luis Eduardo, mejor dicho hasta el año sesenta y uno, no recuerdo la fecha de la muerte. Pues yo sé que Luis Eduardo y la señora Teresa hicieron vida marital en la forma como lo digo, porque yo estuve viviendo como diez años, desde mil novecientos treinta y cinco en adelante, le estuve trabajando como mediasquero de don Luis Eduardo Villamizar,

allá en la vereda Tutepa, recuerdo que hasta yo en una ocasión le pregunté a don Luis Eduardo que cuándo se casaba con doña Teresa y dijo que sí, que estaba resuelto a casarse con ella, que había pensado casarse, dijo que ya tenían varios años de estar viviendo y que lo mejor era casarse, que ya tenían hijos grandes, pero no se casó porque lo sorprendió la muerte pues se fue a un viaje a Bucaramanga y por allá se volcó el carro y se mató, él decía que las intenciones eran de casarse con ella; cuando yo le trabajé a don Luis Eduardo, él vivía en la casa de él que se llama El Avenal y doña Teresa en la casa de ella que se llama el Pachacual, y don Luis Eduardo Villamizar todos los días por las tardes se iba para donde ella y allá hacía las horas de comida y allá dormía con ella y allá en la casa del Avenal dejaba a una hermana de él que se llama la señorita Elodia Villamizar y a un obrero cuidándole la casa del Avenal. A veces, doña Teresa y Luis Eduardo viajaban a Pamplona, de vez en cuando y llevaban a la muchacha hija de ellos que se llama Pascuala y también a otros dos hijos que tenían, pero ya mayores que se llamaban Tilcia y Ananías; de allá de Pamplona traían cosas para la casa de la señora Teresa, también yo veía que compraba mercado y le mandaba a ella con un obrero Ramiro Villamizar y con él veía yo que le mandaba razones y papelitos a Teresa y a la muchacha... La señora Teresa le guardó fidelidad a don Luis Eduardo durante todo ese tiempo que vivió con él, pues no le conocí a ningún otro hombre o muchacho que la molestara siquiera, ella era señora seria, lo pasaba trabajando ahí en el hogar, mejor dicho, no le conocí siquiera novios ni nada. Yo declaro así porque a diario la veía era siempre con él, con Luis Eduardo, yo siempre pasaba y los veía a los dos y ella no le hablaba a ningún otro hombre, nadie llegaba a la casa así diferente a don Luis Eduardo Villamizar... Sí señor, como fruto de esos amores o relaciones entre la señora Teresa Portilla y Luis Eduardo Villamizar hubo una hija, la llaman Pascuala. Supe que ellos tuvieron esa hija porque la muchacha nació en la casa de la señora Teresa Portilla cuando yo trabajaba como amediero de don Luis Eduardo allá en la vereda Tutepa, yo no recuerdo la fecha en que nació esa muchacha pero tendrá de unos diez y ocho a veinte años de edad, hasta dijo Luis Eduardo que como había nacido una niña que la iba a bautizar Pascuala en nombre de la mamá de él que también se llamaba Pascuala, y así me parece que la bautizó. También don Luis Eduardo le hizo los gastos de la enfermedad de doña Teresa cuando la atendió en el parto... La causa para que ellos se separaran fue la muerte de don Luis Eduardo Villamizar, pues después de tantos años de estar viviendo los dos sin separarse, como tres días después de irse del lado de ella fue que se volcó el carro y se mató él".

7. Destácase a primera vista en tales testimonios su responsividad, pues los declarantes no se limitan a afirmar que entre Luis Eduardo y Teresa existieron relaciones sexuales y que de ellas nació Pascuala, sino que explican cada una de sus respuestas, como lo exige el artículo 688 del C. J., para demostrar así que dicen la verdad con suficiente conocimiento de los hechos, aunque sin dar fechas precisas sobre el comienzo de esas relaciones y el nacimiento de la hija, que por razón del tiempo transcurrido desde cuando ellos ocurrieron hasta el momento de la declaración (más de veinte años), habrían hecho sospechosos sus dichos. Con esos testimonios se establece fehacientemente la existencia de relaciones sexuales entre Luis Eduardo y Teresa, con las características de estabilidad, notoriedad y temporalidad exigidas por la ley. De las exposiciones hechas por los testigos precitados aparece, en efecto, que el trato sexual entre los amantes no fue esporádico y fugaz, sino frecuente y regular, habiéndose prolongado en forma estable desde antes de 1947 hasta 1961; que ese trato no tuvo lugar en forma oculta o secreta, sino que su existencia trascendió a otras personas, como lo revela el hecho de que los declarantes se hubieran dado cuenta de él; y, finalmente, que las relaciones sexuales estables y notorias existieron desde mucho antes de 1947, puesto que según los testigos Luis Eduardo y Teresa ya habían tenido otros hijos, antes de Pascuala, hasta la muerte ocurrida en 1961.

8. Habiendo nacido Pascuala el 10 de junio de 1947, según aparece de la partida del estado civil que obra al folio 3 del cuaderno 1º, síguese que su nacimiento se produjo después de 180 días de comenzadas las relaciones sexuales entre la madre de aquella y el presunto padre natural, razón por la cual ha debido hacer el Tribunal la correspondiente declaración de paternidad natural.

9. De lo anterior se concluye que por razón del error de derecho en que incurrió el sentenciador al negarles mérito probatorio a dichos testimonios infringió los preceptos sustanciales señalados en el cargo al no haberlos aplicado al caso sub lite. La Corte habrá de casar, en consecuencia, el fallo de segundo grado para proferir, en su lugar, el que ha de sustituirlo.

Sentencia de reemplazo

En la demanda introductoria del proceso acumuló la demandante, en forma consecuencial, las acciones de filiación natural y de petición de herencia.

Las consideraciones que se dejaron expuestas al despachar la censura que se halló próspera, sirven de fundamento a la Corte, como juzgador de instancia, para hacer la declaración de paternidad natural impetrada por la demandante, desde luego que se hallan acreditados en el proceso los supuestos de hecho del numeral 4º del artículo 4º de la ley 45 de mil novecientos treinta y seis.

En cuanto a la petición consecuencial, se observa:

Estatuye el artículo 1321 del C. C. que "el que probare su derecho a una herencia, ocupada por otra persona en su calidad de heredero, tendrá acción para que se le adjudique la herencia y se le restituyan las cosas hereditarias tanto corporales como incorporales; y aún aquellas de que el difunto era mero tenedor, como depositario, comodatario, prendario, arrendatario, etc., y que no hubieren vuelto legítimamente a sus dueños".

Se ha definido la acción de petición de herencia que consagra el precepto transcrito, como la que tiene el legítimo heredero de una persona fallecida contra el que pretende o tiene la herencia llamándose heredero, con el fin de que a aquel se le reconozca esta calidad, como sucesor, único o concurrente, y se le restituya la herencia. "No requiere para su prosperidad —ha dicho la Corte— que el demandado ocupe materialmente especies pertenecientes al acervo hereditario, porque es obvio que si en una misma demanda se puede abrazar al heredero putativo y al tercero que POSEE bienes de la comunidad herencial, es porque la petición de herencia, en sí no comprende asencialmente sino la declaración de heredero único, de mejor derecho o concurrente, en relación con la parte demandada, y que la restitución de los bienes es un efecto que puede lograrse del sucesor aparente, si los tiene, o de los terceros que los tengan, incorporando a herederos y terceros en la misma demanda, o por separado contra éstos posteriormente.

"...Esta jurisprudencia —agrega— debe sostenerse, por estas razones:

"A) La aceptación expresa o tácita de la herencia, es signo inequívoco de que una persona asume el título de heredero, y por lo mismo, la forma más vigorosa y amplia de contradecir el derecho del verdadero sucesor o de quien esté llamado a participar también en la herencia.

"B) Aceptar una herencia es ocuparla, en un sentido jurídico, porque es refrendar irrevocablemente la posesión que le fue dada al heredero por ministerio de la ley, desde la delación". (LXXIX. 536).

En el caso sub-lite se halla demostrada, de una parte, la calidad de hija natural de Pascuala Villamizar respecto de Luis Eduardo Villamizar; y de otra, que en el juicio de sucesión de éste que se inició en

el Juzgado Civil del Circuito de Pamplona, se reconoció a los demandados José Angel Villamizar y María del Carmen Villamizar de Arias como herederos en su carácter de hermanos legítimos del causante. En tales condiciones resulta incuestionable el mejor derecho que la demandante tiene a la herencia de Luis Eduardo que ocupan los demandados como herederos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 20 de la ley 45 de 1936.

Debe, por tanto, acogerse la súplica tercera de la demanda en cuanto se pide en ella la declaración de que la demandante tiene derecho a intervenir en el juicio de sucesión de su padre natural, si a la fecha de la sentencia no estuviere liquidada la causa mortuoria. No así la segunda, por cuanto se impetra la declaración de que Pascuala tiene derecho a la herencia de Luis Eduardo "con exclusión de cualquiera otra persona que no tenga la calidad de hija natural de dicho causante", pues esa declaración sólo puede hacerse en relación con los demandados. Ni tampoco la cuarta, porque no obstante prosperar la petición de herencia, no se acreditó que los demandados poseyeran especies determinadas pertenecientes a la universalidad, razón por la cual no puede condenárseles a hacer las restituciones solicitadas en esa petición.

Debe, en lo pertinente, reformarse la sentencia de primera instancia.

Resolución

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de fecha veintidós (22) de abril de mil novecientos sesenta y nueve (1969), proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, y como juzgador de instancia, resuelve:

Primero. Revócase la sentencia de diez y siete (17) de diciembre de mil novecientos sesenta y ocho (1968), proferida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Mutiscua.

Segundo. Declárase que Pascuala Villamizar Portilla o Portilla Villamizar es hija natural de Luis Eduardo Villamizar Villamizar, ya fallecido.

Tercero. Declárase que Pascuala Villamizar Portilla tiene derecho a intervenir en el juicio de sucesión intestada de Luis Eduardo Villamizar Villamizar, si aún no hubiere terminado.

Cuarto. Declárase que Pascuala Villamizar Portilla tiene mejor derecho a la herencia de Luis Eduardo Villamizar Villamizar que los demandados José Angel Villamizar y María del Carmen Villamizar v. de Arias.

Quinto. Háganse las comunicaciones que ordena el artículo 33 del Decreto 1.003 de 1939.

Sexto. Niéganse las demás peticiones de la damanda, de cuyos cargos se absuelve a los demandados.

Séptimo. Condénase a los demandados en las costas de la primera y segunda instancias.

Sin costas el recurso.

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

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

Heriberto Caycedo Méndez. Secretario.

ARRENDAMIENTO

Restitución del bien arrendado.

Baldíos: el juicio de oposición a su adjudicación es controversia entre particulares en que no es parte de la Nación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., ocho (8) de mayo de mil novecientos setenta y uno (1971).

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

(Aprobado según Acta Nº 41 de fecha mayo seis de mil novecientos setenta y uno).

Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandado contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio el primero (1º) de febrero de 1968, en el juicio ordinario instaurado por ISABEL RUBIO DE FORERO NAVAS contra ELISEO GUAMAN SANDOVAL.

I

El litigio

1. Mediante libelo del 22 de mayo de 1963 Isabel Rubio de Forero Navas demandó ante el entonces Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto López a Eliseo Guamán Sandoval, a fin de que previos los trámites del juicio ordinario se hicieran estas declaraciones:

a) Que el terreno denominado "El Platanal" o "El Darién", comprendido por los linderos determinados en la súplica primera de la demanda, hace parte de la finca conocida con el nombre "La Morena", antes "Santa Ana", adquirida por la demandante según escritura pública Nº 1075, otorgada el 5 de septiembre de 1962 en la Notaría de Villavicencio; b) que el demandado ocupa el terreno antes mencionado a título de arrendatario, en virtud de contrato celebrado con Alberto Arias Suárez el 19 de diciembre de 1959; c) que se declare resuelto este contrato, "por vencimiento del plazo o mora en el pago de los cánones correspondientes", y consiguientemente que se ordene al demandado restituir a la demandante el fundo, previo el cumplimiento de las cláusulas estipuladas; d) que como Guamán Sandoval ocupa el fundo a título de aparcero no tiene derecho a pedir la adjudicación del mismo; y, e) que el demandado debe pagar las costas del juicio.

2. Los hechos que la demandante cita en apoyo de sus pretensiones, quedan sintetizados en los siguientes:

a) Alberto Arias Suárez adquirió, por compra que hizo a Ignacio Gutiérrez según escritura Nº 290 de 8 de marzo de 1954, la propiedad de toda la finca rural denominada entonces "Santa Ana" y luego "La Morena", "junto con sus construcciones, cercamientos, pastos, sementeras, rastrojos y árboles", ubicada en la vereda de Pachaquiaro, jurisdicción de Villavicencio, comprendida dentro de las alindaciones generales que se consignan en ese documento;

b) El 19 de diciembre de 1959, mediante documento privado suscrito en Villavicencio en esa fecha y legalmente reconocido por las partes, Arias Suárez dio a Eliseo Guamán Sandoval, a título de arrenda-

miento o aparcería, una parte de los terrenos de su finca "La Morena", aproximadamente 148 hectáreas, comprendida dentro de los linderos especiales que allí se citan, por el término de tres años, para que éste los explotara, reconociendo como contraprestación "la quinta parte de los frutos recolectados". Comprometiose el aparcero a realizar en el predio solamente las mejoras estipuladas, y expresó, mediante la cláusula 7ª del contrato respectivo, que "reconoce en todo tiempo como dueño del terreno a Arias Suárez";

c) En cumplimiento del contrato Guamán Sandoval pagó a Arias Suárez, directamente algunas veces y otras por conducto de su inquilino Narciso Gutiérrez, los cánones correspondientes hasta el mes de junio de 1962, entregando la quinta parte de los frutos recolectados, especialmente plátano; y el resto de las cosechas, que las saca a la carretera a través de las tierras de "La Morena", las vende en el mercado de esa ciudad;

d) A partir de julio del año de 1962 el arrendatario dejó de cumplir el contrato al no pagar la porción de los frutos que debía entregar al arrendador como contraprestación al goce de la finca; y prescindiendo de la prórroga automática del contrato a que tenía derecho según lo previsto por el artículo 104 de la Ley 135 de 1961, pretendió adueñarse de ella haciendo al efecto solicitud de adjudicación, pedimento que ante la oposición de Arias Suárez dio lugar a que el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria enviara las diligencias al Juzgado de Puerto López; y,

e) El 5 de septiembre de 1962 Isabel Rubio de Forero Navas adquirió el dominio de toda la finca "La Morena", por compra que hizo a Alberto Arias Suárez según escritura pública Nº 1075, otorgada en esa misma fecha en la Notaría de Villavicencio, instrumento en el cual se dejó expresa constancia que en la enajenación quedaba comprendida la porción llamada "El Platanal" que tenía en arrendamiento Guamán Sandoval, y que la compradora se subrogaba en todos los derechos y obligaciones que según el contrato correspondían a su vendedor.

3. Oportunamente el demandado dio contestación al libelo oponiéndose a todas las pretensiones de su demandante; negó la mayoría de los hechos en él invocados y exigió la prueba para los demás. Después de afirmar que está ocupando esos predios baldíos pertenecientes a la Nación y que no tiene nexo contractual alguno con la señora de Forero Navas, propuso, a manera de excepción perentoria, la "ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte actora".

4. Trabada así la relación procesal el Juzgado de la causa, a la sazón lo era el Civil Municipal de Puerto López, le puso término a la primera instancia con sentencia de 27 de febrero de 1967, por la cual resolvió:

"PRIMERO. El terreno denominado 'EL PLATANAL' o 'EL DARIEN', determinado por los linderos anotados en la súplica primera de la demanda, hace parte de la finca conocida con el nombre 'LA MORENA', antes 'SANTA ANA', adquirida últimamente por la demandante, según escritura pública número mil setenta y cinco (1.075) de cinco de septiembre de mil novecientos sesenta y dos de la Notaría de Villavicencio.

"SEGUNDO. El señor ELISEO GUAMAN SANDOVAL ocupa el terreno de que trata el punto anterior en virtud del contrato celebrado el diecinueve de diciembre de mil novecientos cincuenta y nueve con el señor ALBERTO ARIAS SUAREZ.

"TERCERO. El contrato celebrado por el demandado ELISEO GUAMAN SANDOVAL y el antiguo propietario ALBERTO ARIAS SUAREZ, ya mencionado, está extinguido por vencimiento del plazo, y siendo esto así, no hay lugar a declarar resuelto lo que ya no existe. En tal virtud el demandado ELISEO GUAMAN SANDOVAL está obligado a hacer la entrega del terreno, previo el cumplimiento de las cláusulas del contrato.

"CUARTO. Es claro que si el demandado ELISEO GUAMAN SANDOVAL ocupa el terreno 'El Platanal o El Darién' de que

se habló en el punto segundo de esta sentencia, como aparcero, carece de derecho de pedir la correspondiente adjudicación.

"QUINTO. Se condena al demandado al pago de las costas del juicio.

"SEXTO. No se demostró qué clase de perjuicios son los sufridos por la demandante y en este caso no hay base para hacer condenación en perjuicios".

5. Por apelación interpuesta por el demandado el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, el que, después de agotado el trámite de la instancia con intervención del Agente del Ministerio Público, por sentencia del 1º de febrero de 1968 confirmó el fallo apelado e impuso las costas al apelante, quien interpuso contra dicha providencia el recurso de casación.

II

La sentencia del Tribunal

1. Luego de relacionar los antecedentes del litigio entra el Tribunal a estudiar la declaración de nulidad que, por incompetencia del juez a-quo y falta de citación de la Nación al juicio, solicitó para el proceso el Señor Agente del Ministerio Público ante esa Corporación.

Considera el fallador inexistente la nulidad impetrada porque, en cuanto dice relación con el primero de los fundamentos alegados, como en este proceso no figura como parte interesada la Nación, según se deduce de todo el contenido de la demanda, no hay lugar al fuero especial que para esta persona consagra el derecho positivo; se trata, dice la sentencia, de una "querella entre dos particulares por un derecho enteramente privado", por lo cual, agrega, cuando se presentó oposición a la solicitud de adjudicación el Instituto de la Reforma Agraria dispuso pasar el asunto al Juez del Circuito de Puerto López. En relación con el segundo aspecto en que se fundó su fiscal, advierte el Tribunal que aunque no se citó al personero de la ciudad desde el inicio del proceso, la irregularidad por tal causa se halla subsanada según lo imperado por el artículo 450 del C. J., puesto que dicho funcionario, quien recibió notificación personal de la sentencia de primera instancia y de todas las providencias subsiguientes, no reclamó la nulidad oportunamente.

2. Después de notar el sentenciador que la acumulación de acciones que trae la demanda es procedente, y que la demandante está legitimada en la causa por ser causahabiente a título singular del arrendador Arias Suárez en todos sus derechos sobre la finca "La Morena", entra a analizar, separadamente, cada una de las cuatro pretensiones que integran el petitum del libelo.

3. En relación con la primera observa que es evidente, y que por tanto debe prosperar la súplica respectiva, que el terreno "El Platanal" o "El Darién", determinado por sus linderos especiales, es parte integrante de la finca "Santa Ana" o "La Morena", desde luego que la certeza de este hecho la demuestran plenamente, en primer lugar, la escritura Nº 1.075 de septiembre de 1962, completada "suficientemente con la inspección ocular que practicó la Sala el 22 de junio de 1966"; y, en segundo término, las respuestas que el demandado dio al absolver las posiciones que se le pidieron en el juicio.

Haciendo énfasis en el contenido de la ocular practicada en segunda instancia, dice el fallador que hubiera sido hasta obligatorio para el demandado informar a su nuevo abogado, "en la forma y paciencia como practicó la Sala dicha diligencia, y que lo fue en jornada continua recorriendo la totalidad de la finca... y así seguramente se habría evitado poner en duda que el lote de terreno que ocupa no hace parte del inmueble 'La Morena', cuando, la Sala aparece lo suficientemente explícita, en vista de lo que pudo constatar personalmente y sin la menor duda para aseverar, de la comprensión del lote de terreno 'El Platanal' o 'El Darién' dentro de la finca 'La Morena' ".

4. En seguida pasa el ad-quem a considerar la segunda de las pretensiones de la demanda, y después de determinarla en su contenido, emprende el análisis del documento firmado por Arias Suárez y Guamán Sandoval el 19 de diciembre de 1959, lo mismo que de las posiciones absueltas por éste y de todas y cada una de las escrituras allegadas al proceso por la demandante, para deducir que el demandado ocupa como aparcero el fundo de la litis, en virtud de contrato celebrado en esa fecha con aquel, calidad que reconoció hasta el 2 de julio de 1962, dándole cabal cumplimiento al pacto.

Observa luego el Tribunal que si a partir de esta fecha el demandado pretendió cambiar su calidad de simple tenedor por la de cultivador de fundos baldíos, tal cambio "radical y brusco ha debido explicarlo antes de iniciar la acción de adjudicación, como quiera que existía el contrato de aparcería que firmó con Arias Suárez, y luego tener en cuenta la titulación de la totalidad de la finca", que se remonta a noviembre de 1942 y que por ser muy anterior a la posesión alegada por él no permite calificar el predio como baldío.

5. Acomete luego el examen de las siguientes dos peticiones notando que la referente a la terminación del contrato debe ser acogida, como quiera que el plazo estipulado para su duración está vencido, según el contenido del documento de 19 de diciembre y según también la confesión del demandado hecha en posiciones, en la cual reconoce que dejó de cumplir lo pactado desde el mes de julio de 1962.

Y respecto de la última advierte que ella también debe acogerse por ser una consecuencia lógica "de todo lo que aparece acreditado en los autos", ya que si el demandado "aparece como puro aparcero o tenedor del terreno, reconociendo dominio ajeno, es completamente improcedente su solicitud de adjudicatario".

Observa en seguida el fallador que el aserto básico del demandado, consistente en ser cultivador de terrenos baldíos, está contradicho por su propia confesión hecha en posiciones, en donde reconoció haber recibido el lote "El Platanal" a título de aparcero de Arias Suárez, a quien pagó los cánones pactados. Añade, finalmente, que a pesar de calificar el contrato de aparcería como "un engaño", sin embargo "aparece que sí le dio cumplimiento en principio y no solo respecto para con quien lo firmó o sea Arias Suárez, sino con el que fue arrendatario de éste, Narciso Gutiérrez".

III

La demanda de casación

Contra la sentencia de segundo grado se formulan tres cargos, el primero con fundamento en la causal 4ª del artículo 52 del Decreto 528 de 1964, y los dos restantes dentro del ámbito de la causal primera.

Cargo primero

1. Estima el recurrente que el proceso se halla viciado de nulidad, en primer lugar por "incompetencia de jurisdicción", y en segundo término por falta de citación o emplazamiento en legal forma de una de las personas que han debido ser llamadas a él, según lo previsto en los ordinales 1º y 3º del artículo 448 del Código de Procedimiento Civil. En consecuencia solicita que la Corte, previa la infirmación del fallo impugnado, declare la nulidad del juicio, desde el auto admisorio de la demanda.

2. Al desarrollar el cargo por el primer aspecto dice el acusador que por la época en que se entabló la demanda (mayo de 1963), la competencia para dirimir este conflicto correspondía, en primera instancia, al Tribunal Superior de Villavicencio, según lo preceptuado por el artículo 76 del Código Judicial, que era la norma que a la sazón regulaba la materia, y por tratarse de un asunto contencioso en que es parte la Nación.

Afirma en seguida el censor que si el fundamento de la oposición se hizo consistir, en que la demandante es propietaria de la finca cuya adjudicación pidió el demandado ante la autoridad administrativa,

se está negando que el terreno objeto de la litis es baldío, lo que implica discutirle a la Nación el dominio que sobre él le corresponde. De ello deduce que "se trata de un asunto contencioso en que la Nación tiene parte, y en consecuencia su competencia estaba radicada en el Tribunal Superior".

Agrega la censura que aún después de la Reforma Judicial del año de 1964 el Juez Municipal de Puerto López era incompetente para conocer de este juicio, porque de acuerdo con el artículo 6º del Decreto 528 de ese año, vigente desde el 1º de julio del año siguiente, correspondía al juez en lo civil "del municipio que sea cabecera de distrito judicial", la atribución para conocer, en primera instancia, de los asuntos contenciosos en que se ventilen cuestiones de mero derecho privado, cuando en ellos interviene como parte la Nación.

3. Y al desenvolver el cargo por el segundo aspecto dice el impugnador que a este proceso no se citó en legal forma a la Nación, que se imponía hacerlo desde luego que el artículo 80 del Código Fiscal lo ordena para los juicios "entre adjudicatarios de baldíos y colonos, o entre éstos y aquellos que reclamen derecho sobre el terreno cultivado".

Finalizando la formulación del cargo por esta razón, sostiene el recurrente que erró el ad-quem al considerar que la nulidad estaba allanada, puesto que —agrega— si al Personero Municipal de Puerto López solo se notificó la sentencia que puso fin a la primera instancia del juicio, no tuvo oportunidad de alegar allí la irregularidad, y que, de consiguiente, la alegación que al respecto hizo el Fiscal del Tribunal lo fue en el primer momento en que este funcionario podía hacerlo.

La Corte considera

1. Según las normas de nuestro procedimiento civil la demanda, que es el escrito con el cual se inicia el proceso, debe contener, a más de otras exigencias de forma, el nombre de las partes, su vecindad o su residencia, lo que se demanda, y en algunos casos la cuantía del negocio. Son estas las indicaciones que atribuyen a la demanda carácter determinante, porque concreta los sujetos, la causa y el objeto de la pretensión instaurada, y, como consecuencia, el juez competente para su conocimiento.

Siendo pues la fijación de la competencia uno de los efectos jurídicos de la demanda, los factores objeto, subjetivo y territorial, que el derecho positivo consagra para determinar las atribuciones de los diferentes jueces, deben proyectar sus efectos solamente dentro del campo cuyos límites demarque al respecto ese libelo.

Como la Nación no figura como parte en este proceso, ni por activa ni por pasiva, desde luego que la demanda con la cual se inició no la cita como tal, hay que concluir afirmando que no se da el fuero especial que consagran las leyes de procedimiento para los asuntos contenciosos, en los cuales figura como parte dicha persona jurídica de derecho público.

2. Como se deduce de lo estatuido por los artículos 74 del Código Fiscal y 5º del Decreto 547 de 1947, el juicio que surge con motivo de la oposición que se formula a la solicitud de adjudicación de terrenos denunciados como baldíos, tiene por objeto propio discutir y resolver si al opositor le asiste o no mejor derecho sobre el fundo a que se refieren el denuncio y la oposición. Según su específica finalidad son partes en la controversia, de un lado el denunciante, quien sostiene que el terreno denunciado es baldío y que tiene mejor derecho a su adjudicación como ocupante y cultivador; y de otro el opositor, quien invoca un derecho preferencial, porque alega una ocupación anterior, o porque aporta títulos de propiedad privada.

Se trata, pues, como lo ha sostenido la doctrina de la Corte, de una controversia entre particulares, cuyo conocimiento corresponde, en primera instancia, a los Jueces de Circuito y no a los Tribunales Superiores, porque en ella no figura la Nación como parte (G. J., t. XXXV, pág. 120; LXV, pág. 871; XCI, pág. 1277).

3. Y si la Nación no fue demandada en este proceso, no se presenta la alegada irregularidad por falta de citación o emplazamiento.

Pero si ello no fuere así, habría que observar, como desde vieja data lo viene sosteniendo la Corte, que la causal de nulidad por falta de citación o emplazamiento de las personas que han debido ser llamadas al juicio, no puede ser invocada en casación sino por quien no ha sido citado o emplazado, pues que 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.

Como el recurrente en casación no es la persona que se dice no fue legalmente llamada a juicio, ni es representante de ésta, el ordenamiento legal a que corresponde la doctrina antes citada proporciona fundamento suficiente para que, por este aspecto, el cargo deba rechazarse.

4. Como consecuencia de lo dicho, el cargo de nulidad no prospera por ninguno de los dos aspectos por los cuales fue planteado.

Segundo cargo

1. En su planteamiento se denuncia el quebranto indirecto, por aplicación indebida, de los artículos 2.005 y 2.006 del Código Civil, "proveniente de una interpretación errónea de la demanda por no haberle dado aplicación al artículo 209 del C. J., sobre acumulación de acciones, para lo cual acudo a la primera causal de casación establecida en el artículo 52 del Decreto 528 de 1964".

2. En desarrollo del cargo empieza el acusador por determinar los requisitos de orden procesal que, según el artículo 209 del C. J., son necesarios para que proceda el ejercicio simultáneo de varias acciones en una sola demanda: que el juez tenga competencia para conocer de todas las pretensiones acumuladas y que todas las que se agregan tengan el mismo procedimiento judicial.

Después de observar que la acción para que el arrendamiento restituya la cosa arrendada tiene fijado un procedimiento especial, según los artículos 1.103 a 1.110 del C. J.; y que en cambio para la acción de oposición a la solicitud de adjudicación de baldíos la ley expresamente señala el procedimiento ordinario, afirma el censor que estas dos pretensiones no pueden acumularse en el mismo libelo de demanda, por existir impedimento procesal.

Continuando con el desenvolvimiento del cargo dice el impugnante que el sentenciador infringió el artículo 209 del C. J., y que con esta violación quebrantó el artículo 2.005 del C. C., que impone al arrendatario la obligación de restituir la cosa arrendada al finalizar el contrato, y el 2.006 ibídem, que dice cómo se debe hacer la entrega de la cosa raíz.

De no haber incurrido en este yerro el Tribunal, dice el recurrente, "habría rechazado la acumulación indebida que contiene la demanda, y no habría aplicado los artículos 2.005 y 2.006 del C. C., dejándolos incólumes y no violándolos por haberlos aplicado sin ser aplicables".

La Corte considera

Al entrar al estudio de fondo de esta censura advierte la Corte que la indebida acumulación de acciones, que el recurrente predica en frente de la demanda con la cual se inició el proceso, no existe por las siguientes dos razones:

a) Porque cuando el artículo 79 del Código Fiscal establece que "las controversias entre colonos y adjudicatarios, o entre aquellos o estos, con terceros que reclaman dominio sobre el terreno cultivado, ocupado o adjudicado, se deciden judicialmente por la vía ordinaria", está determinando un procedimiento común para la oposición a la solicitud de adjudicación de baldíos y para la restitución del predio al opositor, en caso de que justifique su derecho, no

solo porque así lo indica la expresión "controversias" que con sentido genérico emplea dicha disposición legal, sino también y fundamentalmente porque la restitución referida tiene que ser la consecuencia natural y obvia de la demostración del mejor derecho del opositor; y

b) Porque si, como lo ha sostenido la doctrina de la Corte, la obligación de restituir la cosa arrendada que consagra la ley civil se hace valer mediante el procedimiento especial que reglamenta el Título XXXVII del C. J., cuando el actor pueda exhibir la plena prueba del contrato y de su terminación; en los eventos en que, como acontece en el presente, el demandante carece de esa prueba y por el contrario, entre las partes se controvierte sobre la existencia del pacto, es preciso acudir a la tramitación amplia del juicio ordinario para demostrar la relación jurídica preexistente y consiguientemente la obligación que tiene el arrendatario de restituir la cosa arrendada (G. J., t. LIX, 348; t. LXXI, 497; t. LXXIII, 665).

Se rechaza pues este cargo.

Cargo tercero

1. Lo formula el recurrente así: "...ser la sentencia violatoria de la ley sustancial por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea, proveniente de la falta de apreciación de las pruebas del proceso, incurriendo en error de hecho que aparece de modo manifiesto en los autos".

2. Para sustentarlo, empieza el recurrente diciendo que el Tribunal, al deducir que la ocupación del lote de la litis la ostenta el demandado porque así lo demuestra el documento de 19 de diciembre de 1959, contentivo del contrato de arrendamiento celebrado por éste con Alberto Arias, erró, porque tal escrito no dice que Guamán recibió el lote de Arias Suárez, sino que "recibe parte de un lote de terreno de su tierra denominada 'La Morena' ", lo que significa, agrega el censor, que "no recibió todo lo que está comprendido dentro de los linderos sino parte".

Afirma luego el impugnador que el mencionado contrato "tiene el signo de la mala fe y en consecuencia no puede engendrar justamente derecho alguno a su favor (alude a Arias), porque con tal contrato lo único que se hizo fue despojar a un colono de su parcela", puesto que Guamán era cultivador del predio desde antes de firmarse el documento.

3. Continuando con el desenvolvimiento del cargo dice el impugnante, que erró también el sentenciador al inferir que la demandante presentó una titulación completa que justifica ampliamente su derecho de propiedad sobre el inmueble, porque si en las escrituras hay constancia "de que los primeros vendedores estaban instalados en predios baldíos", el dominio en tal evento solo puede demostrarse con la resolución administrativa por medio de la cual se hace al colono la respectiva adjudicación; y que como esto no ocurrió, debe concluirse que Isabel Rubio de Forero Navas no es dueña de "nada en 'La Morena' hasta que la Nación no le adjudique tales tierras".

Añade el censor que el yerro del Tribunal en la apreciación de las escrituras presentadas por la demandante, lo condujo a violar el texto del artículo 1º de la Ley 200 de 1936, porque la presunción que esta norma consagra "no existe cuando del título se desprende que los vendedores no eran dueños sino que estaban instalados en predios baldíos".

4. Concluyendo la formulación de esta censura, dice la demanda de casación que al considerar el Tribunal a la demandante como dueña de los terrenos, y al demandado como tenedor de ellos por haberlos recibido de Arias Suárez, a título de aparcero, le desconoció a Guamán Sandoval el derecho que tiene a que se le adjudique el predio, como baldío que es, según lo estatuido por el artículo 29 de la Ley 135 de 1961.

La Corte considera

1. La causal de casación consagrada por el ordinal 1º del artículo 52 del Decreto

528 de 1964, que surge siempre del quebranto de la ley sustancial, contempla tres formas de violación: falta de aplicación, aplicación indebida e interpretación errónea. Ocurre la primera cuando el sentenciador deja de aplicar el precepto legal al punto controvertido, debiendo haberlo aplicado al caso; se produce la segunda cuando, entendida rectamente la disposición, se la aplica a un hecho o a una situación no regulada por tal norma; y sucede la tercera cuando el Tribunal, independientemente de la cuestión de hecho que se debate, elige la disposición pertinente pero yerra al determinar el sentido o alcance de la misma.

Como cada una de estas tres formas de violación de la ley sustancial deriva de fuentes distintas y proyecta sus efectos de manera diferente, cabe afirmar, como lo ha dicho la Corte, que por tratarse de tres maneras diversas y aún contradictorias de infringir la ley sustancial no pueden producirse simultáneamente, ni, por ende, invocarse a la vez en el mismo cargo respecto de una misma norma.

Formulado como viene el cargo que se estudia, por "ser la sentencia violatoria de la ley sustancial por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea", de ello resulta que es inepto, porque deja al criterio de la Corte la elección del título de la infracción, lo que técnicamente es inadmisible.

2. El resumen que se ha hecho del fallo acusado, evidencia que el Tribunal sentenciador dedujo la ocupación del predio de la litis, que a título precario ostenta el demandado, no solo del documento de 19 de diciembre de 1959, sino también de las posiciones que éste absolvió en el juicio. En efecto, dice al respecto la sentencia: "Además, el mismo demandado Guamán Sandoval, así lo reconoce al dar contestación a la primera pregunta que se le formuló en posiciones fl. 9 c. Nº 3, donde confiesa que él recibió el lote de terreno a título de aparcero y que hace parte de la finca 'Santa Ana', hoy 'La Morena' ".

La demanda de casación, como aparece del extracto que en lo fundamental se ha hecho del cargo respectivo, ataca la consideración que el ad-quem hizo de la prueba documental, pero omite la impugnación en relación con la prueba de confesión contenida en las posiciones, que es también motivo sustentador de la sentencia. 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 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.

3. Por otra parte, si, como también lo ha sostenido la Corte, "cuando en el ámbito de la causal primera se plantea el quebranto indirecto 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, Nº 2282, pág. 313); cabe afirmar que el cargo aquí formulado resulta también ineficaz porque el censor plantea globalmente el problema probatorio sin determinar en su individualidad propia cada una de las escrituras que el Tribunal tuvo en cuenta para proferir su fallo, ni demostrar la contraevidencia de sus conclusiones.

Estas fallas de técnica en la formulación de la censura la hacen, pues, ineficaz.

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 primero (1º) de febrero de mil novecientos sesenta y

ocho (1968), proferida en este juicio ordinario por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio.

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

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

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

Heriberto Caycedo Méndez. Secretario.

FILIACION NATURAL

Testigos sospechosos de parcialidad. Declaraciones. Su ratificación.

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

(Magistrado Ponente: Doctor Alberto Ospina Botero).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de quince (15) de diciembre de mil novecientos sesenta y siete (1967), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Garzón, en el juicio ordinario de Priscila Fernández de Reyes contra Soledad Penagos vda. de Gómez y Rosa Penagos Castaño, como herederas de Antonio María Penagos Castaño.

Antecedentes

A. Priscila Fernández de Reyes citó a juicio ordinario a Soledad Penagos vda. de Gómez y Rosa Penagos Castaño, ante el Juzgado Civil del Circuito de Garzón, para que se hicieran las declaraciones siguientes:

"A) Que Priscila Fernández de Reyes, nacida el 18 de junio de 1929 y bautizada el 23 de julio siguiente en el antiguo municipio de La Jagua, es hija natural de Antonio María Penagos Castaño, y se anote este reconocimiento en el registro civil.

"B) Que como consecuencia de la declaración anterior, Priscila Fernández de Reyes es heredera en la sucesión de su padre natural Antonio María Penagos Castaño, con vocación hereditaria excluyente de las demandadas y con las consecuencias propias de su derecho en cuanto a adjudicación y entrega de los bienes que le corresponden, con sus respectivos aumentos (art. 1322 del C. C.) y con los frutos naturales y civiles conforme al Código Civil (art. 964 y 1395 del C. C.).

"C) Que se condene en costas a la parte demandada y a favor de la parte demandante".

B. Refiere como elementos de hecho de la pretensión los que a continuación se compendian: a) que muerto Antonio María Penagos en la ciudad de Bogotá el día 25 de octubre de 1964, sus hermanas legítimas Soledad Penagos vda. de Gómez y Rosa Penagos Castaño procedieron a iniciar ante el Juzgado Civil del Circuito de Garzón el respectivo juicio sucesorio, en donde se les reconoció como herederas y, por tal virtud, entraron en posesión de los bienes relictos dejados por el causante; b) que al deceso de Antonio María Penagos éste dejó numerosos bienes, que seguidamente detalla el libelista; c) que Antonio María Penagos Castaño desde junio de 1928 principió "velada y casi subrepticiamente a requerir de amores a María Dolores Fernández quien para esa época era una niña de aproximadamente dieciocho (18) años de edad, hasta lograr tres meses más tarde, esto es, a mediados de septiembre de 1928 y a base de fingidas promesas matrimoniales, la realización del primer acto carnal"; d) de septiembre de 1928 hasta mayo de 1929, María Dolores Fernández sostuvo relaciones sexuales estables y notorias con Antonio María Penagos, en la misma casa de habitación de los padres de aquella, ubicada en el antiguo municipio de La

Jagua, fruto de las cuales nació el día 18 de junio de 1929 una niña a quien se llamó Priscila; e) en el hecho 9º se afirma que "el amancebamiento público, notorio y estable de Antonio María Penagos Castaño con la joven María Dolores Fernández durante los 8 meses que se ha hablado y hasta que el avanzado estado de gravidez de ésta hizo imposible la continuación de las relaciones sexuales, fue tremendo motivo de escándalo dentro del ambiente cristiano y casi virtuoso en que se desarrollaba la vida de los habitantes de La Jagua e inclusive hasta el señor Cura Párroco de La Jagua recién pasado el año nuevo de 1929' llamado Padre Rafael Perdomo, 'trinó y gritó en el púlpito de la iglesia contra el amancebamiento público de María Dolores con don Tuco sobre todo porque ella estaba embarazada', como lo afirma el testigo José Ignacio Losada"; f) en razón de su solvencia económica Antonio María Penagos logró disuadir a los padres de María Dolores de la idea de poner lo sucedido en conocimiento de las autoridades penales, pues a base de dinero y de regalos logró aquel "resignada aceptación o tolerancia" de su "amancebamiento público y notorio, sin que valiera ni la intervención del propio Alcalde Municipal, ni los consejos que amigos y relacionados daban a María Dolores"; g) ocurrido el nacimiento de Priscila Fernández, Antonio María Penagos pretendió continuar relaciones sexuales con María Dolores, pero ésta "se negó rotundamente a continuarlas".

C. Con oposición de las demandadas la primera instancia culminó con sentencia de 8 de abril de 1967, proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Garzón, en la que negó las peticiones de la demanda y, por tanto, absolvió a dichas demandadas.

D. Apelado el anterior fallo por la parte demandante, el Tribunal dio término al segundo grado con sentencia de 15 de diciembre de 1967, en la cual se confirma la decisión del a quo.

No conforme la demandante con esta última resolución, formuló en su oportunidad el recurso de casación.

Sentencia impugnada

A vuelta de relacionar el Tribunal las peticiones y hechos de la demanda, se ocupa de los elementos de convicción, iniciándose con prioridad en el análisis de los presentados por la parte demandante, frente a los cuales formula las apreciaciones siguientes:

a) Practicada en forma extrajudicial alguna prueba testimonial y llamado los declarantes a ratificarse en juicio, "se limitaron a afirmar más o menos lo siguiente: 'me ratifico en todas y cada una de las partes de la declaración que se me acaba de leer'. Para el Tribunal, no es esa la forma como debe ratificarse los testimonios, pues considera que el testigo debe relatar nuevamente los hechos o los puntos que expuso en la declaración rendida extra juicio... Y tanto más necesario era en este caso la ratificación en la forma exigida antes por este Tribunal, cuando algunas de esas declaraciones fueron rendidas extra-juicio, no ante un juez sino ante un inspector de policía... Sin embargo, por la importancia del negocio, y para poder analizar lo afirmado por los testigos en el contra-interrogatorio que se les hizo en tiempo oportuno, se analizan en seguida los testimonios en su integridad".

b) Aparecen como declarantes María Dolores Fernández de Martínez, madre de la actora, Eloísa Fernández de Rodríguez y Carmen Fernández de Benítez, tías de la misma. Según el fallador de segundo grado, tales testimonios son inaceptables, porque "la primera, o sea la madre de la demandante, está impedida para declarar por parcialidad que en ella se supone (art. 669 del C. de P. C.), y los testimonios de las tías de la actora son sospechosos, según el art. 670 del mismo código".

c) Frente a la causal de paternidad invocada, según el sentenciador, no convencen los testimonios de Luis Carlos Fuentes, Luis Enrique Cuenca, Urbano Quintero, José Ignacio Losada, Cleofe Jiménez de Losada, Luis Angel Rincón, Salvador Artun-

duaga Ramos, Honorio Trujillo Mora, Félix Arteaga, Miguel Angel Téllez, Jerónimo Ramos, Juan J. Serrano, Hipólito Sánchez y Juan Bautista Artunduaga, dada la edad que tenían algunos deponentes a la fecha en que ocurrieron los hechos que refieren, sus contradicciones, la falta de precisión, el no dar razón de sus dichos, el no precisar fechas de las relaciones sexuales que se afirma ocurrieron entre María Dolores Fernández y Antonio María Penagos.

d) Luego el sentenciador de segundo grado expresa que los "demás declarantes traídos por la parte actora, Pedro Ignacio Vargas, Juan B. Chavarro, Arturo Gutiérrez, María Dora Fuentes de Acosta, Miguel Antonio Naranjo y Liborio Bahamón, no se refieren en sus exposiciones a los hechos que la demanda cita como fundamentales. Ellos dan cuenta de hechos ocurridos muchos años después de 1928".

e) Con relación a los elementos de convicción incorporados al juicio por la parte demandada, el Tribunal afirma que los declarantes "no supieron de las relaciones sexuales a que la demanda se refiere, pues no dan cuenta de ellas a pesar de haber sido contra interrogados casi todos por el señor apoderado de la parte demandante".

f) En razón del análisis de las pruebas que obran en el juicio, concluye el juzgador ad-quem así: "Dada esta situación anotada, y en atención al lapso relativamente largo —aproximadamente treinta y seis (36) años—, desde el año o años en que —según se dice— principiaron las relaciones íntimas entre Antonio María Penagos y María Dolores Fernández y se produjo como consecuencia de las mismas el nacimiento de la niña PRISCILA, según se afirma, hechos ocurridos en el año de 1929 es, en realidad, muy difícil, que los testigos puedan deponer con toda la seguridad y firmeza del caso, en relación con el requisito primordial exigido por la ley y de que da cuenta la jurisprudencia transcrita con base en el numeral 4º del art. 4º de la ley premencionada, y de que puedan deponer con certeza y a conciencia en relación con los hechos sobre los cuales se pueda deducir la existencia de esas relaciones, y son las circunstancias de notoriedad y estabilidad. En el expediente no aparecen en forma alguna acreditadas las relaciones sexuales estables y notorias entre Antonio María Penagos Castaño y María Dolores Fernández Adames; esa premisa sobre presunción de paternidad no se logró acreditar. Luego la sentencia de primera instancia que llegó a la misma conclusión debe confirmarse".

Demanda de casación

Dentro de la órbita de la causal primera de casación, el recurrente acusa la sentencia del Tribunal "de violación indirecta, por falta de aplicación de los artículos 1º, 4º, ordinal 4º y 20 de la Ley 45 de 1936, 1047, 1321 a 1326 del Código Civil, a causa de errores de hecho y de derecho".

En desarrollo del cargo se distinguen cinco secciones, cuya síntesis es como sigue:

1. El sentenciador al negar valor demostrativo a las declaraciones rendidas por Luis Carlos Fuentes, Cleofe Jiménez de Losada, Salvador Artunduaga Ramos, Juan J. Serrano e Hipólito Sánchez, cometió error de derecho, y al efecto señala como violación medio la de los artículos 668 y 697 del C. Judicial.

El recurrente finca la censura en las consideraciones siguientes: "El H. Tribunal Superior de Garzón al analizar las declaraciones de los testigos precitados, fue más allá del contenido de la norma procesal que determina la habilidad para declarar en juicio o fuera de él con el consiguiente quebranto de la misma, rechazando totalmente la validez de esos testimonios por ausencia de ciertos requisitos que en ningún caso exigen las disposiciones violadas. Es así, pues, como basado en el precepto del artículo 668, primera parte, del Código Judicial, el Tribunal en la sentencia que hoy acuso rechaza de plano los premencionados testimonios presentados por la parte actora, por la razón de que cuando los testigos del caso conocieron los hechos relatados no contaban con la edad mínima exigida para la validez del testimonio, lo que constituye grave quebranto de la norma citada. Error

de derecho a todas luces inaceptable por cuanto el artículo 668 del C. J., al establecer la habilidad para servir de testigo, no se retrotrae a la época de la percepción del hecho relatado sino que se aplica a la fecha en que se rinde la declaración. Sabido es que, la habilidad del testigo se estima al momento de la declaración y no a la edad que tenía cuando conoció el hecho sobre el cual declara; la menor edad o la inhabilidad, en el momento de percibir el hecho materia de la deposición, del testigo que es hábil a la fecha de rendir las declaraciones, puede ser determinante para su verosimilitud o grado de certeza, mas no para la validez formal de la prueba. En consecuencia, el fallador quebranta la norma cuando rechaza en forma absoluta el testimonio de una persona que a la fecha de la percepción del hecho declarado era inhábil, según el art. 668 del C. J. para rendir testimonio".

Con miras a demostrar la censura, transcribe luego algunos pasos de la sentencia del Tribunal, para concluir que cometió el yerro de valoración imputado, porque los referidos testigos a la fecha en que rindieron sus declaraciones no estaban inhabilitados por razón de la edad.

II. También el sentenciador de segundo grado incurrió en error de derecho al rechazar los testimonios de María Dolores Fernández, madre de la demandante y los de Eloísa Fernández de Rodríguez y Carmen Fernández de Benítez, tías de la misma actora, pues al juez le está vedado reconocer de oficio tachas de parcialidad. Refiere como violación medio la de los arts. 669, 670, 696 y 697 del C. Judicial.

III. "Así mismo —afirma el recurrente— incurre el Tribunal de Garzón en un error de derecho, violando el precepto del artículo 693 del C. J., al rechazar el mérito probatorio de los testimonios de los señores Luis Carlos Fuentes, Luis Enrique Cuenca, Urbano Quintero, José Ignacio Losada, Cleofe Jiménez de Losada, Luis Angel Rincón, Salvador Artunduaga Ramos, Honorio Trujillo Mora, Félix Arteaga, Miguel Angel Téllez, Jerónimo Ramos, Juan de J. Serrano, Hipólito Sánchez y Juan Bautista Artunduaga, por considerar mal practicada la ratificación de esas declaraciones, violando así los artículos 696 y 697 del C. J.

"El fallador en la sentencia acusada al observar en el proceso la presencia de una serie de declaraciones rendidas fuera de juicio, pero que se allegaron oportunamente al proceso, expresó su determinación de negarles todo valor probatorio a tales exposiciones por la circunstancia de haber quedado mal realizada la ratificación que dentro del juicio hicieron los correspondientes testigos sobre sus dichos. En numerosos apartes del fallo que se acusa, el juzgador de segunda instancia reitera las razones expuestas para exigir una determinada forma de ratificación del testimonio, la cual a su juicio no se cumplió en este proceso por lo cual se concluyó en la carencia absoluta de valor probatorio de las declaraciones que acaban de mencionarse. Sabido es que en nuestro régimen procesal solamente existe una norma que hace referencia a la ratificación del testimonio rendido extrajuicio, como es el art. 693 del C. J. el cual establece la oportunidad en que tales testimonios o su ratificación deben aparecer en el proceso para que sean considerados como medio de prueba; pero no existe en ninguna de nuestras codificaciones norma alguna que establezca la forma como debe practicarse la ratificación de un testimonio extrajuicio, lo que significa que dicha diligencia no está sometida a determinadas formas sacramentales para que su aportación deba tenerse como valedera".

Más adelante agrega el censor que de los testimonios rechazados por el sentenciador por defectuosa ratificación, "se desprende la demostración de las relaciones sexuales, estables y notorias que se han debatido en este juicio para acreditar la paternidad natural del presunto padre de Priscila Fernández".

IV. En el cuarto capítulo acusa la sentencia por haber incurrido el sentenciador "en error de hecho al dejar de estimar, conforme al valor que les corresponde, los testimonios de los señores Luis Carlos Fuentes, Luis Enrique Cuenca, Urbano Quinte-

ro, José Ignacio Losada, Cleofe Jiménez de Losada, Luis Angel Rincón, Salvador Artunduaga Ramos, Honorio Trujillo Mora, Félix Arteaga, Hipólito Sánchez, Miguel Angel Téllez, Jerónimo Ramos, Juan de J. Serrano y Juan Bautista Artunduaga, con fundamento en una supuesta falta de ratificación, violando en consecuencia los artículos 693 y 697 del C. J.".

A continuación el acusador fundamenta la censura sobre la afirmación de que las declaraciones mencionadas fueron consideradas ineficaces, por no ajustarse al proceso de ratificación como lo entiende el sentenciador de segundo grado y, al efecto dice: "A pesar de que el Tribunal mencionó en la parte motiva de la sentencia acusada tales testimonios, y trató de hacer un análisis probatorio de los mismos, partió de la base de la ineficacia total e invalidez absoluta de esas declaraciones por el hecho de no haberse ratificado esos testimonios siguiendo la tesis establecida por ese Tribunal. En consecuencia, siendo válida la diligencia de ratificación de los testigos llevados al proceso por la actora en la forma como se realizó, esto es, dejando la constancia firmada por el juez, el testigo y el secretario, de que ese testigo se ratifica en todo el contenido del dicho anterior, forzoso era para el Tribunal entrar en la calificación del mérito probatorio de esas declaraciones, sin poner en tela de juicio el valor demostrativo de esas pruebas y sin determinar su desestimación absoluta con base en esa pretendida falta de ratificación. No tuvo en cuenta el Tribunal los testimonios aludidos por cuya razón pronunció un fallo absolutorio para la parte demandada, estando obligado a hacerlo para que entonces la sentencia que hoy se acusa hubiera recaído sobre el decreto judicial de la paternidad natural. Las declaraciones desestimadas se presentaron oportunamente al proceso, y de su contenido se colige la demostración de los hechos que exige el art. 4º ordinal 4º de la Ley 45 de 1936 para obtener la declaración de la paternidad natural; esos testimonios rechazados por el fallador fueron rendidos por personas hábiles al momento de declarar, que concuerdan en el hecho que se trata de demostrar y en las circunstancias de lugar, tiempo y modo respecto del acontecimiento constitutivo del derecho cuya declaración se pretende. Basta observar que las declaraciones en mención, reunen los requisitos que la doctrina ha establecido como indispensables para la validez del testimonio; todos los declarantes depusieron con pleno conocimiento de causa y con absoluta certidumbre del significado de sus declaraciones (testimonios responsivos); lo hicieron igualmente, respecto de las circunstancias de lugar, tiempo y modo que a cada uno de ellos le constaba, con toda propiedad, seguridad y sin manifestar vacilaciones sobre los hechos importantes de la declaración (testimonios exactos); y finalmente, se refirieron a todos los hechos que habían percibido sobre las relaciones de Antonio María Penagos y María Dolores Fernández, sin agregar el relato de sucesos inexistentes, y sin ocultar los que verdaderamente conocieron (testimonio completo)".

Luego el censor emprende un análisis de lo referido por algunos testimonios que afirman fueron preteridos, como el de Luis Enrique Cuenca, Urbano Quintero, Luis Angel Rincón y Félix Arteaga.

V. Finalmente sostiene el recurrente que el Tribunal incurrió "en error de hecho al no haber tenido en cuenta los testimonios aportados por la parte demandada, rendidos por los señores Gabriel Sánchez, Gratiniano Ospina Fajardo, Enriqueta Serrano de Polo, José Vicente Serrano, David Torres Calderón, Milciades Téllez, Pedro Torres Zambrano, Evangelista Trujillo de Naranjo y Clemente Urriago, todos visibles a los folios 5 a 25 del cuaderno número 5, violando en consecuencia los artículos 597 a 697 del C. de Procedimiento Civil.

"En las constancias procesales se observa claramente cómo las partes en litigio aportaron oportunamente sus pruebas, a fin de demostrar los hechos afirmados en la demanda original, y en la respuesta a la misma, respectivamente; a pesar de ello, el Tribunal de Garzón al realizar en la sentencia las brevísimas e incoherentes meditaciones que consigna respecto de las prue-

bas, hace referencia exclusivamente a las declaraciones presentadas por la parte demandante, guardando un silencio injustificado respecto de las presentadas por la demanda demandada. Formando parte de los diez (10) testimonios del acervo probatorio allegado oportunamente al proceso, inevitable era para el fallador de segunda instancia pronunciarse sobre el valor probatorio de los mismos y obtener de ellos los elementos de juicio necesarios para llegar a una conclusión concordante con las opiniones emitidas respecto de los testimonios aportados por la actora. Sin embargo, el Tribunal desechó de un todo tales declaraciones, las ignoró en el fallo que se acusa y pacientemente produjo la resolución que ha venido a coincidir con la negación total de las peticiones de la demanda. De tales declaraciones, al igual que de las presentadas por la parte demandante, se colige sin duda alguna tanto la estabilidad como la notoriedad de las relaciones sexuales sostenidas entre Antonio Penagos y María Dolores Fernández".

Consideraciones de la Corte

1. La Corte sólo contrae el estudio a la segunda censura formulada por el recurrente a la sentencia del Tribunal en la cual se denuncia error de derecho en la apreciación de los testimonios de Eloísa Fernández de Rodríguez y Carmen Fernández de Benítez, porque está llamada a prosperar.

2. El fundamento de la censura dicha radica en que el sentenciador "erigió una mera sospecha en causal de tacha de esos testimonios, sin haberse hecho el análisis exigido por el inciso segundo de la misma disposición" (se refiere al art. 670 del C. J.), pues las mencionadas declaraciones ponen de manifiesto "los presupuestos de las relaciones sexuales, estables y notorias, al igual que inequívocas, y que la actora nació dentro del período señalado en dichas normas, lo cual conlleva la declaración de paternidad natural, tal como lo dispone el mencionado artículo 4º en su ordinal 4º".

3. Con relación a los testimonios rendidos por Eloísa Fernández de Rodríguez y Carmen Fernández de Benítez, el Tribunal luego de transcribir su criterio sentado en otro caso sobre los testimonios de parientes, desestima las aludidas declaraciones, por tratarse de tías de la parte demandante y al efecto las califica de "testigos sospechosos".

4. Atendiendo a la clasificación doctrinal de los impedimentos en absolutos y relativos, el ordenamiento faculta al juzgador para prescindir, oficiosamente, de los testimonios que se encuentren en la primera categoría, como también de los comprendidos en el ordinal 1º del art. 669 del C. Judicial, pues no otra conclusión se puede derivar de la ley cuando ésta ordena que el testigo en quien concurre impedimento físico, mental o moral, o por parcialidad provenientes de alguno de los parentescos indicados en el numeral 1º del art. 669, no pueden ser presentados en juicio por ninguna de las partes". (art. 672 C. J.).

En este orden de ideas, y por argumento a contrario sensu, queda a iniciativa de la parte y no a los poderes oficios del juez el reconocimiento de las tachas provenientes de parcialidad o constitutivas de inhabilidad o impedimentos relativos, con la salvedad que contiene el ordinal 1º del artículo 669, pues como reiteradamente lo ha dicho la jurisprudencia, dichas tachas están establecidas en interés exclusivo de la parte a que pueda perjudicar la prueba testimonial. Así mismo, tampoco se encuentra facultado el juzgador para rechazar, de manera oficiosa, los testimonios de parientes de las partes, diferentes a los enumerados en el art. 669, por la sola circunstancia del parentesco. (art. 670 del C. J.).

En reciente fallo la Corte dijo: "Las tachas por parcialidad, con la salvedad advertida antes respecto de la del testigo que sea cónyuge, ascendiente, descendiente o hermano de una de las partes (numeral 1º del art. 669), están establecidas en interés único y exclusivo de la parte en cuyo perjuicio colige la ley que se sentirá inclinado a declarar el testigo afectado por ella. En armonía con ello, se dejan a la discrecionalidad e iniciativa de dicha parte el hacer que ta-

les tachas se hagan jurídicamente relevantes mediante el ejercicio del correspondiente derecho potestativo que para el efecto se le concede. Por consiguiente, si este derecho no se ejercita, si por esa abstención las tachas alegables no llegan a adquirir relevancia, forzoso es entender entonces que los testimonios a que ellas se refieren queden intactos, tal y como si aquellas no existieran, y que en esa condición deben ser apreciadas por el juzgador. Entendimiento este que surge no solo por razones de lógica, sino porque por los caminos de la analogía se llega a él, visto que el inciso 2º del artículo 672 preceptúa que 'los testigos inhábiles por parcialidad, pueden ser presentados por la parte contraria de aquella en cuyo favor supone la ley que tiene interés en declarar; y sus dichos son habilitados por este motivo...' (ha subrayado la Sala).

"Viene de todo lo anterior la conclusión de que indudablemente incurre en error de derecho en la apreciación de la prueba testimonial, el fallador que deseche testimonios por causa única de parcialidad, cuando la respectiva tacha no haya sido alegada por la parte legitimada para hacerlo. Si bien es cierto que aún dentro del sistema de la tarifa legal entre nosotros predominante, en la medida de la fuerza de convicción de la prueba testimonial tienen los jueces discreta autonomía, como por ejemplo en lo relativo a la ponderación de la razón del dicho del testigo, a la responsividad, exactitud, cabalidad y sinceridad de sus declaraciones, y a la concordancia entre varios de ellos sobre unos mismos hechos (G. J. T. CVII, primera parte, pág. 185), por virtud de las normas legales atrás comentadas les queda vedado hallar en esa autonomía patente para prescindir de oficio, por la sola causal de supuesta parcialidad prevista en la ley, testimonios que si bien eran susceptibles de ser impugnados mediante la alegación de esta por la parte interesada, no lo fueron, y que por lo mismo quedaron purificados de la deficiencia interna que esa causal en principio comporta. Todo lo cual se entiende sin perjuicio de la salvedad que consagra en su última parte el numeral primero del artículo 669 del Código Judicial, respecto de las causas de edad o parentesco" (G. J. T. CXXXII, págs. 59 y 60, sent. de 14 de octubre de 1969).

5. El Tribunal, como se dejó visto, rechazó las declaraciones de Eloísa y Carmen Fernández, por la sola consideración oficiosa de juzgarlas "sospechosas", en razón del parentesco de consanguinidad, en tercer grado, existente con la parte demandante, sin mediar reparo o tacha alguna provenientes de la contra-parte, la que antes bien, al momento de rendirse la prueba, se acogió al derecho de contrainterrogar, y así lo hizo.

6. El sentenciador, al desechar la prueba testimonial de Eloísa y Carmen Fernández, por el único motivo del parentesco existente con la parte demandante, sin mediar tacha de parcialidad, cometió el error de derecho que se le achaca, pues violó las disposiciones sobre disciplina probatoria que cita la censura, quebrantó indirectamente, por esa razón, el art. 4º, ordinal 4º de la Ley 45 de 1936, vigente a la iniciación del negocio, pues de haberles concedido a las declaraciones el valor probatorio que les otorga la ley, habría hecho la declaración de paternidad natural impetrada por la demandante, ya que los testimonios dichos acreditan la existencia de relaciones sexuales estables y notorias entre Antonio María Penagos Castaño y María Dolores Fernández, de las cuales nació Priscila Fernández, como se pondrá de manifiesto en la sentencia de instancia.

Sentencia de instancia

1. Invócase en la demanda, como causal de filiación natural, las relaciones sexuales. Hay lugar a presumir la paternidad natural, según el ordinal 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, en el evento de que entre el presunto padre y la madre hayan existido relaciones sexuales, estables y notorias, así no hayan tenido comunidad de habitación y siempre que el hijo hubiera nacido después de 180 días contados desde que empezaron las relaciones o dentro de los 300 siguientes a aquel en que cesaron.

2. Con miras a demostrar esta causal, la parte demandante adujo entre otras, las declaraciones de Eloísa y Carmen Fernández, de las cuales se desprende que Priscila Fernández, nacida el día 18 de junio de 1929, en el municipio de La Jagua, es hija natural de Antonio María Penagos Castaño y María Dolores Fernández, en razón de las relaciones sexuales, estables y notorias, ocurridas entre éstos por los años de 1928 y 1929.

En efecto, la testigo Carmen Fernández de Benítez, expresa en declaración que luego fuera ratificada: "Me consta que entre Antonio María Penagos y María Dolores Fernández existieron relaciones íntimas, por el hecho de haber hecho vida marital como por el espacio de un año, lo que ocurrió en el año de mil novecientos veintiocho y mil novecientos veintinueve, de cuyas relaciones hubo una niña que fue bautizada con el nombre de Priscila; me acuerdo muy bien que el citado Antonio Penagos o Tuco como nos habíamos acostumbrado a decirle, me dijo que fuera y lo acompañara y le dijera dónde era que vivía una señora que ejercía la profesión de partera y que llamaba Brígida Mora; pues recuerdo muy bien que eran como las siete de la noche, habiendo ido juntos a donde vivía la citada señora, a quien Tuco o Antonio contrató para que le atendiera el parto a mi hermana María Dolores, quien efectivamente vino y atendió a mi hermana en ese asunto. Como yo en esa época era una señorita de por ahí trece o catorce años, me mandaron a acostar, siendo que al otro día fue que vi la niña que mi hermana había tenido. Recuerdo que antes de irme para la escuela entré a la habitación de ellos y vi a la niña. Me consta que Tuco o Antonio María Penagos, comía y dormía en nuestra casa en forma permanente hasta unos cuatro meses después de nacida la niña, después de lo cual se fue retirando poco a poco, pero él le mandaba semanalmente con nosotras es decir con Eloísa y yo que éramos las más pequeñas, dinero para que se sostuviera, a la vez que a nosotras nos daba de a veinte centavos para nuestras golosinas, con lo cual comprábamos bananos y chontaduros. También recuerdo muy bien que Tuco o Antonio María Penagos era quien sostenía casi en forma total a mi papá y a mi mamá. Me pude dar cuenta en esa época que mi hermana no era casada con él, porque al comenzar a retirarse nos fueron faltando algunas cosas en la casa y entonces yo pregunté por qué Antonio ya no iba a la casa con la misma frecuencia anterior, habiéndome dicho mi papá que era que mi hermana no lo quería atender más, por lo cual le dije a mi papá que si luego el esposo no era para atenderlo toda la vida, respondiéndome mi papá entonces que ese par de sinvergüenzas no eran casados y que si Maruja volvía a meter las patas con Antonio o Tuco, la echaba de la casa. Recuerdo además muy bien que estas cosas sucedieron en los años de mil novecientos veintiocho a veintinueve cuando el país estaba atravesando una crisis económica y política, habiendo sido en esos días que cayó el partido conservador, habiendo pasado el Gobierno a manos del liberalismo, bajo la presidencia del doctor Enrique Olaya Herrera".

Esta testigo, al ser preguntada, agrega detalles que le imprimen seguridad y seriedad a su dicho, pues así se expresa: "Diga la declarante por qué circunstancia especial ha recordado que fue precisamente en los años de 1928 a 1929 que Antonio María Penagos y María Dolores Fernández tuvieron relaciones íntimas, cuando por aquella época Ud. era una niña que apenas contaba con trece o catorce años? ...'Sencillamente porque en esa época estaba cursando mi tercer año de primaria en la escuela de esa localidad y Tuco que era como le decíamos era el que nos procuraba a las más chiquitas para las golosinas, es el detalle que más recuerdo' ...¿Por qué razón ha dicho Ud. que en los años de 1928 a 1929 el país 'atravesaba una crisis económica y política' y cómo pudo Ud. apreciar esa situación cuando por aquel entonces Ud. era una niña de corta edad?... 'La razón por la cual pude apreciar eso, fue porque mi papá era conservador y cuando el partido conservador cayó, vivía mi papá muy deprimido y le dije que por qué estaba triste y me dijo mi papá, que él no podía convenir que después de mandar el

partido conservador por más de cuarenta años, fuera a caer, que como yo era la hija predilecta de él me alcancé a dar cuenta de la tristeza que él tenía ... Cuando Ud. ha empleado la expresión "cayó el partido conservador" ha querido referirse exactamente a la fecha de las elecciones presidenciales en las que resultó elegido el candidato liberal doctor Enrique Olaya Herrera, tal como Ud. lo ha mencionado en su declaración? ... 'No he querido referirme a la fecha precisa sino a la época'. ... Entonces, ¿qué entendió Ud. por 'la caída del partido conservador'? ... 'Que a raíz de que oí referir a mi papá de la caída del partido conservador, entonces yo le dije que eso no tenía importancia, porque yo sentía que verdaderamente no tenía importancia' ... Cuando Ud. se dio cuenta de las relaciones amorosas que ha afirmado existieron entre Antonio Penagos y su hermana María Dolores Fernández, ¿creyó que estaban casados y por qué tuvo esa creencia? ... 'Tuve esa creencia porque él llegaba a caballo, desensillaba su caballo y entraba a la pieza' ...¿Puede Ud. decir si por aquella época a que viene refiriéndose Antonio Penagos residía en la población de 'La Jagua' o lo hacía en la ciudad de Garzón? ... 'Estoy segura que residía en la ciudad de Garzón en donde tenía su casa paterna, pero la mayor parte la llevaba allá porque tenía finca que se llamaba 'Morritos' y de ahí no recuerdo más, termino' ...¿Tuvo Ud. conocimiento personal de que Celedonia Fernández Adames, su hermana legítima hubiera dado a luz en su casa paterna un hijo natural? ...Sí lo tuve, después del nacimiento de Priscila como a los dieciocho meses o dos años después, nació un niño que fue bautizado con el nombre de Campo Elías hijo de Celedonia' ... ¿Creyó Ud., que como en el caso de su hermana María Dolores, Celedonia Fernández Adames, cuando tuvo su hijo, estuviera también casada? ... 'Eso sí no lo pude creer porque cuando ella estaba en estado que le conocimos que estaba interesante nosotros no le habíamos visto en la casa a nadie porque ningún hombre había entrado a pretenderla a ella' ... ¿Por qué circunstancia se dio Ud. cuenta que Antonio Penagos y su hermana María Dolores Fernández, no estaban casados tal como Ud. venía creyendo? ... 'Por lo antes dicho en mi primera declaración' ... ¿Le consta a Ud. personalmente que Antonio Penagos, quien ha sido catalogado como un hombre discreto y disimulado, ocultara ante el público las relaciones amorosas que Ud. dice sostuvo con su hermana María Dolores Fernández? ... 'Pues a mi manera de pensar atribuyo eso por su dinero y posición social distinta a la de nosotros; don Antonio María Penagos no pretendía ocultar ante el público sus relaciones amorosas tenidas con mi hermana mayor María Dolores porque entonces no llegaría tranquilo a la casa de nosotros' ... ¿Le consta a Ud. personalmente que el señor Antonio María Penagos hubiera estado presente en la casa de habitación de María Dolores Fernández cuando ésta dio a luz ... 'Me consta, doctor, el 18 de junio de 1929 como a las ocho de la noche o siete de la noche, no preciso la hora' ... Cuando María Dolores Fernández dio a luz le consta a Ud. personalmente que Antonio María Penagos vivía con ella como marido y mujer? ... 'Me consta, pero le he dicho que iba a la casa con frecuencia y entraba a la pieza, pero hechos íntimos a mi no me consta porque ellos se encerraban en la pieza' ... Entonces, ¿por qué razón acaba Ud. de declarar 'Me consta que entre Antonio María Penagos y María Dolores Fernández existieron relaciones íntimas, por el hecho de haber hecho vida marital como por el espacio de un año'? ... 'Porque yo los veía acariciándose, pero por ningún hecho más, rectifico, que esa hija la hubo por las relaciones sexuales que hubo entre Tuco y mi hermana' ... ¿Le consta a Ud. personalmente y por qué hechos existieron relaciones sexuales entre Antonio María Penagos y María Dolores Fernández?... 'Por los amores y amistad que tuvieron ellos dos'."

La testigo Eloísa Fernández de Rodríguez, así declara: "Yo estaba muy pequeña de unos siete u ocho años puesto que mi sobrina Priscila nació en junio de 1929 y yo en agosto de 1921; por ahí un año antes de nacer Priscila vi que mi hermana María Dolores conversaba mucho tiempo

y se acariciaba con Antonio Penagos o Tuco como le decíamos todos, y luego se acostaban a dormir juntos en una de las piezas de la casa de mis padres; recuerdo mucho que mi papá también quería y atendía a Tuco porque él nos ayudaba para la comida y para la ropa y yo que estaba en la escuela él me daba plata para mis dulces y para cuadernos y así estuvo viviendo con mi hermana como un año aunque él salía a Garzón y las fincas del papá y el papá de Tuco llamaba Grigelio; yo recuerdo que mi papá que al principio se oponía a esos amores después nos dijo a nosotras que estábamos recién entradas al uso de razón y seguramente para justificar los hechos que era que Tuco y María Dolores se bían casado pero claro que eso era mentira y ya de grande fue que caí en cuenta que Tuco engañó a mi hermana para poder vivir con ella y de allí vino mi sobrina Priscila; después cuando esta niña ya tenía como un año recuerdo que vino la caída del partido conservador del año 30 y desde entonces Tuco no volvió a nuestra casa si no muy lejos lejos y algo le daba para ropa y comida a la niña y a María Dolores..."

Contrainterrogada la declarante, el dicho conservó su fuerza de convicción, pues antes bien agrega hechos que lo fortalecen, como pasa a demostrarse con la transcripción pertinente: "Diga la declarante, si recuerda, que su padre se opuso a los amores que dice existieron entre Antonio María Penagos y su hermana legítima doña María Dolores Fernández y en qué consistió esa oposición? ... 'Sí doctor, mi papá se opuso a esos amores de Antonio María Penagos y María Dolores y cuando nosotras estuvimos ya recién entradas al uso de la razón y seguramente para justificar los hechos dijo que Tuco y María Dolores se habían casado pero eso eran mentiras y cuando yo estuve grande caí en cuenta que Tuco había engañado a mi hermana para poder vivir con ella; porque al principio Tuco entraba a la casa a las espaldas de papá y mamá, es decir sin que ellos lo supieran, en esas ocasiones que Tuco entraba, tal vez alguna de las personas que se daba cuenta le llegó con el cuento a mi papá y entonces mi papá cogió a María Dolores y la encerró en el cuarto y le dio una juetera y quiso echarla de la casa y entonces la puso en confesión que qué era lo que pasaba y entonces ella contó, pues que Tuco la había engañado con palabra de matrimonio. ...Diga la declarante, si le consta personalmente o lo recuerda que Antonio María Penagos por aquella época a que ha referido vivía permanentemente en su casa paterna de La Jagua, es decir en la de Ud. o solamente llegaba allí de cuando en cuando a visitar a su hermana? ... 'El iba en la semana unas tres o cuatro veces, al principio antes de mi papá darse cuenta y en después sí iba frecuentemente' ... ¿Puede Ud. recordar si Antonio María Penagos continuó visitando frecuentemente la casa suya después del nacimiento de Priscila Fernández, y por cuánto tiempo más? ... 'Cuando la niña tenía un año, él siguió yendo al principio iba frecuentemente y de ahí en después se fue alejando, venía pero lejos lejos, pero siempre le pasaba plata a María Dolores".

Estas declaraciones, tan vinculadas al desarrollo de los hechos, las encuentra la Corte, dadas la circunstancias de ser exactas, responsivas y completas, como elementos de convicción suficiente para demostrar que Priscila Fernández nació como fruto de las relaciones sexuales, estables y notorias, habidas entre Antonio María Penagos Castaño y María Dolores Fernández.

3. Ahora, el acervo probatorio incorporado al juicio por la parte demandante no se reduce a las anteriores dos declaraciones analizadas. Adujo también los testimonios de Luis Carlos Fuentes, Luis Enrique Cuenca, Urbano Quintero, José Ignacio Losada, Cleofe Jiménez de Losada, Luis Angel Rincón, Salvador Artunduaga, Félix Arteaga, Jerónimo Ramos, Juan J. Serrano, Hipólito Sánchez, Juan Bautista Artunduaga, Honorio Trujillo Mora, los cuales, en su conjunto, confirman que la actora es hija natural de Antonio María Penagos Castaño y María Dolores Fernández, ya que según esta prueba existieron entre estos relaciones sexuales, en la calidad de estables y notorias, habiendo nacido la citada Priscila después de 180 días de iniciadas las relaciones.

4. La anterior prueba testimonial no convenció al juzgador, entre otras razones, porque según su criterio la ratificación de declaraciones de nudo hecho debía cumplirse en tal forma que "el testigo debe relatar nuevamente los hechos o puntos que expuso en la declaración rendida extrajuicio", a manera de rectificación doctrinal debe observarse que el ordenamiento no exige esa disciplina o rito para que las declaraciones de nudo hecho puedan ser aceptadas en juicio. El artículo 693 del C. J., que se ocupa de la ratificación en juicio de las declaraciones de nudo hecho, sólo exige para apreciar tales testimonios que su ratificación se haya pedido y decretado durante el tracto probatorio, con miras a que la otra parte pueda intervenir en la diligencia, repregunte y ejercite su derecho de controvertir la prueba. Si se acatan estos requisitos, que miran al cumplimiento de los principios de publicidad y contradicción en las pruebas, la practicada en esas condiciones debe apreciarse según su mérito.

Sobre el particular, es doctrina de la Corte: "El artículo 693 del C. J. vigente es la única disposición que hay acerca de los requisitos que es menester cumplir para aducir como prueba declaraciones que han sido rendidas extrajuicio. La ley exige que la ratificación se haya pedido y decretado durante el término probatorio brindándole así a la contraparte la facultad de pedir la no admisión de determinada prueba, y en tratándose de la testimonial de otorgar además, el derecho de contrainterrogar a los testigos. Son estas, pues, las razones que el legislador tuvo indudablemente en cuenta para establecer que la ratificación de los testimonios rendidos extrajuicio ha de ser solicitada y practicada durante el término probatorio. El C. Judicial vigente, lo mismo que el antiguo, no exige más requisitos, y, por tanto, es discrecional para los jueces elegir la forma como debe recibirse la ratificación de los testimonios. No puede admitirse la tesis de que para la validez de la ratificación del testimonio es esencial, además llevar los mismos requisitos que para la declaración original volviendo el testigo a repetir punto por punto su declaración primitiva; hasta que el testigo, después de que haya sido leída su declaración, diga que ratifica, que está de acuerdo con ella y que tal diligencia sea firmada por el juez, el testigo y por el secretario; si el testigo no está, en todo o en parte, de acuerdo con la declaración extrajuicio, deberá manifestarlo y hacerlo constar en la diligencia" (sent., 9 de febrero de 1949, LXV 523; 28 de febrero de 1970, aún no publicada).

5. Acumulada a la acción de investigación de la paternidad natural, la parte demandante ha formulado la de petición de herencia. Esta acción radica en cabeza de todo aquel que probare su derecho a heredar a una persona, para que como sucesor único o concurrente, se condene al que ocupa la herencia que también se dice ser heredero, a la restitución de la universalidad o de la cuota correspondiente. La restitución implica también la de frutos producidos, teniendo en cuenta la buena o mala fe del demandado, aplicando para tal efecto y por extensión las normas sobre prestaciones mutuas del título "de reivindicación", considerando a los demandados como poseedores de buena fe (arts. 769, 964 ss. 1321 1323, y 1324 del C. C.).

6. Al declararse que la demandante Priscila Fernández tiene la calidad de hija natural de Antonio María Penagos Castaño, por este mismo motivo queda establecida su vocación hereditaria con mejor derecho a la herencia que las demandadas, que fueron reconocidas en el juicio sucesorio como herederas del causante, en la calidad de hermanas de éste; por lo cual ocupan la herencia y por la forma como respondieron el libelo se desprende que ellas poseen los bienes relictos, pues así lo confiesan en las respuestas dadas a los hechos I, II, III y IV.

Resolución

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, CASA la sentencia de fecha 15 de diciembre de 1967, proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito

Judicial de Garzón, y como juzgador de instancia,

Resuelve

Primero. Revócase la sentencia de ocho de abril de mil novecientos sesenta y siete, proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Garzón.

Segundo. Declárase que PRISCILA FERNANDEZ DE REYES, nacida el 18 de junio de 1929, en La Jagua, es hija natural de Antonio María Penagos Castaño.

Tercero. Comuníquese al funcionario respectivo para que haga la inscripción en los libros correspondientes del Registro Civil (Decreto 1003 de 1939).

Cuarto. Como consecuencia de la declaración de paternidad natural, declárase que PRISCILA FERNANDEZ DE REYES es heredera en la sucesión de ANTONIO MARIA PENAGOS CASTAÑO, con mejor derecho que las demandadas Soledad Penagos de Gómez y Rosa Penagos de Castaño.

Quinto. Condénase a las demandadas a restituir a la demandante los bienes sucesorales de Antonio María Penagos Castaño, más los frutos civiles y naturales, a partir del día 21 de septiembre de 1965, fecha en que quedó notificado el auto admisorio de la demanda. Los frutos se liquidarán por el procedimiento señalado en el artículo 563 del C. Judicial.

Sexto. Condénase a las demandadas en las costas de la primera y segunda instancias.

No hay costas en casación.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el juicio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva.

(Discutida y aprobada la anterior sentencia en sesión llevada a cabo por la Sala, el día cinco de mayo de 1971).

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

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

RENDICION DE CUENTAS

El secuestre debe rendir cuentas al adjudicatario o rematador.

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

(Proyecto registrado por el Dr. Humberto Murcia Ballén, como Abogado Asistente).

(Aprobado según Acta Nº 46 de fecha diecinueve de los corrientes).

Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandante contra la sentencia del 29 de abril de 1969 dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Espinal, en el juicio especial de rendición de cuentas instaurado por ERNESTO PABON CAMACHO frente a AGUSTIN GUTIERREZ.

I

El litigio

1. Mediante libelo del 16 de agosto de 1968 Ernesto Pabón Camacho demandó ante el Juzgado Civil Municipal de Prado a Agustín Gutiérrez, a fin de que previa la tramitación del procedimiento especial reglamentado por el Título XXXVIII del Libro II del Código Judicial, se le condenase a rendir las cuentas de la administración de la finca "Alsacia", durante el período comprendido desde el 15 de mayo de 1963 hasta el 15 de junio de 1966; a restituirle, en la cantidad líquida que se deduzca pericialmente, el saldo de los frutos naturales y civiles producidos por el fundo durante ese lapso, previa deducción de los gastos necesarios comprobados; y, además, a pagarle las costas del juicio.

2. Los hechos que el demandante invoca como constitutivos de la causa petendi, quedan sintetizados en los siguientes:

a) En el Juzgado Civil del Circuito de Girardot cursó un juicio ejecutivo instaurado por el Banco de Bogotá y la Caja de Crédito Agrario contra Luis E. Polanía, a fin de hacer efectivos sendos créditos, proceso en el cual se embargó, secuestró y avaluó la finca rural denominada "Alsacia", ubicada en el Municipio de Prado, compuesta de pastos artificiales y naturales, árboles maderables, cercas de alambre, etc., comprendida dentro de las alindaciones que se consignan en el hecho primero del libelo de demanda;

b) Por renuncia de Florentino Rincón, que fue la persona que inicialmente desempeñó las funciones de secuestre de la finca, se designó en su lugar a Agustín Gutiérrez quien tomó posesión del cargo el 23 de agosto de 1960. En tal virtud entró a administrar la finca ejecutando, desde entonces y hasta cuando la mantuvo en tenencia, actos administrativos diferentes, como arriendo de pastajes, venta de maderas, etc.;

c) El 6 de septiembre de 1962 se realizó el remate del predio y se adjudicó, como único postor, a Ernesto Pabón Camacho por la suma de $ 60.000.00, aprobado por auto del 27 de marzo siguiente, registrados éste y la diligencia en el Libro I, partida 83, de la Oficina respectiva de Purificación el 15 de mayo de 1963. En virtud de esta inscripción el rematante pasó a ser dueño absoluto del inmueble, y de los frutos producidos posteriormente, desde esa fecha;

d) En el auto aprobatorio del remate se ordenó al secuestre Gutiérrez, a más de la

entrega del bien subastado al rematador, que rindiera la cuenta comprobada de su administración. No acató sin embargo el depositario el mandato judicial, por lo cual la entrega del bien rematado hubo de hacerla el Juzgado en diligencia del 15 y 16 de junio de 1966; y,

e) Consecuencialmente, —dice el actor en los hechos 13 y 14 de su demanda— el secuestre administró la finca "desde el 23 de agosto de 1960 hasta el 15 de mayo de 1963, fecha en que se registró el remate; y la siguió administrando desde esta última fecha hasta el 15 de junio de 1966", día en que se hizo la entrega, encontrándose en mora de rendir las cuentas a que legalmente está obligado.

3. Oportunamente el demandado contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de su demandante y exigiendo la prueba de los hechos en ella invocados. Fundó la oposición en la afirmación de no haber sido "secuestre efectivo de la finca".

4. Surtido el trámite de la primera instancia el juzgado de la causa le puso término en sentencia del 30 de noviembre de 1968, mediante la cual resolvió:

"Primero. Condénase al señor Agustín Gutiérrez, de notas civiles ya conocidas, a rendir al actor, señor Ernesto Pabón Camacho, cuenta comprobada y razonada de la administración que como secuestre judicial ejerció sobre la finca denominada 'La Alsacia', ubicada en el paraje de Tomogó de este Municipio, dentro del juicio ejecutivo del Banco de Bogotá y otros contra el señor Luis E. Polanía G., que cursó en el Juzgado Promiscuo del Circuito de Girardot, cargo que ejerció desde el 15 de mayo de 1963 hasta el 15 de junio de 1966, dentro del término de veinte días contados a partir del día siguiente hábil al de la ejecutoria de esta sentencia.

"Segundo. Así mismo se condena a restituir al demandante, señor Ernesto Pabón Camacho, dentro del mismo término de veinte días, los frutos civiles y naturales producidos por dicho inmueble durante el lapso expresado en el punto anterior, previa deducción de los gastos indispensables debidamente comprobados durante la administración.

"Para la determinación de estos frutos civiles y naturales en lo que respectá a su valor, se tramitará en los términos del Art. 553 del C. Judicial, una vez en firme este fallo.

"Tercero. Niégase la petición del punto c) de la demanda, por no haberse pedido dentro del término de prueba, el avalúo de esos frutos.

"Cuarto. Condénase al demandado al pago de las costas de este juicio, por haber habido oposición manifiesta por parte de éste".

Por apelación interpuesta por el demandado el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Espinal, el que, con salvamento de voto de uno de los Magistrados integrantes de la respectiva Sala de Decisión, profirió el fallo de 29 de abril de 1969 mediante el cual revocó el apelado, negó las peticiones de la demanda e impuso las costas al demandante, quien propuso contra dicha providencia el recurso de casación.

II

La sentencia del Tribunal

1. Después de relacionar los antecedentes del litigio, pasa el Tribunal a considerar las copias que del juicio ejecutivo adelantado por el Banco de Bogotá contra Luis E. Polanía se incorporaron como prueba al presente proceso, para deducir, con base en ellas, la certeza de estos hechos: que en aquella ejecución se secuestró la finca "Alsacia"; que el demandado Gutiérrez tomó posesión del cargo de secuestre el 23 de agosto de 1960; que el aquí demandante remató dicho inmueble el 6 de septiembre de 1962; que el remate se aprobó por auto

del 27 de marzo siguiente, providencia en la cual se ordenó la entrega del bien rematado al rematador y la rendición de cuentas de la administración del depositario judicial; que la diligencia de subasta y el auto aprobatorio fueron inscritos legalmente el 15 de mayo de 1963; y que la entrega del bien rematado solo se hizo el 16 de junio de 1966, con intervención del juez de la causa.

2. Emprende luego el sentenciador el análisis de la cuestión que llama "verdaderamente fundamental" y que plantea así: "¿Tiene o no el rematante, acción de rendición de cuentas contra el secuestre?"

Y para fundamentar la negativa que da a su interrogante comienza por afirmar que la acción de rendición de cuentas, cuyo fundamento característico es, dice el fallador, "una subordinación de quien rinde las cuentas a quien se las pide", requiere la prueba de la preexistencia de un vínculo entre el demandante y el demandado, que puede emanar de un contrato, de una providencia judicial o de un texto legal expreso, relación que, agrega, no aparece entre el secuestre de un bien y quien lo remata sin ser parte en el juicio respectivo. Ejemplificando la tesis dice que el mandatario está subordinado al mandante por virtud del contrato; que el depositario judicial queda, por prescripción de los artículos 2273 y 2279 del C. C., subordinado "al litigante que gane el pleito", y por mandato del artículo 296 C. J. a los "interesados" en el juicio, "los cuales no son sino el demandante y el demandado".

"Pero en parte alguna consagra la ley expresamente, —dice el ad-quem— la obligación para el secuestre de rendirle cuentas al rematante, ni se observa relación de dependencia alguna entre el secuestre y el rematante. El art. 1.051 del C. J., enseña que pagado el precio por el rematante, o concedido a éste plazo para el pago, se dicta auto aprobatorio del remate, en el cual se ordena al secuestre entregar la cosa rematada a quien la remató, o en otros términos: el auto aprobatorio del remate finaliza, legalmente el secuestro; y si lo finaliza, no puede el rematante exigir rendición de cuentas, no solo porque no existe aquella relación de subordinación de la cual se ha venido hablando, sino también porque legalmente el secuestro finaliza".

3. Concluyendo su motivación afirma el fallador que cuando un secuestre no entrega el bien rematado al rematador, a pesar de la orden del juez, se convierte en "injusto detentador u ocupante de hecho, condición que si bien es cierto da origen a acciones en su contra por parte del rematante, convertido en propietario", no habilita a éste, sin embargo, para exigir de aquel rendición de cuentas, por no existir entre estos "relación alguna de subordinación".

III

La demanda de casación

Contra la sentencia de segundo grado el demandante formula dos cargos, ambos con fundamento en la causal primera del artículo 52 del Decreto 528 de 1964, de los cuales se despacha el primero que a juicio de la Corte viene fundado en razones suficientes para casar el fallo impugnado.

Cargo primero

1. Se formula por violación directa de los artículos 2.273 y 2.279 del Código Civil, por interpretación errónea, de los artículos 716, 718, 741, 756, 1.494, 2.181, 2.253 ibídem, 287, 1.051 y 1.052 del Código Judicial, por falta de aplicación, normas que "reconocen al rematante de un bien, a partir de la inscripción en el registro del acta de remate, su calidad de propietario, con derecho a los frutos civiles y naturales que produzca la cosa y al secuestre, además de la obligación de entregar el bien, la de dar a su adjudicatario de la administración".

2. En desarrollo del cargo empieza el recurrente por afirmar que al negar el Tribunal derecho al rematador para pedir al secuestre cuenta de su administración, en razón a que éste no es "el litigante que gane el pleito", interpreta erradamente los artículos 2.273 y 2.279 del C. C., por cuanto,

dice el censor, la primera de estas normas debe relacionarse con las disposiciones legales que determinan los derechos y las obligaciones del depositario judicial; y además, con el artículo 2.279 citado, que al imponerle al secuestre la calidad de mandatario y el deber de rendir la cuenta de su gestión, la complementa y la aclara.

"Por tanto, —afirma el impugnante— interpretar la frase del art. 2273 C. C. que establece que el secuestre debe entregar la cosa al que 'obtenga una decisión a su favor', en el sentido de que debe ser infaliblemente uno de los litigantes, es una equivocación, porque la sentencia que aprueba un remate decide a favor de una de las partes o de un tercero, la propiedad de un bien; luego, la decisión de propiedad de un inmueble que sale a remate dentro de un juicio, puede ser a favor de un tercero, del rematante. Y decir que la palabra adjudicatario que emplea el artículo 2279 C. C., significa litigante, es otro error de interpretación, porque se ignora el sentido jurídico de la palabra adjudicatario".

Expresa luego la censura que la ley sí inviste al rematador de derechos para pedir cuentas al secuestre por razón de su administración, y para exigirle el pago de los frutos producidos por la cosa secuestrada. La primera de estas facultades —agrega— la consagran los artículos 287 del C. J., 2181 y 2279 del C. C., normas todas éstas que, contra lo que sostiene el ad-quem, le imponen al depositario judicial el carácter de mandatario y por tanto el deber de rendir las cuentas de su gestión; y la segunda, los artículos 716, 718 y 2253 ibídem que dicen que los frutos pertenecen al dueño de la cosa que los produce.

Concluyendo la formulación del cargo dice el impugnador que es errado sostener, como lo hace el sentenciador, que el secuestre que no entrega la cosa depositada pierde este carácter para convertirse en ocupante de hecho, como quiera que continúa con la calidad de administrador con la que empezó, sin mutación alguna, desde luego que a términos del artículo 775 del C. C. es un mero tenedor, y porque "el simple lapso de tiempo no muda la mera tenencia en posesión", al tenor del artículo 777 de esta misma obra.

IV

Consideraciones de la Corte

1. Armonizando el conjunto de normas positivas que lo consagran y regulan, cabe decir que el secuestro judicial, que es la entrega que de una cosa o de un conjunto de bienes se hace a una persona para que los tenga, en depósito y en ocasiones como administrador, a nombre y a órdenes de la autoridad, responde a diversas finalidades.

Porque si, como sucede en los procesos declarativos, mediante el secuestro se deposita la cosa que se disputan dos o más individuos para que el depositario la entregue "al que obtenga una decisión a su favor" (arts. 2273 del C. C., 273 y 275 del C. J.), casos hay en que, como acontece en los procesos de ejecución, se entregan al secuestre los bienes que han sido embargados al deudor demandado a fin de tenerlos a disposición para efectos del remate (arts. 274, 1029 y 1051 C. J.); y casos en que, como ocurre en el juicio de liquidación de la herencia, con este depósito se busca impedir la pérdida de los bienes muebles sucesorales, o evitar los conflictos que por razón de la administración de toda clase de bienes surjan entre los herederos.

2. En cualquiera de las circunstancias en que haya lugar a él y sin consideración a su especial objetivo, el secuestro se perfecciona con la entrega de la cosa que a título precario hace el juez al secuestre; y éste cesa en sus funciones cuando, en acatamiento de la orden judicial que así lo dispone, restituye el bien o bienes a quien por derecho corresponda.

Durante el lapso comprendido entre estos extremos, más o menos largo según las contingencias de la litis, el secuestre está en relación con la cosa a título de mero tenedor y en definitiva la tiene a nombre del propietario o de quien llegue a serlo.

3. Cuando el depósito judicial versa sobre inmuebles la ley equipara el secuestre al mandatario, y como tal tiene, por razón de la administración, los derechos y los deberes de éste. En cuanto a sus facultades ellas se hallan debidamente determinadas en el Código Civil; y en lo que dice relación a sus obligaciones le corresponde, entre otras, según lo prescriben los artículos 2181, 2279 del C. C. y 296 del C. J., dar cuenta comprobada de su administración.

Es la naturaleza jurídica del encargo recibido la que impone la necesidad de que el secuestre, por el hecho mismo de administrar lo ajeno, cumpla con el deber de dar cuenta de su gestión "al futuro adjudicatario" de la cosa: si así no procede, nace para éste la facultad de exigirle coercitivamente el cumplimiento de tal obligación, dentro del mismo proceso en que se practicó el depósito, si su tramitación no ha concluido, o en juicio especial en caso contrario.

4. Si la subasta pública es una forma de venta; si, como lo enseña el artículo 741 del C. C., el remate es la traslación de los derechos del ejecutado al rematador hecha por el juez como representante legal de aquel; y si el acta de remate con su auto aprobatorio se equiparan a escritura pública, procede aceptar que mediante el remate el rematador adquiere la calidad de adjudicatario de la cosa secuestrada y subastada, y, por ende, legitimación para demandar al secuestre en acción de rendición de cuentas por razón de la administración, desde que adquirió el dominio del bien y por todo el tiempo posterior hasta tanto el depositario se la restituya. El registro de la adjudicación tiene claramente el alcance de transferir al rematante todos los derechos que su tradente tenía por razón del bien rematado, de acuerdo con los artículos 673, 740 y 741 del Código Civil.

Sostener, como lo hace el Tribunal, que el secuestre no está obligado a rendir la cuenta de su administración al rematador, porque éste no es "la parte litigante que en definitiva gana el pleito", ni "interesado" en el juicio en que se hizo la subasta, es restringir el sentido y el alcance de los textos de los artículos 2273 del C. C. y 296 del C. J. Entendidas así estas disposiciones carecería de razón y de objeto el precepto del artículo 2279 del C. C., que lleva hasta el "futuro adjudicatario" el derecho a demandar al secuestre para que rinda la cuenta de su administración, desde luego que el remate lo inviste de esa calidad.

5. Dedúcese de lo dicho que el Tribunal sentenciador quebrantó, por interpretación errónea, el artículo 2279 del Código Civil, al no reconocerle al demandante interés jurídico para demandar del secuestre la rendición de cuentas; y que, por tanto, el fallo debe ser infirmado.

V

Sentencia sustitutiva

1. Presentadas con la demanda, pedidas y decretadas luego como prueba dentro del respectivo término del proceso, se incorporaron a él copias de algunas piezas del juicio ejecutivo que ante el Juzgado Civil del Circuito de Girardot adelantó, a partir de octubre de 1956, el Banco de Bogotá contra Luis E. Polanía. Como además estas copias fueron formalmente expedidas, acreditan plenamente, a términos de lo imperado por el artículo 632 del C. J., los siguientes hechos:

a) Que en esa ejecución se decretó, por auto de 15 de abril de 1958, el secuestro de la finca "Alsacia", ubicada en jurisdicción del municipio de Prado, denunciada como de propiedad del ejecutado, y se designó como depositario judicial a Florentino Rincón; b) que el 26 de mayo de ese mismo año se consumó la medida ejecutiva, mediante la entrega del fundo que la justicia hizo al secuestre inicialmente nombrado; c) que por renuncia del primer depositario, cuyas cuentas rendidas fueron aprobadas en junio de 1960, se nombró para desempeñar ese cargo al aquí demandado Agustín Gutiérrez, quien tomó posesión el 23 de agosto siguiente; d) que el remate del inmueble se realizó el 6 de septiembre de 1962, diligencia en la cual se adjudicó al aquí demandante Ernesto Pabón Camacho, por la su-

ma de $ 60.000.00; e) que por auto del 27 de marzo de 1963 se aprobó la subasta, providencia que dispuso, además, la entrega por el secuestre de la cosa rematada al rematante, y la orden a aquel para que "rinda cuentas comprobadas de su administración"; y, f) que la entrega del bien subastado solo se hizo al rematador el 16 de junio de 1966.

Con el certificado Nº 49-Bis-, expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Purificación, queda demostrado que la diligencia de remate y su auto aprobatorio se inscribieron allí el 15 de marzo de 1963; y que por virtud de esta inscripción el demandante aparece desde entonces como poseedor inscrito de la finca.

2. Las razones consignadas en el despacho del cargo que prospera y la plena comprobación de los hechos básicos de la demanda, imponen la conclusión de que el demandado debe rendir a su demandante la cuenta de la administración de la finca "Alsacia", desde el 15 de mayo de 1963 hasta el 16 de junio de 1966, lapso durante el cual, siendo éste dueño del inmueble, aquel la tuvo en calidad de secuestre.

Porque si en estos autos no aparece constancia de la entrega del bien al depositario demandado, es evidente que, según lo acredita la prueba testimonial practicada en el juicio, sí ostentó la tenencia de la finca y ejerció sobre ella la administración a dicho título. En efecto: los declarantes Carlos Julio Santana, Daniel Trujillo y Abraham Suárez, cuyos testimonios de nudo hecho fueron legalmente ratificados en el proceso, dando amplias razones de sus dichos y siendo concordes en las circunstancias de lugar, tiempo y modo de los hechos por ellos depuestos, acreditan plenamente que Gutiérrez administró el inmueble como secuestre; arrendaba a varias personas, inclusive a estos testigos, pastajes en la finca, recibía los valores correspondientes y vendía frutos cultivados en ella (art. 697 C. J.).

3. El juicio especial de rendición de cuentas, como lo ha dicho la Corte en distintas ocasiones, tiene por objeto que todo el que según la ley civil debe rendir cuentas de su administración, cuando voluntariamente no lo hace, pueda ser demandado para ello a efecto de saber quién debe a quién y cuánto; cuál de las partes es acreedora y cuál deudora.

De acuerdo con las normas legales que reglamentan su trámite (arts. 1120 a 1132 del C. J.), en este proceso se pueden presentar dos etapas, cada una con finalidad propia: la primera, que concierne solo a la obligación de rendir la cuenta, tiene como objeto exclusivo discutir y resolver si al demandado le asiste el deber jurídico de rendirle cuentas a su demandante; y la segunda, que asume el carácter de juicio ordinario cuando el responsable no asiente a las objeciones que a la cuenta rendida formule el demandante, busca determinar precisamente si las partes están entre sí en paz y a salvo, cuando tal cosa resulta de los autos, o declarar un saldo a cargo de una de ellas y a favor de otra.

4. Como en el caso presente este especial procedimiento no ha salido de su primera etapa, solo procede deducir la obligación de rendir la cuenta, dejando para la etapa subsiguiente, a fin de no festinar los trámites debidos, lo relativo a la concreción del saldo a favor o en contra del cuentadante.

Se debe, por tanto, confirmar los numerales 1º, 3º y 4º de la parte resolutiva de la sentencia del juez **a-quo**, y revocar el numeral 2º de ese mismo fallo.

VI

Resolución

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de 29 de abril de 1969, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Espinal en este juicio especial seguido por Ernesto Pabón Camacho contra Agustín Gutiérrez, y actuando como Tribunal de instancia.

Resuelve

Primero. Confírmanse los numerales primero (1º), tercero (3º) y cuarto (4º), de la parte resolutiva de la sentencia del 30 de noviembre de 1968, proferida en este mismo juicio por el Juzgado Civil Municipal de Prado;

Segundo. Revócase el numeral segundo (2º) de la parte resclutiva de esta misma sentencia;

Tercero. Condénase al apelante en las costas de la segunda instancia; y,

Cuarto. Sin costas en el recurso extraordinario.

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

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

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

CALIDAD DE HEREDERO

La falta de prueba de la calidad de heredero, cuando actúa como tal, no constituye ausencia de legitimación en causa, sino del presupuesto procesal de capacidad para ser parte.

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

(Magistrado Ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga).

(Aprobado según Acta Nº 46 de mayo 25 de 1971).

Decídese el recurso de casación que la parte demandante interpuso contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Palmira, pronunciada el 4 de julio de 1969 en el juicio ordinario promovido por Carmen Elena Cifuentes contra Rafael Arango Tenorio y otros, como herederos de Arnoldo Arango Tenorio.

El litigio

1. En escrito calendado el 26 de agosto de 1966, la menor Carmen Elena Cifuentes, por intermedio de curador ad litem, demandó ante el juez civil municipal de Cerrito a Rafael, Emilia y Gabriela Arango Tenorio "en su carácter de representantes de la sucesión intestada del señor Arnoldo Arango Tenorio" como hermanos legítimos de éste, para que, previos los trámites del juicio ordinario, se declarase que la demandante es hija natural del difunto y que, por consiguiente, tiene derecho a sucederlo.

La causa petendi se hizo consistir en que Arnoldo Arango Tenorio, de 1946 a 1960, "sostuvo relaciones sexuales estables, de manera permanente, pública y notoria con la señora Justina Cifuentes", lapso durante el cual tuvo comunidad de habitación con ésta; que el 8 de enero de 1948, como fruto de estas relaciones, nació la demandante; que desde entonces hasta el 21 de enero de 1966, día del fallecimiento de Arnoldo Arango Tenorio, éste trató a Carmen Elena Cifuentes, como a su hija, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento y presentándola como tal a sus deudos y amigos y al vecindario en general, por lo cual aquella tiene la posesión notoria del estado de hija natural.

2. Con oposición de los demandados se adelantó el primer grado del juicio que terminó con sentencia inhibitoria de 27 de abril de 1967, de la cual apeló únicamente la parte demandada. Agotado el trámite de segunda instancia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Palmira, con fecha 4 de noviembre de 1969, dictó sentencia por medio de la cual confirmó la inhibitoria del a quo. Contra este fallo, la parte demandada interpuso el recurso de casación que ahora se decide.

Fundamentos de la sentencia del Tribunal

Después de transcribir los hechos y peticiones de la demanda y luego de narrar el trámite de las instancias, encuentra el Tribunal que "el actor no acompañó a los autos la prueba de que los demandados sean representantes de la sucesión del señor Arnoldo Arango Tenorio, en su condición de hermanos legítimos". Añade que tampoco

fueron aportadas "las correspondientes partidas de origen eclesiástico o notarial, para acreditar que los demandados tienen el aludido parentesco con el causante". Que, entonces, "se configura plenamente la falta de un presupuesto de la pretensión o sentencia de fondo". Que, por tanto, siendo "la legitimación en causa un requisito para proferir sentencia de mérito", como en el caso a estudio falta esa condición, debe dictarse sentencia inhibitoria.

El recurso extraordinario

Dos cargos formula el censor contra la sentencia del Tribunal: el primero dentro del marco de la causal primera de casación y el segundo en el ámbito del motivo cuarto. los que entrará a estudiar la Corte en su orden lógico que es el inverso al propuesto, pues debe analizarse en primer término el ataque por error in procedendo y luego el que se funda en yerro in judicando.

Segundo cargo

Fúndase en que se incurrió en "la causal de nulidad de ilegitimidad de personería de la parte demandada".

En desarrollo del cargo argumenta el censor que habiendo encontrado el Tribunal que no estaba probada la calidad de herederos en los demandados, su proceder no debía haber sido el de pronunciar "sentencia inhibitoria por carencia de presupuesto procesal, que no la había, sino adoptar el camino jurídico; declarar la ilegitimidad de personería en la parte demandada y ponerla en conocimiento de las personas mencionadas, para que ellas, autónomamente insistieran en la nulidad o la allanaran". Que como quienes intervinieron en el juicio como demandados, actuaron en tal calidad "sin serlo jurídicamente", se incurrió en esa causal de nulidad por ilegitimidad de personería.

La Corte considera

1. A partir del fallo de 21 de julio de 1959 (G. J. XCI) la Corte, acogiendo en ese punto la tesis expuesta por Enrico Redenti, viene enseñando insistentemente que quien actúa apoyado en su calidad de heredero, no obra en nombre propio, ni lo hace en representación de otra persona, puesto que la sucesión no es sujeto de derechos y de obligaciones, por carecer de personalidad jurídica; quien así actúa, obra autónoma y exclusivamente en virtud de la calidad de heredero de que está investido. Ello demuestra que existe una tercera categoría dentro del presupuesto procesal de capacidad para ser parte, la cual se ofrece cuando se obra no en nombre propio o en representación de otra persona, sino en ejercicio de un cargo o de una calidad como la de heredero. Esta doctrina le dio piso sólido a la Corte para revaluar la que predicaba que la calidad de heredero de quien obra con ese carácter por activa o por pasiva, constituía uno de los elementos estructurales o condiciones de la acción y que, por tanto, la falta de prueba de esa calidad entrañaba ausencia de legitimación en causa, por lo que, en tal evento, se imponía el pronunciamiento de fallo absolutorio. Desde la sentencia citada, invariablemente la Corte ha sostenido que las cuestiones atinentes a la demostración de su calidad de heredero en quien dice obrar como tal, "pertenecen 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 sosteniendo por la doctrina. De lo cual se infiere que la ausencia de prueba sobre el carácter de heredero implica sentencia inhibitoria con consecuencias de cosa juzgada formal y no de sentencia de mérito, con consecuencia de cosa juzgada material".

2. Conviene aclarar, por vía de rectificación doctrinaria, que la legitimación en causa, que la ostenta el demandante cuando es legalmente el titular del derecho subjetivo que invoca, y el demandado cuando la ley lo señala como la persona obligada a ejecutar la prestación correlativa al derecho del demandante, no es un presupuesto procesal, sino uno de los requisitos de mérito o condiciones de la acción indispensables para la prosperidad de ésta.

3. También, en forma reiterada, ha dicho la Corte que la nulidad por ilegitimidad de la personería en cualquiera de las partes, o en quien figura como su apoderado o representante, consagrada en la causal segunda del artículo 448 del C. Judicial, se refiere exclusivamente a los casos en que las partes o una de ellas fueron indebidamente representadas o cuando falta la capacidad procesal o legitimatio ad processum en uno o varios de los que intervienen en el juicio, pero no se refiere a la falta de legitimación en causa por activa o por pasiva, ni a la falta de prueba de la calidad de heredero de quien en ese carácter comparece al juicio.

4. Es asunto claro que la sucesión no es persona jurídica. Por tanto, cuando se demanda a determinada persona como su representante o cuando se demanda en representación de ella, quien demanda o quien es demandado en tal carácter, comparece o es citado al juicio en su calidad de heredero, por lo cual obra autónomamente en virtud de esa calidad y no en nombre propio o en representación de otra persona. De consiguiente, quien demanda o es demandado "en representación de la sucesión", sin que obre la prueba de su calidad de heredero, no representa indebidamente a la sucesión pues, de un lado, esta no es persona jurídica por lo cual no tiene facultad para ser representada, y, de otro, el heredero, en ese caso, actúa en función de su misma calidad de tal.

Fluye, entonces, que la falta de prueba de la calidad de heredero en quien demanda o es demandado en ese carácter o de quien comparece o es citado al juicio como "representante de una sucesión" constituye falta del presupuesto procesal de capacidad para ser parte, mas no nulidad por ilegitimidad de personería.

El cargo es impróspero.

Cargo primero

Se hace consistir en "ser la sentencia del Tribunal violatoria de la ley sustancial por falta de aplicación de la ley 45 de 1936, artículo 5º, inciso 2º, y artículo 4º".

Lo funda el censor diciendo que, como en el expediente obra prueba plena de que la madre de la demandante "coetáneamente con las relaciones sexuales que Justina Cifuentes sostenía con el causante y de las cuales se dice que fue fruto Carmen Elena Cifuentes, aquella sostenía otra clase de relaciones sexuales con diferentes hombres", al inhibirse el Tribunal de dictar sentencia de mérito, violó la ley sustancial, al dejar de aplicar los artículos 4º y 5º de la ley 45 de 1936.

La Corte considera

1. El Tribunal, como aparece del extracto que se hizo de su sentencia, no entró en el estudio del fondo del litigio por encontrar que faltaba un presupuesto procesal. Expresó el fallador que no estando demostrado que los demandados eran herederos del difunto, seguíase pronunciamiento de sentencia inhibitoria, como efectivamente lo declaró.

Ahora bien, como el cargo está formulado por la vía directa, lo que supone conformidad del censor con la apreciación hecha por el Tribunal de la cuestión fáctica, y como no ha sido impugnada la conclusión del sentenciador de que por no estar probada la calidad de herederos predicada de quienes fueron demandados, no se podía entrar a decidir el fondo del litigio, síguese que no puede haber violación de las normas que se dicen quebrantadas, pues no estando reunidos los presupuestos del proceso, al juez le estaba vedado entrar en el estudio de la cuestión de fondo.

2. Como ya quedó ampliamente expresado en el despacho del cargo anterior, la falta de la demostración de su calidad, de quienes actúan a título de herederos, constituye falta del presupuesto de capacidad para ser parte, indispensable para la formación regular de la relación jurídico procesal. No estando por consiguiente bien constituida ésta, el juez no podía entrar a dictar sentencia de mérito, razón por la

cual ninguna infracción de la ley sustancial podía cometer al no dar aplicación a normas que sólo podían ser aplicadas o dejadas de aplicar en caso de que estuvieran reunidas todas las condiciones previas indispensables para que el juez pudiera proveer en el fondo del negocio.

Por lo anterior, el cargo no prospera.

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 4 de julio de mil novecientos sesenta y nueve (1969), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Palmira en este ordinario en que Carmen Elena Cifuentes demandó a Rafael, Emilia y Gabriela Arango Tenorio, como herederos de Arnoldo Arango Tenorio.

Las costas del recurso las sufragará el recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali al que fue adscrito el territorio del extinguido tribunal de Palmira.

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

Heriberto Caycedo Méndez., Secretario.

REFORMATIO IN PEJUS.

Su acusación en el recurso extraordinario solo procede por la causal primera de casación.

Legitimación en causa. Su ausencia conduce a fallo de fondo y no inhibitorio.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, tres de junio de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Doctor Ernesto Cediel Angel).

(Aprobación: Acta Nº 48 de 31 de mayo de 1971).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la demandante contra la sentencia de 27 de noviembre de 1968, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el proceso ordinario de Argemira Meléndez v. de González contra Miguel González y otra.

El litigio

En libelo repartido al Juzgado 10º Civil del Circuito de Bogotá Argemira Meléndez v. de González citó a juicio a Miguel González y Carmen Rosa Delgado de González a intento de que se hiciesen los siguientes pronunciamientos:

1º Que el inmueble denominado "Hotel Gales", ubicado en el municipio de Barbosa y alindado como se expresa en la demanda, pertenece a la demandante por compra que le hizo a Miguel González mediante la escritura 349 de 3 de junio de 1957, otorgada en la Notaría 2ª de Vélez.

2º Que, consecuencialmente, tal inmueble "no formaba parte del acervo de la sociedad conyugal que debía liquidarse conforme a sentencia proferida por el señor juez 1º Civil del Circuito de Vélez, en el juicio de separación de bienes de Carmen Rosa Delgado de González contra Miguel González M.

3º Que la demandante "tiene mejor derecho que los demandados ... al dominio del inmueble denominado Hotel Gales".

4º Que los demandados deben entregar a la demandante el inmueble mencionado.

5º Que los demandados deben pagarle asimismo a la demandante "como frutos que hubiere podido obtener con mediana diligencia desde el 3 de junio de 1957 y hasta el día que se haga la restitución o entrega material del inmueble, la suma mensual de $ 2.300.00, justo valor de los frutos civiles del inmueble en cuestión". Y

6º Que se ordene a la Oficina de Registro de Vélez inscribir la escritura 349 de 3 de junio de 1957, otorgada en la Notaría 2ª de esa ciudad, y cancelar los registros que aparezcan a nombre de los demandados.

Como fundamento de su pretensión afirma la demandante, en síntesis, que por escritura 349 de 3 de junio de 1957, otorgada en la Notaría Segunda de Vélez, compró a Miguel González Meléndez el inmueble denominado "Hotel Gales"; que las medidas de cautela decretadas por el Juzgado 1º Civil del Circuito de Vélez en el juicio de separación de bienes promovido por Carmen Rosa Delgado de González contra Miguel González Meléndez, impidieron el registro de aquella escritura; que en la diligencia de

inventarios practicada en ese proceso se relacionó el citado inmueble "Hotel Gales" como de la sociedad conyugal González-Delgado, y "al hacerse la liquidación se adjudicó a la demandada Carmen Rosa Delgado de González, un derecho correspondiente a $ 129.679.47 sobre un avalúo de $ 150.000.00 y al demandado, Miguel González, sobre el mismo avalúo un derecho de $ 18.307.57"; que el trabajo de partición se registró a pesar de que el inmueble no era bien social, puesto que había salido del patrimonio de Miguel González varios años antes; y que los demandados han retenido el inmueble y lo han usufructuado con perjuicio de la demandante, quien habría obtenido por concepto de arrendamiento la cantidad de $ 2.300.00 mensuales.

Con oposición de los demandados adelantose el proceso en su primera instancia, la cual culminó con la sentencia de 11 de junio de 1966, mediante la cual el juzgado decidió:

"Primero. Declarar no probadas las excepciones propuestas.

"Segundo. Negar las peticiones del libelo de los acápites primero, segundo, tercero, cuarto y sexto.

"Tercero. Declarar que Miguel González Meléndez está obligado a efectuar la tradición del inmueble de que trata la compraventa registrada en la escritura 349 de 3 de junio de 1957 de la Notaría 2ª de Vélez, dentro de la ejecutoria de este fallo. De no hacerlo así deberá cancelar la suma de $ 40.000.00 moneda corriente a Argemira Meléndez de González y sus intereses a partir del día 3 de junio de 1957 y a restituir los frutos mediante el incidente de que trata el artículo 553 del C. J.

"Cuarto. Absuélvese a la demandada Carmen Rosa Delgado de los cargos formulados en esta demanda.

"Quinto. Condénase en las costas de este juicio al demandado Miguel González Meléndez. Tásense".

Apelado el fallo por la parte demandante, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá lo revocó mediante la sentencia de 27 de noviembre de 1969, y en su lugar se declaró inhibido para decidir en el fondo las peticiones formuladas en la demanda, con costas a cargo de la demandante en ambas instancias. Contra esta decisión, según se advirtió, interpuso la misma parte demandante el recurso de casación que hoy se decide.

Motivación de la sentencia impugnada

Luego de afirmar que según doctrina de la Corte "la falta de legitimación en causa es bastante para negar la tutela jurisdiccional, es decir la acción, porque no se ha establecido el derecho o la facultad subjetiva correspondiente", y que por lo mismo que no es un presupuesto procesal "no admite despacho preliminar sino estudio de fondo", expresa el Tribunal:

"Para la Sala, es claramente respetable la doctrina de la H. Corte por su innegable valor jurídico. Con todo, considera más conforme a la técnica jurídico-procesal la tesis de otros (sic) connotados procesalistas tales como Redenti, Carnelutti, De la Plaza, Rocco etc., quienes consideran que la relación jurídica material no puede identificarse con la legitimación en la causa, porque el derecho a poner en actividad la jurisdicción y a recibir sentencia que resuelva sobre las peticiones incoadas, no pertenece solamente al titular del derecho material. De ello resulta que la legitimación en la causa no puede ser condición de la acción, toda vez que quien no estuviere legitimado en la causa no podría ejercitar la acción dentro de cuyo desarrollo procesal precisamente es cuando va a determinarse, si le asiste o no dicha legitimación".

Cita en apoyo de esta tesis conceptos de un tratadista colombiano, y a intento de fundar su fallo inhibitorio razona así:

"En el caso sub-judice, la parte actora pretendió fundar su legitimación en la causa, en la copia de la escritura Nº 349 de 3 de junio de 1957, de la Notaría Segunda de

Vélez, en la cual consta que compró a Miguel González, el inmueble conocido con el nombre de 'Hotel Gales', determinado por su ubicación y linderos en el memorado título. El Juzgado a-quo en la providencia que se revisa, dio por probada o acreditada la legitimación en la causa con la referida escritura. Pero, el inferior no tuvo en cuenta que al tenor del precepto contenido en el inciso 2º del art. 762 (sic) del C. C., la tradición del dominio de los bienes raíces se efectúa por la inscripción del respectivo título en la Oficina de Registro de II. P P. y PP. correspondiente. Por cuanto la copia que se presentó, carece de registro, dedúcese de ello que la actora no ha adquirido la tradición del inmueble 'Hotel Gales' y como consecuencia, no está demostrada la legitimación en la causa, para formular las súplicas en los términos de la demanda. También olvidó el inferior que según los preceptos contenidos en los arts. 2673 y 2674 ibídem, ninguno de los títulos sujetos a la formalidad de la inscripción en la respectiva oficina de registro hace fe en juicio, ni entre las partes para la efectividad del contrato que se quiso celebrar, ni ante terceros.

"Como quiera que lo anteriormente analizado lleva a la conclusión de que en el sub-lite, no es posible proferir de fondo, habrá de pronunciarse la inhibitoria y, consecuencialmente, la condenación en costas a la parte actora. No hay lugar, por razones obvias, a estudiar las excepciones propuestas".

La impugnación

Del contexto de la demanda de casación, ya que no se exponen en capítulos separados los fundamentos relativos a cada una de las causales alegadas como lo ordena el artículo 63 del Decreto 528 de 1964, se desprende que son cuatro los cargos que se le formulan a la sentencia del Tribunal: los dos primeros con fundamento en la causal primera; el tercero con apoyo en la segunda, y el último con base en la cuarta. Como el despacho lógico de los cargos impone a la Corte la obligación de examinar en primer término los que denuncian errores in procedendo, y dentro de éstos el referente a nulidades procesales, entra a estudiar el propuesto en último lugar.

Cargo cuarto

Alega el recurrente que al enmendar el Tribunal la sentencia de primer grado en lo que le había sido favorable, incurrió en el primero de los motivos de nulidad que consagra el artículo 448 del C. J., o sea la "incompetencia de jurisdicción".

"La única parte que recurrió —dice— fue la demandante, quien había obtenido a su favor la condena a cargo del demandado Miguel González para que hiciera la tradición del inmueble o devolviera el dinero recibido como precio. Al revocar la sentencia el Tribunal desmejoró la situación procesal de mi representada, pues aun el derecho ya alcanzado en la primera instancia se le negó".

Se considera

1. El artículo 494 del C. J., que prohibe la reformatio in pejus, es indiscutiblemente una norma sustancial por cuanto en ella se consagra el derecho del apelante a que no se reforme la providencia recurrida en lo que le es favorable. Por tanto, la sentencia del Tribunal que agrava la situación del apelante infringe directamente, por falta de aplicación, el precepto citado, y, de consiguiente, su acusación en el recurso extraordinario solo procede por la causal primera de casación.

2. Sin embargo, la doctrina de la Corte acerca de la causal que ha de invocarse cuando el Tribunal incide en reformatio in pejus no ha sido uniforme, pues aunque generalmente ha aceptado que la acusación del fallo de segunda instancia se formule con base en la causal primera, ha admitido en ocasiones que se le censure con base en las causales segunda y cuarta.

3. Con el fin de sostener la procedencia de la segunda dijo esta Corporación en sentencia de 11 de mayo de 1948, que dicha causal "de sentido y alcance formal y no de fondo, se funda en el principio general de derecho procesal de que la sentencia que desata definitivamente una controversia debe resolver todas las cuestiones que hayan sido materia del debate, pero únicamente éstas, porque de otra manera se sentenciaría sorpresivamente"; que las pretensiones del apelante quedan reducidas a obtener la reforma de los puntos que le son desfavorables, y por consiguiente el fallo es incongruente cuando el Tribunal los reforma; y que "para remediar las irregularidades que a este respecto pueden ocurrir por desconformidad de las pretensiones oportunamente propuestas y determinadas por los litigantes con las resoluciones de la sentencia se da acceso a la casación por la vía de la causal segunda con el objeto de ajustar o conformar el fallo a las cuestiones que legalmente estuvieron sub judice". (LXIV, 124).

6. Y como fundamento de la doctrina que admite la procedencia de la causal cuarta, esto es haberse incurrido en alguna de las causales de nulidad de que trata el artículo 448 del C. J., siempre que no haya sido saneada, dijo en sentencia de 17 de julio de 1954: "La reformatio in pejus, producida cuando existen los presupuestos procesales, conduce a través del citado artículo 494 del Código Judicial, que la prohibe, a configurar la causal de nulidad establecida en el ordinal 1º, artículo 448 ibídem, ya que el superior no tiene jurisdicción competente sobre puntos que escapan a la sujeta materia de la alzada". (LXXVIII, 85).

7. Mas si, como ya se vio, la sentencia del Tribunal que reforma la de primer grado en la parte favorable al apelante infringe directamente, por falta de aplicación, el precepto sustancial contenido en el artículo 494 del C. J., síguese que la acusación ha de formularse inexcusablemente con fundamento en la causal primera de casación, ya que ésta se estableció específicamente para los casos en que la sentencia de segunda instancia es "violatoria de ley sustancial", cualquiera que sea la especie de quebranto y la forma como éste se haya producido. No es procedente acudir en tal hipótesis a la causal segunda, pues la incongruencia solo puede invocarse cuando con prescindencia de toda alegación sobre violación de normas sustanciales, se afirma que la sentencia decide sobre puntos ajenos a la controversia (extra petita), o que provee más allá de lo pedido (ultra petita), o que dejó sin decidir algún punto de la demanda o de las excepciones (mínima petita). "Reiteradamente ha expuesto la Corte que el que se dejen de aplicar disposiciones legales pertinentes al caso o el que se hayan aplicado las que no lo son, son motivos improcedentes dentro de la causal segunda, que contempla el caso de incongruencia o desarmonía entre lo pedido y lo fallado". (LX, 164). Y con mayor razón, si se quiere, resulta impertinente invocar la causal cuarta en el caso de la reformatio in pejus, desde luego que la infracción del artículo 494 precitado entraña un error de juicio y no de procedimiento.

Rectifícanse así las doctrinas anteriores de la Corte que admitían la procedencia de las causales segunda y cuarta para acusar en casación la sentencia del Tribunal que infringe el mencionado artículo 494 del Código Judicial.

6. No está de más observar que las discrepancias que en el punto se suscitaron habrán de desaparecer cuando entre en vigencia el nuevo Código de Procedimiento Civil, puesto que en él se consagra como causal autónoma de casación la reformatio in pejus. El artículo 368 de dicho estatuto establece, en efecto, que son causales de casación: "... 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".

7. Como en el cargo que se examina la nulidad en que se habría incurrido no se hace consistir en la falta de competencia del Tribunal para conocer como juez adquem del presente negocio, sino en haber

violado aquel, según el censor, el artículo 494 del C. J. que prohibe al superior enmendar la providencia apelada en la parte favorable al apelante, la acusación debe ser rechazada, en primer término, porque el fallo inhibitorio, en cuanto afirma que no concurren los elementos adecuados para decidir en el fondo la cuestión litigiosa, no hace más gravosa la situación del apelante; y en segundo lugar, porque en el caso de que se hubiera infringido el artículo 494 del C. J., el ataque a la sentencia no podía formularse con fundamento en la causal cuarta, según se expresó anteriormente.

Cargo tercero

Formúlalo el recurrente en los siguientes términos:

"Como se ha debatido en diferentes oportunidades, si la reformatio in pejus corresponde a infracción directa, pues la H. Corte ha considerado que se trata igualmente del fenómeno de falta de consonancia de la sentencia con las pretensiones de la acción, acuso la sentencia, de violación del art. 471 por infracción directa, pues el H. Tribunal, al revocar la sentencia de primer grado, y proferir una sentencia inhibitoria, dictó ésta, sin que existiera armonía o consonancia, con el estado del proceso, al momento de llegar a la segunda instancia. Así violó el art. 471 del C. J., por infracción directa, pues no lo aplicó, y su sentencia no es armónica a las peticiones de la demanda, en la forma que el proceso se encontraba, favorable a mi representada en parte, al llegar al Tribunal".

Se considera

1. Este cargo, al igual que el anterior, debe ser rechazado por las siguientes razones:

a) porque se funda en la supuesta violación del art. 494 del C. J. por parte del Tribunal, y el fallo inhibitorio, dada su naturaleza, no entraña una reformatio in pejus.

b) porque en caso de que se hubiera quebrantado ese precepto la acusación tendría que fundarse en la causal primera, por tratarse de la violación de una norma sustancial, y no en la segunda. Y

c) porque para que exista inconsonancia entre la sentencia y las pretensiones del demandante o las excepciones propuestas por el demandado, es indispensable que en ella se decida la cuestión debatida, ya que solo entonces pueden darse las distintas hipótesis de incongruencia a que antes se hizo alusión; y como en el fallo inhibitorio el juez se abstiene de decidir en el fondo el litigio por no concurrir los requisitos exigidos para un pronunciamiento de mérito, jamás puede tildársele de incongruente. Es por esto por lo que reiteradamente ha dicho la Corte que no es procedente alegar la causal segunda respecto de sentencias inhibitorias.

Cargo segundo

Por vía de método se despacha éste antes que el primero, por denunciarse en él infracción directa del art. 494 del C. J., y tener el mismo fundamento de los anteriores.

Dice, en efecto, el recurrente:

"Esta norma establece que la apelación se entiende interpuesta solo en lo desfavorable al apelante.

"La única parte que recurrió fue la demandante, quien había obtenido en su favor la condena a cargo del demandado Miguel González, para que hiciera la tradición del inmueble o devolviera el dinero recibido como precio. Al revocar la sentencia el Tribunal desmejoró la situación procesal de mi representada, pues aun aquel derecho ya alcanzado en la primera instancia se le negó".

Se considera

1. Siendo un deber del sentenciador examinar si se cumplen o no los requisitos que el derecho procesal exige para que pueda proveer sobre el mérito de la cuestión liti-

giosa, es obvio que al encontrar el Tribunal que ellos no se dan en el negocio de que conoce, tenía que revocar la sentencia de primer grado contentiva de una decisión de fondo, para proferir en su lugar fallo inhibitorio que, como tal, no tiene fuerza de cosa juzgada material precisamente por no implicar un juzgamiento. Y no puede entenderse que la sentencia inhibitoria del Tribunal haga más gravosa la situación del apelante que en parte había sido favorecido con la decisión de fondo del a quo, ya que frente a la constitución irregular de la relación jurídico-procesal que impide un pronunciamiento de mérito no puede aquel pretender derecho a que éste se mantenga.

2. "Por el carácter jurídico-público de los presupuestos procesales —dijo la Corte en sentencia de 19 de agosto de 1954—, la inexistencia de éstos impone una excepción a la figura procesal de la reformatio in pejus consagrada en el artículo 494 del Código Judicial. De tal manera que el Juez de segunda instancia, si encuentra la falta de un presupuesto procesal, debe enmendar la providencia recurrida, declarando su inhibición para fallar en el fondo, aunque se agrave la situación procesal adquirida por la parte apelante. Así lo ha aceptado la doctrina de la Corte (casación, noviembre 25 de 1938, XLVII, Nº 1943, págs. 418 y 419)". (LXXVIII, 352).

3. Aunque, por lo dicho, el cargo de violación del artículo 494 del C. J. no prospera, esto no obsta para que en el ámbito doctrinal se le apunte al sentenciador el desacierto en que incurrió al haber proferido fallo inhibitorio con fundamento en la falta de legitimación en la causa de la parte demandante, puesto que siendo ésta un requisito para pronunciamiento de sentencia de fondo favorable a aquella y no un presupuesto procesal, su ausencia trae como consecuencia un fallo adverso a la pretensión del actor y no una decisión inhibitoria, supuesta la constitución regular de la relación jurídico-procesal. Según concepto de Chiovenda, acogido por la Corte, la legitimatio ad causam consiste en "la identidad de la persona del actor con la persona a la cual la ley concede la acción (legitimación activa) y la identidad de la persona del demandado con la persona contra la cual es concedida la acción (legitimación pasiva)". (Instituciones de Derecho Procesal Civil, I, 185). Conviene desde luego advertir, para no caer en el error en que incurrió el Tribunal, que cuando el tratadista italiano y la Corte hablan de "acción" no están empleando ese vocablo en el sentido técnico procesal, esto es como el derecho subjetivo público que asiste a toda persona para obtener la aplicación justa de la ley a un caso concreto, y que tiene como sujeto pasivo al Estado, sino como sinónima de "derecho", de "pretensión", que se ejercita frente al demandado. Para que esa pretensión sea acogida en la sentencia es menester, entre otros requisitos, que se haga valer por la persona en cuyo favor establece la ley sustancial el derecho que se reclama en la demanda, y frente a la persona respecto de la cual ese derecho puede ser reclamado. De donde se sigue que lo concerniente a la legitimación en la causa es cuestión propia del derecho sustancial y no del derecho procesal, razón por la cual su ausencia no constituye impedimento para desatar en el fondo el litigio, sino motivo para decidirlo en forma adversa al actor. Si el demandante no es el titular del derecho que reclama, o el demandado no es la persona obligada, el fallo ha de ser adverso a la pretensión de aquel, como acontece cuando reivindica quien no es el dueño o cuando éste demanda a quien no es el poseedor.

4. Por cuanto una de las finalidades de la función jurisdiccional es la de componer definitivamente los conflictos de intereses que surjan entre los miembros de la colectividad, a efecto de mantener la armonía social, es deber del juez decidir en el fondo las controversias de que conoce, a menos que le sea imposible hacerlo por existir impedimentos procesales, como ocurre cuando faltan los presupuestos de capacidad para ser parte o de demanda en forma. La falta de legitimación en la causa de una de las partes no impide al juez desatar el litigio en el fondo, pues es obvio que si se reclama un derecho por quien no es su titular o frente a quien no es el llamado a

responder, debe negarse la pretensión del demandante en sentencia que tenga fuerza de cosa juzgada material, a fin de que quede definitivamente decidido ese litigio, en lugar de dejar las puertas abiertas, mediante un fallo inhibitorio, para que quien no es titular del derecho insista en reclamarlo indefinidamente, o para que siéndolo, lo reclame indefinidamente de quien no es persona obligada, haciéndose en esa forma nugatoria la función jurisdiccional, cuya característica más destacada es la de ser definitiva.

Cargo primero

Denúnciase en él errónea interpretación de los artículos 762, 2673 y 2674 del C. C.

Al desarrollar la acusación expresa el censor, en resumen, que cuando los artículos 2673 y 2674 precitados establecen que los títulos sometidos a registro no hacen fe en juicio si no han sido inscritos o registrados en la respectiva o respectivas oficinas de registro, y que no surten efecto legal respecto de terceros sino desde la fecha de la inscripción o registro, se están refiriendo a los casos en que habiéndose podido registrar normalmente el instrumento no se registró, pero no al de imposibilidad de registrarlo. Exigir el registro, —dice— "so pretexto de aplicar el art. 2673 del C. C. a un caso que se origina precisamente porque el título no se pudo registrar, es un criterio equivocado de interpretación de la ley".

Cita el recurrente la doctrina de la Corte contenida en la sentencia de 23 de mayo de 1946 según la cual no se pueden aplicar aquellos preceptos cuando "la inscripción en el registro público inexistente o mal hecho, es la raíz primordial de la cuestión debatida y sujeta a decisión judicial", y remata su censura así:

"Puede concluírse que el H. Tribunal, interpretó equivocadamente los arts. 2673 y 2674 del C. C., al considerar que tal norma, comprendía también prohibición de tener como prueba, los títulos, cuyo registro no se había logrado y era dicho registro, cuestión primordial debatida en el juicio. Dicha interpretación errónea, trajo como consecuencia, que el Tribunal, hubiese considerado que faltaba la legitimación para obrar, en mi poderdante, y se declaró inhibido para resolver el fondo del litigio".

Se considera

1. Todo cargo que se formule en casación con base en la causal primera ha de fundarse inexcusablemente en la violación de ley sustancial, bien sea por falta de aplicación, por aplicación indebida o por interpretación errónea, pues así lo establecen en forma terminante los artículos 52 y 63 del Decreto 528 de 1964. Son leyes sustanciales aquellas que en presencia de una situación fáctica concreta, crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas entre las partes. Siéndo entendido, desde luego, que cuando una determinada relación jurídica se halla regulada no por un precepto único, sino por varios que se complementan entre sí, para que la acusación sea cabal es indispensable que comprenda todos y cada uno de ellos, pues solo así quedaría estructurada la proposición jurídica completa.

2. De los preceptos que el censor señala como infringidos es evidente que el artículo 762 del C. C. no es norma sustancial, pues en el primer inciso se limita a señalar los elementos que configuran la posesión, sin crear derechos ni imponer obligaciones; y en el segundo, en cuanto consagra la presunción de que el poseedor es dueño mientras otra persona no justifique serlo, se contiene un precepto de carácter probatorio, cuyo solo quebranto, caso de que se hubiera producido, no puede servir de fundamento a un cargo en casación. El 2673 del mismo estatuto es igualmente un precepto de naturaleza probatoria puesto que regula la fuerza de convicción de los títulos sujetos a registro según que hayan sido o no debidamente registrados, sin crear, extinguir o modificar relaciones jurídicas, razón por la cual no reviste el carácter de norma sustancial. Finalmente aunque el 2674 sí es norma sustancial en cuanto consagra la inoponibilidad respecto de terceros de los títulos sujetos a registro, antes

de la fecha de su inscripción, su eventual quebranto no sería bastante para lograr la infirmación del fallo acusado, pues para ello sería menester que conllevara la infracción de las normas sustanciales que consagrarían el derecho cuya tutela reclama el demandante en este proceso. Porque si a pesar del error jurídico en que hubiera podido incurrir el sentenciador acerca del alcance o recto entendimiento del artículo 2674 precitado, no se quebrantaron las normas tuitivas de la pretensión de la demandante, el solo quebranto de aquel precepto no puede llevar al rompimiento del fallo impugnado. Como el recurrente no le imputó al sentenciador violación de tales normas, pues no las señaló en el cargo, la acusación resulta inane por no haber estructurado la indispensable proposición jurídica completa.

Se rechaza el cargo.

Resolución

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de veintisiete (27) de noviembre de mil novecientos sesenta y nueve, proferida en este negocio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Sin costas el recurso en razón de la rectificación doctrinaria a que dio lugar.

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

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

Heriberto Caycedo M., Secretario.

REVISION DE SENTENCIA DEL JUEZ DE MENORES

Retractación de declaraciones hechas en documento.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, tres de junio de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Doctor José María Esguerra Samper).

La litis

Alberto Jaramillo Uribe demandó por la vía ordinaria a "la menor impúber de nombre María Elena o Patricia Elena Rodríguez, hija natural de Gilma Rodríguez, nacida el 10 de abril de 1959 y bautizada en la Parroquia de El Calvario" de Medellín el 19 de los mismos mes y año, para que se hiciesen las siguientes declaraciones:

A. Que el demandado no es el padre natural de la menor mencionada;

B. Que como consecuencia, se decrete la nulidad de la sentencia dictada por el Juez de Menores de Medellín el 13 de diciembre de 1964 en la cual se declaró que Alberto Jaramillo Uribe era el padre natural de la mencionada menor; y

C. Que la demandada debe devolver al actor "todas las cuotas alimenticias que le ha suministrado por razón de la sentencia aludida y las que forzosamente le suministrare hasta que cese la obligación por ministerio de la Ley".

Como hechos de la causa petendi se expusieron los que en seguida se resumen:

El actor, a solicitud de Gilma Rodríguez, compareció ante el Juzgado de Menores de Medellín y en diligencia cumplida el 17 de abril de 1964, "manifestó no ser el padre natural de la menor María Elena Rodríguez".

En tal virtud, la madre de la menor demandada promovió un juicio de filiación ante el mismo Juzgado, en el cual, mediante sentencia del 13 de diciembre de 1964, se declaró que Alberto Jaramillo Uribe era el padre de dicha menor.

La sociedad "Jaramillo Hermanos" formada por el demandante, Rodolfo y Francisco Jaramillo, posee una finca en el Municipio de Puerto Berrío, cercana a otra de propiedad de Gilma Rodríguez y "por motivo de vecindad los citados hicieron varios negocios con la Rodríguez, entre otros el de recibir en arrendamiento la finca de ella".

A instancia de Rodolfo, la Rodríguez se trasladó a vivir por un tiempo a la finca de éste y de sus hermanos, con el objeto de ayudar a los menesteres domésticos, pero "le fue señalada una habitación independiente", dentro de la casa.

Como resultado de las simples relaciones patrimoniales citadas, el demandante "se comprometió a pagarle a dicha señora una cantidad de dinero proveniente de los mismos negocios y del trabajo verificado por la misma Rodríguez en los oficios domésticos.

"La señora Rodríguez con la natural malicia, al redactar u ordenar la redacción del documento en donde el señor Alberto Jaramillo se comprometió al pago de cierta cantidad de dinero, hizo incluir en el texto... la declaración de que mi mandante recono-

cía como hija natural suya a la menor impúber María Elena", y que "cuando llamaron a mi mandante el señor Notario Público de Puerto Berrío para reconocer la firma y el texto del documento, manifestó de modo expreso y claro que solo reconocía ese documento en cuanto a la obligación de pagar, pero que rechazaba por no ser cierta, la afirmación de paternidad que con afán e interés preconcebido buscaba la señora Rodríguez".

El demandante no convivió en ninguna época con la Rodríguez ni tuvo relaciones sexuales estables con la misma como para que pudiera presumirse la paternidad de la menor demandada y además aquella ha observado una conducta licenciosa y en un establecimiento denominado "El Colegio" en Puerto Berrío, ha estado dedicada única y exclusivamente al ejercicio del comercio público de la prostitución".

Con oposición de la demandada, quien compareció al juicio representada por su madre natural, surtiose la primera instancia ante el Juzgado Primero Civil Municipal de Medellín, que culminó con el fallo de fecha 13 de diciembre de 1967 en el cual se negaron las súplicas de la parte actora, y se absolvió a la demandada de los cargos formulados en el libelo.

El demandante apeló de dicho fallo para ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el que una vez agotada la tramitación del recurso, le puso fin por sentencia del 9 de julio de 1968, confirmatoria de la de primer grado, contra la cual interpuso aquel el recurso de casación que ahora decide la Corte.

Motivación de la sentencia impugnada

Después de encontrar debidamente establecidos los presupuestos procesales y probada la legitimación en causa de las partes, dice el Tribunal que la acción en estudio tiene como objetivo la revisión de la sentencia dictada por el Juez de Menores de Medellín el 13 de diciembre de 1964, revisión que autorizan los artículos 94, 95 y 96 de la Ley 83 de 1946; y que al efecto no se puede prescindir "del estudio íntegro de las piezas del respectivo expediente, pues en lógica jurídica no toma fundamento hacer la revisión tomando en cuenta únicamente la sentencia dictada y de algunas piezas del correspondiente proceso, sobre las que también ha de recaer la labor revisora. Se desprende de ello, como tesis general, que la acción de revisión de una sentencia pronunciada por el Juzgado de Menores no alcanza éxito si el interesado —el que lleva sobre sí el peso de la carga probatoria— omite la aducción de todo lo que haya integrado al proceso avanzado en su contra. En este expediente no se dispone de certeza sobre el aporte de lo que se indicó y tal ocurrencia bastaría para no acoger lo pretendido en la demanda".

No obstante, el Tribunal opta por estudiar en el fondo el asunto y dice que la sentencia cuya revisión se persigue "tomó como sustento suyo un documento privado suscrito por el accionante en el mes de agosto de 1963, en el Municipio de Puerto Berrío, el que ciertamente lleva el alcance que le reconoció el Juzgado de Menores sin que sea dable atribuirle uno diferente".

Luego transcribe el referido documento que es del siguiente tenor:

"...conste por el presente instrumento que en el día de hoy, se ha celebrado el siguiente convenio entre el señor Alberto Jaramillo y la señora Gilma Rodríguez... 1º El señor Alberto Jaramillo se obliga a entregar a la señora Gilma Rodríguez, la suma de un mil quinientos pesos en efectivo ... 3º La señora Gilma se obliga a no ser causa de molestias para el señor Alberto, que por razón de sostenimiento como vestidos, drogas, alimento, etc., estará obligado, por haber tenido una hija de la citada señora y responde al nombre de Patricia Elena, nacida el 10 de abril de 1959 ... 4º El señor Alberto Jaramillo se compromete a proporcionarle estudio a la citada Patricia Elena cuando ésta esté en capacidad de hacerlo. 5º Para constancia y fe de lo anterior, las partes firman ante testigos fidedignos y funcionario civil competente, en Puerto Berrío, a los veintiséis días de agos-

to de mil novecientos sesenta y tres. Fdo. Alberto Jaramillo. Fdo. Gilma Rodríguez. Tgo. Fdo. Guillermo Miranda. Tgo. Fdo. Ana Sanabria".

A continuación se lee lo siguiente:

"En Puerto Berrío a 26 de agosto de 1963, compareció ante el suscrito Notario de esta ciudad Alberto Jaramillo Uribe... y manifestó que la firma que aparece en el presente documento fue puesta por él (ella) y que es la misma que acostumbra en sus actos públicos y privados. En constancia firma esta diligencia, agregando: lo manifestado en el documento anterior no constituye reconocimiento de hija. El compareciente (Fdo.) Alberto Jaramillo. El Notario (Fdo.) Ilegible. Hay un sello que dice: 'Colombia Antioquia. Notaría del Circuito. Puerto Berrío' ".

"Los documentos privados reconocidos por las personas que los hayan suscrito —continúa la sentencia— poseen el mérito de prueba completa, en armonía con las previsiones legales (art. 1761 del C. C. y art. 637 del C. J.). El actor no solo reconoció el mentado documento ante el Notario sino también ante el Juzgado de Menores, luego está fuera de toda duda que existe plena certidumbre acerca de que el citado firmó el documento de que se habla, que éste lleva el sello de la autenticidad. Dicho documento naturalmente que tiene fuerza de convicción contra el señor Jaramillo Uribe no obstante que haya agregado que 'no constituye reconocimiento de hija' puesto que esa agregación fue en oportunidad posterior al momento de la firma inicial del escrito, como se constata con la sola lectura de las respectivas fechas. Dentro de las normas generales de derecho sobre los actos jurídicos y las especiales atinentes a la prueba documental, es de suma claridad que agregaciones ulteriores que haga unilateralmente una parte en relación con el contenido del documento que reconozca y que haya suscrito antes, carecen de trascendencia contra la otra, pues sería impropio admitir que pudieran modificar en una u otra forma el acto antes cumplido".

Y más adelante agrega que "acaso cabría aseverar invalidez del acto contenido en el documento transcrito, si se hubiese establecido que el demandante lo suscribiera sin estar en uso de sus facultades mentales, por error, fuerza o dolo, lo que no demostró en forma alguna, pues no adujo siquiera elementos indiciarios en respaldo de sus afirmaciones (art. 1494, 1502, y 1508 del C. C.). No demostró el interesado, por ejemplo, que antes hubiera firmado en blanco, o una suplantación de parte, o que no supiera leer ni escribir, o que hubiere estado en imposibilidad de acceso carnal con la madre de la menor, o que se le hubiere hecho creer que suscribía otra clase de documento o de contenido un tanto diferente, etc., etc., de donde se desprende que no le asiste la razón cuando quiere que se desconozca mérito al documento en alusión. El señor Jaramillo Uribe llevaba sobre sí la carga de demostrar hechos conducentes a demeritar ese escrito la que no satisfizo (art. 1757 y ss. del C. C., art. 593 ss. del C. J.)".

Después de algunas réplicas al alegato de instancia del representante judicial de la parte actora, dice el Tribunal que "lastima los principios de derecho pretender que el querer unilateral del señor Jaramillo Uribe pudiera incidir en el acto suyo realizado con anterioridad, acerca de lo cual sería redundante insistir".

Concluye el sentenciador diciendo que "es inferencia de todo lo que va escrito, la de que la parte demandada avanzó su acción ante el Juzgado de Menores con un documento auténtico y preciso en su alcance. Establece la Ley que hay lugar a declarar judicialmente la paternidad natural, 'si existe carta u otro escrito cualquiera del pretendido padre, que contenga una confesión inequívoca de paternidad' (num. 3º, art. 4º de la Ley 45 de 1936) y el documento tantas veces mentado la contiene, conforme lo indica su texto que quedó transcrito, el que no se desvirtúa por la agregación que quiso hacer el actor cuando compareció ante el Notario a reconocer su firma".

La demanda de casación

Con apoyo en el primer motivo de casación, el recurrente acusa la sentencia "por aplicación indebida del artículo 4º, num. 3º de la Ley 45 de 1936, en concordancia con los artículos 86 y 94 de la Ley 83 de 1946", quebranto que se habría producido por la vía indirecta a consecuencia "de error de derecho en la estimación de la prueba de confesión extrajudicial contenida en el documento que aparece en copia al folio 7 del C. Nº 5 y también en copia a fl. 6 del C. Nº 4. ... con violación medio de todas o varias de las siguientes normas procesales: artículos 1760 y 1761 del Código Civil y artículos 603, 604, 608, 609, 637 y 647 del Código Judicial...".

Dice el recurrente que el Tribunal al apreciar el documento suscrito por el actor que se presentó como prueba de la filiación judicial impetrada, desconoció el principio probatorio de la indivisibilidad de la confesión contenido en el artículo 609 del Código Judicial, por cuanto el signatario, al autenticar su firma ante el Notario de Puerto Berrío, expuso enfáticamente que "lo manifestado en el documento anterior no constituye reconocimiento de hija". A juicio del censor, "esa diligencia de autenticación o reconocimiento de firma, constituye parte integrante del documento, pues, sin ella el escrito no llegaría a tener la calidad de confesión plena sino la categoría de prueba deficiente o incompleta (art. 608 del C. J.), o de prueba sumaria (art. 647 ibídem) y que la unidad formal o ideológica conceptual entre el texto del mencionado documento y la diligencia de autenticación del mismo, "fue rota, desquebrajada por la sentencia de segunda instancia, pues esta tomó la confesión de Jaramillo Uribe en lo desfavorable a él y la rechazó en cuanto él dice que no reconoce a la menor Patricia Elena como hija natural suya. En la última parte hizo mi poderdante una modificación, aclaración o explicación concerniente al hecho mismo de que trata la primera parte, y, por tanto, era obligatorio interpretar la confesión dentro de la regla de la indivisibilidad que está acogida y obliga según el artículo 609 del Código Judicial. Y lo anterior resulta lógico y claro, pues si se desarticulan las dos partes del escrito para no tener en cuenta sino la primera, consecuentemente desaparecería el valor jurídico del reconocimiento de la firma y no habría por ende, plena prueba de confesión. Al documento entonces, dentro de ese criterio, no se le podría asignar el valor que señala el artículo 1761 del Código Civil, sino el que indica la segunda parte del artículo 1760 del Código citado en armonía con el artículo 647 del Código Judicial".

Más adelante, el recurrente afirma que salta de bulto el error de derecho que atribuye a la sentencia del Tribunal, en el siguiente paso de la misma:

"Al firmar en un principio el documento de que se habla, el actor concretó su voluntad y el respectivo acto quedó perfecto en su esencia como que en él no se omitió alguna exigencia de la Ley para reconocerle efectividad. El reconocimiento de la firma que se cumplió después, no debe modificar su naturaleza y alcance jurídico por la sola voluntad del reconocedor, puesto que ese acto tomó validez en sí y no quedó subordinado o condicionado a ratificarse luego, lo que es claro".

A renglón seguido dice el censor que ese planteamiento del Tribunal es equivocado por cuanto el referido escrito y el reconocimiento de la firma apenas tenía valor de simple principio de prueba y no de confesión judicial, "o sea que no era perfecto en su forma, ni eficaz en cuanto a su alcance jurídico para probar con él ... la paternidad natural que se reclama para la menor hija de Gilma Rodríguez. Es el reconocimiento de la firma lo que realza el valor probatorio del documento y ese reconocimiento está ligado necesariamente a la manifestación negativa hecha por Jaramillo Uribe sobre el alcance y significado del escrito que se le ponía de presente".

Luego de alguna cita de un expositor de derecho probatorio sobre el principio de indivisibilidad de la confesión, concluye el recurrente que el error de derecho cometido por el Tribunal lo llevó a violar en forma

indirecta, por indebida aplicación al caso sub-judice, el num. 3º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, ya que a su juicio el documento en cuestión no constituye una confesión inequívoca de paternidad de parte del demandante y que "esa violación de la norma legal sustantiva se refleja en la parte resolutiva de la sentencia recurrida por cuanto ella al confirmar la de primera instancia, no accede a decretar las peticiones de la demanda, lo que equivale a dejar en firme la sentencia del Juez de Menores de Medellín que declara a la menor María Elena o Patricia Elena Rodríguez como hija natural de Jaramillo Uribe, que se produjo por el procedimiento de la Ley 83 de 1945 y con quebranto especialmente de los artículos 86 y 94 de tal Estatuto. Se impone, lógicamente, la casación".

La Corte considera

1. Una persona puede exteriorizar por escrito su voluntad de obligarse autorizando con su firma el instrumento respectivo, el cual tendrá fuerza de prueba sumaria si además de la firma del signatario aparece la de dos testigos hábiles ante quienes ha sido otorgado, según el artículo 647 del Código Judicial. Si el otorgante ha reconocido su firma en alguna de las formas que establece la Ley, tal escrito tendrá la fuerza de confesión judicial acerca de las estipulaciones que contiene, es decir, constituirá una plena prueba (arts. 606 y 637 ibídem).

2. El reconocimiento expreso de un documento privado de que tratan los artículos 639 a 642 del Código Judicial, difiere en cuanto a la manera de llevarse a cabo según que el otorgante lo haya firmado de su propia mano o que por no saber o no poder escribir, suplicó a otra persona que lo firmara por él. En el primer caso, el reconocimiento se cumple y produce todos sus efectos, si el otorgante confiesa ser suya la firma que aparece autorizando el documento; en el segundo, es menester que el compareciente declare que el escrito fue extendido por orden suya, que es cierto su contenido y finalmente, que rogó a quien aparece suscribiéndolo que lo firmara en su nombre.

3. La Corte ha expuesto reiteradamente que carece de todo valor la retractación que posteriormente haga el signatario de un documento en cuanto a las declaraciones que éste contiene, porque "se entiende que nadie autentica con su firma un escrito si no se ha informado plenamente de su contenido; si sostiene lo contrario tendría que dar la prueba". (Cas. Civ. 11 de abril de 1946. G. J. 2032, pág. 381). "... lo normal, lo que sucede en la vida ordinaria es que quien firma un documento lo haga a sabiendas de su contenido; desconocer éste, es sostener una situación que se aparta de ese modo de proceder que tienen todos los hombres en el tráfico ordinario de su vida; y ello conduce a la formulación de una excepción cuya prueba incumbe a quien la promovió de acuerdo con el clásico aforismo romano" (Cas. Civ. 2 de marzo de 1955. LXXXIX, pág. 687). El reconocimiento "... le imprime autenticidad al respectivo documento y hace presumir la veracidad de su contenido, porque lo natural y lógico es que quien autoriza con su firma un escrito, se informe antes de lo que en él se expresa..." (Cas. Civ. 23 de mayo de 1964, CVIII, pág. 211). En el mismo sentido (LXX, pág. 381; LXXXV, pág. 139).

4º Para que esa especie de confesión, a lo cual equivale consignar por escrito el hecho que jurídicamente afecta al otorgante, pueda aplicársele el principio de la indivisibilidad que consagra la 2ª parte del artículo 609 del C. Judicial, es indispensable que las modificaciones, aclaraciones y explicaciones concernientes al hecho confesado, se hayan consignado también por escrito en el mismo documento y hayan sido suscritas por las partes que lo otorgaron, para que no quepa duda acerca de la verdadera voluntad de las mismas que va a vincularlas recíprocamente en el campo del derecho. Las enmiendas, explicaciones y aclaraciones unilaterales relativas al hecho de que da cuenta el documento, que se efectúen verbalmente o por escrito con posterioridad al otorgamiento de aquel, así sea al hacerse el reconocimiento, a no dudarlo, constituyen verdaderas excepciones que esa misma persona tiene obligación de demostrar. Su voluntad quedó plasmada gráficamente en el documento y siendo éste obra de su parte, salvo que demuestre plenamen-

te lo contrario, forzoso es concluir que la consignó íntegramente y que expresó por escrito todo aquello que podía afectarlo o favorecerlo.

5. Aplicando lo expuesto al caso sub-judice, tiénese que el documento impugnado constituye una confesión inequívoca de paternidad que quedó plenamente demostrada con el reconocimiento de la firma que hizo el otorgante y que sirvió al Juez de Menores para hacer la declaración cuya revisión se pretende en este juicio. El num. 3º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936 no exigía (ni lo exige tampoco el art. 6º de la Ley 75 de 1968) que esa confesión inequívoca que sirve para una declaración judicial de paternidad, tenga que hacerse en un documento auténtico ab initio; basta que esté contenida en "carta u otro documento cualquiera del pretendido padre" y basta también que se demuestre plenamente la autenticidad de tal escrito, para que el juzgador pueda hacer la declaración de paternidad impetrada.

6. No es cierto, como afirma el recurrente, que el documento en cuestión y el reconocimiento de la firma por su signatario, tuviera "el valor de simple principio de prueba no de plena confesión", porque al tenor del artículo 93 de la Ley 153 de 1887, el principio de prueba por escrito es un instrumento proveniente del demandado o de su representante que se limita a hacer verosímil el hecho litigioso, al paso que el documento de que aquí se trata, como resulta de su simple lectura, constituye una confesión inequívoca de paternidad. El solo hecho de que el documento en que tal confesión se hizo hubiera sido suscrito ante dos testigos, le daba el valor de prueba sumaria; el pleno valor probatorio lo vino a adquirir después al efectuarse el reconocimiento de la firma del otorgante. El Tribunal valoró acertadamente el aludido documento y encontró en él, como lo había hallado el Juez de Menores y el fallador de primera instancia, una confesión inequívoca de paternidad, que como tal no ha sido atacada en casación.

No erró, pues, el Tribunal al aplicar las normas legales de carácter probatorio que como violación medio considera el recurrente que fueron infringidas, ni erró tampoco al asignarle a tal documento, cuya firma reconoció su signatario, se repite, el valor de plena prueba que le dan los artículos 1761 del C. C. y 637 del Código Judicial.

Por último, cabe agregar, que si el cargo en estudio consistente en que el sentenciador no había visto en el varias veces mencionado documento la modificación que hizo su signatario al contenido del mismo en la diligencia de reconocimiento surtida ante el Notario de Puerto Berrío, se ha debido formular la acusación por error de hecho.

En consecuencia, el cargo no prospera.

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 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el 9 de julio de 1968.

Condénase en costas al recurrente.

(Esta sentencia fue discutida y aprobada por la Sala como consta en Acta Nº 45 de 24 de mayo del corriente año).

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

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

Heriberto Caycedo M., Secretario

RESOLUCION DE LA VENTA

Condiciones de la acción resolutoria. — Enriquecimiento sin causa. — Acción resolutoria y desistimiento.

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

(Proyecto preparado por el Abogado Asistente Doctor Ricardo Uribe-Holguín y aprobado en sesión del once de mayo según Acta Nº 43).

Procede la Corte a decidir el recurso de casación que interpuso la parte demandada contra la sentencia de fecha 15 de mayo de 1968, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartago en el juicio ordinario de ANTONIO MARIA GUTIERREZ AGUILAR contra JORGE RESTREPO IDARRAGA y HERNANDO ISAZA SIERRA.

I. El litigio

1. En la demanda con que se inició este proceso, se piden estas condenaciones:

"Primera. El contrato de compraventa de CUATROCIENTAS OCHENTA Y UNA CABEZAS DE GANADO VACUNO celebrado entre mi mandante Antonio María Gutiérrez Aguilar y Hernando Isaza y Jorge Restrepo, todos mayores de edad y vecinos de Cartago, a principios del mes de agosto del año de 1959, está resuelto por incumplimiento total de parte de los compradores;

"Segunda. Como consecuencia de la anterior declaración, los señores Hernando Isaza y Jorge Restrepo, deben y están obligados a pagar a Antonio María Gutiérrez, el valor de CINCUENTA VACAS, cabeza del ganado prometido en venta, que retiraron de las cuatrocientas ochenta y una cabezas que el contratante Gutiérrez les prometió en venta, más el lucro cesante consistente en los productos naturales y civiles de tales animales en un lapso de cinco años y medio, así: por crías de cada una de las vacas, a razón de tres por cada cabeza, a un precio medio de utilidad líquida de TRESCIENTOS PESOS CADA UNA; por la devaluación y medidas numismáticas o económicas que plusvalizaron el precio, a razón de CUATROCIENTOS SESENTA PESOS por cabeza, lo que sumado al precio de la compraventa, da un total de NOVENTA MIL PESOS, suma valor de esta demanda;

"Tercera. Los demandados Isaza y Restrepo, están obligados a pagar las costas y los gastos de este juicio".

2. Fundáronse las súplicas en hechos que pueden exponerse así:

Primero. El 2 de agosto de 1959, Antonio María Gutiérrez vendió a Hernando Isaza y Jorge Restrepo 481 cabezas de ganado vacuno de su hacienda "El Balsal";

Segundo. La venta comprendió todo el ganado de cría, engorde, destete o levante y terneros pequeños, a razón de $ 440.00 por cabeza;

Tercero. El vendedor se allanó a cumplir el contrato, pues entregó a los compradores 50 vacas "de cabeza o flor del ganado" vendido;

Cuarto. Los compradores desistieron del contrato, como quiera que no retiraron el resto del ganado vendido; pero tampoco pagaron el precio de las 50 vacas recibidas;

Quinto. Cuando el vendedor reclamó el pago o la restitución de las 50 vacas, el comprador Isaza le dijo que podía ir a retirarlas de su hacienda "El Cedro"; pero el comprador Restrepo se opuso a ello;

Sexto. La actitud de Restrepo implica por parte suya el propósito de enriquecerse sin causa, conducta que compromete a Isaza, por cuanto se obligaron solidariamente;

Séptimo. En todo contrato bilateral va envuelta la condición resolutoria en el caso de que uno de los contratantes no cumpla el contrato y el otro se allane a cumplirlo. Con la entrega de las 50 vacas, el vendedor se allanó a cumplir el contrato, en tanto que ninguno de los compradores lo ha cumplido, puesto que no han pagado, ni el precio total estipulado, ni el parcial correspondiente a las 50 vacas que recibieron. Por lo tanto, para evitar un enriquecimiento sin causa, los demandados deben pagar al demandante esas 50 vacas, más el daño emergente y el lucro cesante; y

Octavo. El vendedor instauró un primer juicio en que solicitó la resolución del contrato, pero en la segunda instancia el Tribunal dictó fallo inhibitorio, por falta de demanda en forma, a causa de que solo se demandó a uno de los compradores. Esta circunstancia determina que la acción resolutoria ejercitada en este segundo juicio "se encuentra vigente".

3. El demandado Isaza no contestó la demanda con que se inició el presente litigio, pero el demandado Restrepo sí le dio respuesta, aceptando con salvedades los dos primeros hechos, negando los demás y oponiéndose a las condenaciones pedidas por el actor.

4. Ambos demandados propusieron demandas de reconvención, de idéntico contenido, cuyas súplicas se transcriben tomadas de una de tales demandas:

"A. Que el señor ANTONIO MARIA GUTIERREZ violó el contrato de compraventa celebrado con el señor Jorge Restrepo y otro, en la población de Versalles el dos (2) de agosto de 1959, por cuanto Gutiérrez, vendedor, no entregó a Restrepo e Isaza Sierra, compradores, el ganado objeto de la compraventa;

"B. Que se declare desistido al señor Jorge Restrepo de perseverar en el contrato a que se refiere la declaración anterior, pero con derecho a que Antonio María Gutiérrez le pague los perjuicios causados con la violación del contrato;

"C. Que Antonio María Gutiérrez debe a Jorge Restrepo, desde el día cinco (5) de agosto de mil novecientos cincuenta y nueve (1959), la cantidad de SETENTA Y OCHO MIL CUATROCIENTOS PESOS ($ 78.400.00), por razón de los perjuicios causados con la violación del contrato a que se refieren las declaraciones anteriores, o la suma que se demuestre de autos;

"D. Que Antonio María Gutiérrez debe pagar los intereses moratorios sobre los perjuicios determinados, a partir del 5 de agosto de 1959, y a la rata del uno por ciento (1%) mensual;

"E. Que Antonio María Gutiérrez debe las costas procesales".

5. Las dos contrademandas se fundaron en hechos que cabe sintetizar así:

Primero. A principios de agosto de 1959, Gutiérrez vendió a Isaza y Restrepo todo el ganado existente en la hacienda "Cañaveral", esto es, 490 cabezas, incluídos 9 toros;

Segundo. El precio de la venta fue la suma de $ 215.600.00, a razón de $ 440.00 por cabeza;

Tercero. La entrega del ganado vendido debía hacerse por Gutiérrez, o por Antonio Duque, o por un representante de aquel, el 5 de agosto de 1959, en la hacienda "Cañaveral";

Cuarto. El 5 de agosto, Restrepo e Isaza se hicieron presentes en la citada hacienda, acompañados de peones, para recibir el ganado; pero Gutiérrez se negó a entregarlo;

Quinto. Se estipuló que los compradores dispondrían de 90 días, desde la entrega del ganado vendido, para pagarlo mediante letra o cheque girado por el precio total convenido;

Sexto. Las partes contratantes suscribieron el siguiente documento: "Nosotros Hernando Isaza y Jorge Restrepo le compramos a Antonio M. Gutiérrez el ganado que tiene en la finca de El Balsal con plazo de noventa (90) días para el pago de dicho negocio. El precio convenido por cabeza es de cuatrocientos cuarenta pesos por cabeza. El ganado lo entregará don Antonio María o el señor Antonio Duque o un representante que nombre Gutiérrez el día 5 de agosto de 1959. A la entrega del ganado los señores Restrepo e Isaza firmarán una letra o un cheque por el valor total del ganado con el precio estipulado. Versalles, agosto 2 de 1959. Antonio María Gutiérrez. Jorge Restrepo. Hernando Isaza. Tgo.: Eduardo León. Tgo.: Roberto Jiménez".

Séptimo. Gutiérrez incumplió el contrato, puesto que no hizo entrega del ganado vendido. Los compradores tienen en consecuencia las acciones que alternativamente se les concede por el artículo 1882 del Código Civil, entre las cuales eligen el desistimiento del contrato con indemnización de perjuicios; y

Octavo. Si el vendedor hubiera cumplido, los compradores habrían percibido, como utilidad derivada del contrato, la suma de $ 160.00 por cabeza de ganado, cantidad que multiplicada por 490 reses, arroja un total de $ 78.400.00. Además, el vendedor debe pagar intereses moratorios del 1% mensual desde el 5 de agosto de 1959 hasta la fecha en que haga el pago.

6. El contrademandado contestó de idéntica manera ambas demandas de reconvención. Aceptó como ciertos, con las modificaciones de que lo vendido fueron 481 cabezas de ganado y por el precio total de $ 211.640.00, los hechos primero y segundo; aceptó también el hecho tercero, el quinto y el sexto, y negó los restantes. Se opuso, en fin, a las súplicas de las contrademandas.

7. El litigio fue decidido en su primera instancia por el Juez Primero Civil Municipal de Cartago, así:

"Primero. ABSUELVESE a los señores Hernando Isaza y Jorge Restrepo Idárraga, de las condiciones civiles conocidas, de los cargos formulados por el doctor Guillermo Escobar Castillo, en su condición de apoderado del señor Antonio María Gutiérrez Aguilar.

"Segundo. ABSUELVESE al señor Antonio María Gutiérrez Aguilar, de las condiciones civiles conocidas, de los cargos formulados en la demanda de reconvención por los señores Hernando Isaza Sierra y Jorge Restrepo Idárraga.

"Tercero. NIEGANSE las peticiones formuladas en la demanda y en la contrademanda.

"Cuarto. Sin costas".

III. La sentencia acusada

Ambas partes litigantes apelaron del fallo del Juez, en virtud de lo cual pasó el litigio a conocimiento del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartago.

Agotado el trámite de la segunda instancia, el Tribunal dictó sentencia en cuya parte resolutiva revoca la del Juez y en su lugar decide:

"Primero. El contrato de compraventa de cuatrocientas ochenta y una cabezas de ganado celebrado entre el demandante Antonio María Gutiérrez Aguilar y Hernando Isaza y Jorge Restrepo, todos mayores de edad y vecinos de Cartago, a principios del mes de agosto del año de 1959, está resuelto por incumplimiento total de parte de los compradores.

"Segundo. Como consecuencia de la anterior declaración, el señor Hernando Isaza Sierra está en la obligación de pagar a Antonio María Gutiérrez el valor de cincuenta vacunos, recibidos por él y que hacen parte de los contratados en compañía de Jorge Restrepo Idárraga, en el mes de agosto de 1959.

"La indemnización del valor de los semovientes se hará sobre la base del precio actual y promedio de los vacunos teniendo en cuenta el de un semoviente grande y otro pequeño, y respecto de las cincuenta cabezas de ganado.

"Tercero. No se hace condenación al pago de los productos naturales y civiles que se derivaron o pudieron derivarse de los semovientes.

"Cuarto. Para el efecto de la tasación de los valores aquí decretados se tendrá en cuenta el procedimiento que contempla el art. 553 del C. Judicial.

"Quinto. Se absuelve al demandante de los cargos a él formulados en las sendas demandas de reconvención.

"Costas de todo el juicio a cargo de la parte demandada".

Los motivos en que se apoya esta providencia son en resumen los que en seguida se indican:

Comienza el sentenciador haciendo suya la siguiente declaración contenida en la sentencia del Juez: "Ahora bien, en el caso de estudio, si es una verdad que el actor demostró que la parte demandada no cumplió con su obligación de pagar el precio de la cosa vendida, también se estableció que el demandante incumplió, en parte considerable, su obligación de entregar la cosa objeto del contrato".

Sentada esta premisa, divide el Tribunal su sentencia en cinco capítulos así:

1. "La demanda, la contrademanda y sus respuestas".

Relata aquí cuáles fueron las súplicas y los hechos invocados en el libelo, cuáles los de las demandas de reconvención y cómo fueron contestadas el uno y las otras. Indica luego cómo fue resuelta la litis por el Juez a-quo.

2. "La acción principal y sus medios probatorios".

En este capítulo examina el fallador si hubo o no hubo incumplimiento del contrato de compraventa por parte de los compradores.

Dice que en los autos está probado, por confesión del comprador Isaza en posiciones, que éste recibió cincuenta reses. Agrega que, no habiéndose estipulado solidaridad entre los compradores, la confesión de Isaza no afecta a Restrepo, razón por la cual el único responsable de la indemnización que reclama el demandante es el demandado Isaza.

Afirma luego que el incumplimiento de los compradores en el pago del precio estipulado también se probó en el litigio, no solo por confesión de Isaza en las posiciones que absolvió, sino además porque la carga de la prueba de la falta de pago no correspondía al demandante, sino a los demandados la del pago.

3. "Las contrademandas y su sistema demostrativo".

Expresa aquí el Tribunal que "los demandados no lograron establecer aceptablemente el incumplimiento del actor". Pero observa que en el supuesto de que si lo hubieran demostrado, "el hecho de que por parte de aquellos (los compradores) no se haya cubierto el precio de la cuota de semovientes que recibieron, estaría impidiendo la admisión de sus pretensiones".

Se refiere el fallador a continuación a determinadas piezas traídas a los autos y tomadas del anterior juicio ordinario entre las mismas partes, que terminó con sentencia inhibitoria; para concluir de su examen que "el actor no ha estado a paz y salvo

con las prestaciones del contrato, como tampoco lo han estado los opositores".

La parte final de este capítulo está dedicada al intento de demostrar que las demandas de reconvención son inoperantes y deben tenerse por inexistentes desde el punto de vista procesal, porque "un motivo de contrademanda que es absolutamente igual al expresado por el actor en su primitivo libelo, puesto que alude a las prestaciones emanadas del contrato de venta de semovientes, no constituye un punto distinto y hasta independiente, tal como lo requiere la doctrina..." No obstante, termina el Tribunal afirmando que "por cuanto se trata de una acción acumulada dentro de este juicio, será necesario que en la parte resolutiva de este fallo se haga el pronunciamiento correspondiente". Se refiere a las súplicas de las dos contrademandas.

4. "Naturaleza de la acción de resolución".

Para explicar cuáles son en su concepto los requisitos para el ejercicio de la acción resolutoria, comienza el sentenciador por transcribir doctrina de la Corte según la cual el contratante que pide la resolución de contrato bilateral por incumplimiento de las obligaciones del otro, debe haber cumplido por su parte las suyas propias, o a lo menos estar dispuesto a cumplirlas, porque de otro modo el demandado no está en mora, de acuerdo con el principio contenido en el artículo 1609 del Código Civil (G. J., Tomo LX, Nros. 2034, 2035 y 2036, pág. 686, y Tomo LXXVI, Nros. 2136 y 2137, pág. 777).

En seguida, invocando "las nuevas doctrinas de la Corte", cita el Tribunal un fallo de esta Sala fechado el 3 de mayo de 1957, que en su parte pertinente dice así: "El medio defensivo adecuado en la acción de cumplimiento es la excepción 'Non adimpleti contractus'; en la acción resolutoria, en cambio, no es este mismo medio, porque aún en el supuesto que la parte que demanda hubiese incurrido también en el incumplimiento, lo que se pide es la terminación de toda vinculación jurídica" (G. J. Tomo LXXXV, Nros. 2181 y 2182, pág. 68).

5. "Conclusiones".

Acoge el juzgador de segunda instancia esta última doctrina y, conforme a ella, declara que "es preciso decretar la resolución, y con ella su lógica consecuencia, o sea el pago de los ganados por el precio que actualmente tengan".

Luego sienta el Tribunal determinadas reglas tocantes con el monto de la indemnización de perjuicios a que condena al demandado Isaza, y decide que éstos deberán ser liquidados por el procedimiento establecido mediante el artículo 553 del Código de Procedimiento Civil.

Finalmente, expresa que la resolución del contrato debe decretarse de todos modos, porque de lo contrario "se estaría propiciando un enriquecimiento sin causa" a favor del demandado Isaza, quien recibió 50 reses cuyo precio no ha pagado al vendedor.

III. La demanda de casación

Contra el fallo que acaba de extractarse, los demandados interpusieron este recurso extraordinario.

Propone la censura cinco cargos. Los cuatro primeros conciernen a las condenaciones hechas contra los demandados, y el quinto, a la absolución del demandante en relación con las súplicas de las contrademandas.

Primer cargo

Dentro de la causal primera del artículo 52 del Decreto-Ley 528 de 1964, se acusa la sentencia del Tribunal por "violación por aplicación indebida de los arts. 1546 del C. C. y 8º de la Ley 153 de 1887, derivada de error de hecho en la apreciación de las pruebas que adelante señalo. También del art. 1930 del C. C.".

La parte recurrente funda el cargo de esta manera:

a) Incurrió el sentenciador en error manifiesto de hecho por haber omitido tener en cuenta los siguientes medios de prueba que obran en los autos:

1º La confesión del demandante al aceptar el hecho sexto de las demandas de reconvención, en el cual se afirma que la compraventa se hizo constar en un documento suscrito entre las partes, que allí mismo se transcribe;

2º La confesión del demandante contenida en el hecho segundo de su demanda, en donde dijo que la venta comprendió "todo el ganado de cría, engorde, destete o levante y terneros pequeños";

3º La confesión del mismo en el hecho tercero de su libelo, según el cual entregó él a los compradores "cincuenta vacas de cabeza o flor del ganado prometido en venta" o, más exactamente, vendido;

4º Su confesión al aceptar el hecho tercero de las contrademandas, en el cual se asevera que el ganado debía entregarse por el vendedor, por un señor Duque o por un representante de aquel "el 5 de agosto de 1959, en la finca denominada Cañaveral";

5º La confesión suya al responder al hecho quinto de las mismas, conforme al cual los compradores disponían de plazo de 90 días, "contados a partir de la fecha de la entrega del ganado, para el pago del precio", mediante giro por los compradores de una letra o cheque a la orden del vendedor y con ese plazo;

6º La confesión del demandante contenida en una denuncia penal que presentó contra los demandados y que contiene la siguiente afirmación: "Se llevaron las vacas. Eso fue día viernes, le dije al señor Hernando Isaza que le entregaría el resto del ganado por el día lunes, ese día él mandó por el ganado, yo llegué a mi hacienda rascado y les dije que se llevaran todo el ganado, yo como estaba borracho no podía contar bien y ellos por no poder reunirlo yo insistí que tenían que llevárselos, y al fin se fueron sin llevarse nada. Por el día martes siguiente yo mandé mi mayordomo a casa del señor Hernando Isaza para que mandara por el ganado, y que le dijera a don Hernando que ahora estaba en sano juicio, sí podía entregarle el ganado, y me mandó a decir con mi mayordomo de nombre ARTURO DUQUE que él no gastaba más plata a ese negocio en trabajadores...";

7º La carta de fecha 31 de mayo de 1961, dirigida por el demandante al demandado Isaza, en la que aquel confiesa que vendió a Alfonso Velásquez las cincuenta vacas retiradas por Isaza, hecho que confirma el testigo Javier Ospina; y

8º Las confesiones del demandante en la primera demanda ordinaria que dirigió contra uno solo de los compradores, conforme a las cuales él no puede entregar todo el ganado (hecho sexto), pues el término pactado para la entrega fue angustioso (hecho cuarto); Isaza se presentó a recibir el ganado (hecho quinto), y el vendedor había hecho apenas un pago parcial (hecho decimoquinto).

b) Para que el Tribunal pudiera dar aplicación al principio general del artículo 1546 del Código Civil y al especial que para la compraventa contiene el 1930 de la misma obra, era indispensable que los compradores hubieran incumplido su obligación de pagar el precio estipulado. El sentenciador afirma que incumplieron esta obligación, por cuanto aparece que no pagaron al vendedor el precio de las 50 vacas que retiraron. Mas ello no es así —dice la censura—, por dos razones: 1. Porque los compradores no estaban obligados a pagar el precio sino mediante cheque o letra a 90 días contados desde la entrega total del ganado, y 2. Porque en el contrato no se estipuló que los compradores debieran hacer pagos parciales del precio, sino un solo pago total a plazo.

c) Como consecuencia de los errores de hecho puntualizados, los cuales debido a las razones antes indicadas llevaron al fallador a la equivocada conclusión de que hubo incumplimiento por parte de los compradores, éste violó, por aplicación indebida, los ar-

tículos 1546 y 1930 del Código Civil, pues en ambos está previsto que la acción resolutoria solo puede dirigirse contra el contratante que no ha cumplido lo pactado.

d) Finalmente —agrega la censura—, puesto que según concepto del Tribunal proveniente de los errores de hecho en que incurrió, si no se hubiera decretado la resolución pedida por el demandante "se estaría propiciando un enriquecimiento sin causa" de los compradores a costa del vendedor, aplicó aquel indebidamente al caso del pleito el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, con arreglo al cual el enriquecimiento sin causa solo puede ser invocado por la parte perjudicada a falta de toda otra acción contractual o extracontractual que la proteja. Caso que, según los recurrentes, no es el del litigio, puesto que la obligación de pagar el precio no tenía por qué ser fraccionada, y su exigibilidad dependía del transcurso de un plazo de 90 días contados a partir de la entrega total del ganado, plazo que no ha transcurrido.

La Corte observa

1. Condiciones de la acción resolutoria

La doctrina expuesta en sentencia del 3 de mayo de 1957, que el Tribunal transcribe y en la cual se funda para despachar favorablemente las súplicas de la demanda, está rectificada por la Corte en varias sentencias posteriores. Acaso la más elocuente de estas es la siguiente, dictada el 12 de marzo de 1964, en uno de cuyos apartes se dijo: "La acción resolutoria favorece en realidad al contratante que ha ejecutado o se ha allanado a cumplir sus obligaciones en la forma y tiempo debidos, pero no a quien ha incurrido en incumplimiento aunque éste obedezca a la impuntualidad del otro contratante, caso en el cual lo que sucede es que la mora de una parte purga la de la otra, quedando ambas desprovistas del amparo de aquella acción mientras subsista esa mora recíproca. Así se desprende de la inteligencia y aplicación armónicas de los art.s 1546 y 1609 del C. Civil" (G. J., Tomo CVI, Nº 2271, pág. 209). En el mismo sentido se pronunció esta Sala en otras sentencias, como las de fechas 2 de septiembre (G. J., Tomo CVIII, Nº 2273, pág. 262), 28 de octubre (aún sin publicar) y 2 de noviembre (aún sin publicar), todas de 1964.

Sin embargo, no sobra volver sobre este asunto, de notable interés dentro del campo del derecho civil.

Conforme al artículo 1546 del Código, "En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios".

Dos son los requisitos para la prosperidad de tal acción: a) Que el contratante contra el cual se dirige la demanda haya incumplido lo pactado a su cargo, y b) Que el contratante que la proponga haya cumplido o se haya allanado a cumplir lo pactado a cargo suyo.

a) El primer requisito consiste en "no haberse cumplido la obligación", o "haberse cumplido imperfectamente", o "haberse retardado el cumplimiento" (artículos 1613 y 1614 del Código). Incumplir una obligación es no pagarla culpablemente en la forma y tiempo debidos. La culpa del deudor se presume siempre de su falta de pago (inciso tercero del artículo 1604 ibídem). Para pedir la resolución del contrato con indemnización de perjuicios es indispensable que el deudor demandado esté en mora (artículo 1615 ibídem).

b) El segundo requisito estriba en que el contratante que pide la resolución del contrato no esté en mora de cumplir sus propias obligaciones. (Véase Cas., junio 12 de 1970, ordinario de Emilio Yaar Nasser c. Concepción Salas de Lombardi, aún no publicada).

Sin necesidad de exponer los antecedentes históricos de la acción resolutoria, los cuales confirman la tesis anteriormente explicada, basta para sostener ésta con tomar

en consideración la forma como el señor Bello redactó el artículo 1546. Se puede pedir que se declare resuelto el contrato bilateral "en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado" (subraya la Sala), no en caso de no cumplirse por AMBOS; y entonces "podrá el otro contratante" (subraya de nuevo), es decir, el que no ha incumplido, ejercer alternativamente y a elección suya las acciones que por el artículo se le otorgan o reconocen. "Tal caso", al cual hace referencia el texto, es uno solo: el de que no se haya cumplido por UNO de los contratantes lo pactado y el OTRO sí haya cumplido o allanádose a cumplir sus obligaciones oportunamente y en la forma como fueron pactadas.

No puede, pues, el contratante que esté en mora, pedir la resolución del contrato bilateral, aunque el otro contratante haya incurrido en incumplimiento.

2. El enriquecimiento sin causa

En error protuberante de doctrina cae el Tribunal cuando afirma que, de no decretarse en la sentencia la resolución del contrato de compraventa celebrado entre las partes litigantes, "se estaría propiciando un enriquecimiento sin causa".

De largo tiempo atrás viene sosteniendo la Corte que la acción proveniente del enriquecimiento injusto no puede tener cabida sino en subsidio de toda otra y siempre que a lo menos concurran tres requisitos: que el demandado se haya enriquecido, que el demandante se haya empobrecido correlativamente y que este desplazamiento patrimonial carezca de CAUSA que lo justifique desde el punto de vista legal. Por causa no debe entenderse aquí el motivo a que se hace referencia en el artículo 1524 del Código Civil, sino la preexistencia de una relación o vínculo jurídico entre el enriquecido y el empobrecido que justifique el desplazamiento patrimonial que ha tenido lugar.

Cuando media entre los interesados una obligación previa, como la que contrae el vendedor de hacer tradición de la cosa o cosas vendidas, el cumplimiento parcial de ella jamás puede generar un enriquecimiento sin causa del comprador. La causa es en este caso el contrato de compraventa.

3. Los errores de hecho que fundamentan el cargo

a) Afirma el sentenciador que "es un hecho cierto que las cincuenta reses de que habla la demanda fueron entregadas" y que "los demandados no han cubierto el precio de esos semovientes". De aquí concluye que "se ha demostrado el incumplimiento de los demandados", primer presupuesto de la acción resolutoria, como lo dejó explicado la Corte.

Estas afirmaciones del Tribunal implican manifiestos errores de hecho, constitutivos de contraevidencia.

En efecto:

La confesión del demandante al aceptar el hecho sexto de las demandas de reconvención, demuestra a plenitud que los dos demandados compraron el ganado "con plazo de noventa (90) días para el pago de dicho negocio"; que la entrega del ganado se haría el "5 de agosto de 1959", y que "a la entrega del ganado los señores Restrepo e Isaza firmarán una letra o un cheque por el valor total del ganado con el precio estipulado" (se subraya).

La confesión del mismo demandante al responder al hecho quinto de las contrademandas confirma el hecho de que los compradores disponían "de un plazo de noventa días, contados a partir de la fecha de la entrega del ganado, para el pago del precio".

El Tribunal no tuvo en cuenta estas pruebas, con las cuales quedó establecido que la obligación de pagar el precio, a cargo de los compradores, no se haría exigible sino al vencimiento de los noventa días subsiguientes a la entrega total del ganado vendido.

La circunstancia de que el vendedor hubiera hecho y los compradores aceptado un

pago parcial de 50 reses, no tiene incidencia alguna en las estipulaciones contractuales que acaban de transcribirse. Este pago incompleto hecho por el vendedor, no implica renuncia, por parte de los compradores, del plazo de noventa días contados desde la entrega de TODO el ganado vendido (modalidad estipulada en favor de ellos), ni tampoco su consentimiento para que el pago del precio, que consistía en un solo acto, se fraccionara de tal manera que primero se entregara al vendedor el precio de las 50 reses recibidas inicialmente y después se le entregara el del resto del ganado. La entrega incompleta del ganado vendido no tuvo en manera alguna la virtud de alterar la unidad e integridad del pago total del precio, ni el plazo establecido para pagarlo.

Hubo pues error de hecho manifiesto por parte del Tribunal al dejar de apreciar las citadas pruebas, error que lo llevó a afirmar que, por virtud del pago parcial hecho con la entrega de 50 reses, dejó de operar la estipulación contractual de que el precio debía cancelarse transcurridos 90 días a partir de la entrega total del ganado vendido, estipulación de que dan cuenta tales pruebas, que el fallador omitió tomar en consideración. Y este error de hecho lo llevó a la conclusión, manifiestamente errónea, de que los demandados incumplieron su obligación de pagar el precio.

b) También incurrió el Tribunal en error de hecho con relación a las pruebas que demuestran que el vendedor se colocó en mora de cumplir su obligación de entregar el ganado vendido. El error consiste en no haber tomado en consideración los medios probatorios citados por la parte recurrente según quedaron resumidos en los puntos 1º, 2º, 3º, 4º, 6º y 8º de la enumeración hecha por la Corte en el ordinal a) de este primer cargo, según los cuales el demandante confesó: que la venta fue de todo el ganado existente en la finca El Balsal; que la entrega de éste debía hacerse el 5 de agosto de 1959, por el propio vendedor, por su mayordomo Duque o por un representante de aquel; que antes de esta fecha los compradores, con el consentimiento del vendedor, se llevaron 50 reses; que esta entrega constituyó apenas pago parcial; que el 5 de agosto volvió el comprador Isaza con unos peones, y que el vendedor no pudo contribuir a contar el ganado restante por hallarse embriagado; y que el vendedor ofreció entregarlo al día siguiente, pero el comprador Isaza no quiso aceptarlo, estando por ello en su derecho.

Sin embargo, el fallador afirma que "los demandados no lograron establecer aceptablemente el incumplimiento del actor", afirmación que envuelve una contraevidencia, esto es, un manifiesto error de hecho, porque las citadas pruebas demuestran lo contrario. Cierto es que, más adelante en su sentencia, dice el Tribunal que "el actor no ha estado a paz y salvo con las prestaciones del contrato"; pero ésta no es sino una de las varias contradicciones que se observan en el proveído de segunda instancia.

4. Las infracciones de la ley sustancial invocadas por la censura

Como secuela de los errores de hecho evidenciales, es indudable que el Tribunal violó, por aplicación indebida, los artículos 1546 y 1930 del Código Civil, puesto que, estando demostrado que no hubo incumplimiento de los compradores y que en cambio sí lo hubo por parte del vendedor, quien incurrió en mora, no era el caso de aplicar ninguna de esas disposiciones legales. El vendedor, conforme a lo establecido por el artículo 1878 de dicho Código, debió comparecer el día de la entrega en condiciones de contar el resto del ganado vendido, o hacerlo contar por un representante suyo, como estaba estipulado, nada de lo cual hizo.

También a consecuencia de los mismos errores de hecho, el sentenciador aplicó indebidamente al caso del pleito la disposición del artículo 8º de la Ley 153 de 1887, pues habiendo ley exactamente aplicable al caso controvertido (las disposiciones que gobiernan el contrato de compraventa), no podía resolver el litigio con base en la institución del enriquecimiento sin causa.

Prospera, pues, este primer cargo, motivo que exime a la Corte de examinar y resolver los otros tres propuestos en relación con las súplicas de la demanda. Sólo resta hacer el estudio del quinto cargo, concerniente a la absolución del demandante en relación con los cargos formulados en las contrademandas.

Quinto cargo

También dentro del ámbito de la causal primera del artículo 52 del Decreto-Ley 528 de 1964, la censura formula este último cargo, así: "Violación del Art. 1546 del C. C. por falta de aplicación, derivada de error de hecho en la apreciación de las pruebas que adelante señalo".

Exponen aquí nuevamente los impugnadores los mismos errores manifiestos de hecho invocados y demostrados en su primer cargo, razón por la cual no es preciso volver sobre este punto. Pero de tales errores deducen, no ya la aplicación indebida del artículo 1546 a la acción ejercitada en la demanda, sino la falta de aplicación de este texto legal a la acción de perjuicios propuesta en las dos contrademandas.

La Corte considera

En los libelos de reconvención no se pidió que se decretara la resolución de la compraventa, y, como consecuencia de ello, se condenara al reconvenido a indemnizar a los contrademandantes. Las condenaciones que éstos solicitaron, según lo transcrito en el ordinal 4 del capítulo I de esta sentencia, fueron las siguientes: A) Que se declare que el vendedor "violó" el contrato de compraventa, esto es, dicho en términos jurídicos, que lo incumplió; B) Que "se declare desistido" (subraya la Corte) a cada uno de los compradores de perseverar en dicho contrato; C) Que se condene al vendedor a indemnizar a los compradores, y D) Que se lo condene a pagar intereses moratorios.

Existe notable diferencia entre la ACCION RESOLUTORIA prevista por el artículo 1546 del Código Civil y el DESISTIMIENTO de que tratan los artículos 1882 y 1878 de la misma obra. Aquella requiere sentencia judicial en que se decrete la resolución del contrato, en tanto que el derecho de desistir de la compraventa, en caso de que el vendedor por hecho o culpa suya haya retardado la entrega de la cosa vendida, es un derecho potestativo del comprador que no requiere pronunciamiento alguno del Juez. Puede el comprador desistir por sí y ante sí, ante el mero hecho de haber incurrido el vendedor en mora, y pedir la indemnización que los citados artículos le reconocen.

Con claridad que salta a la vista expresan las demandas de reconvención que los contrademandantes no ejercitan la acción resolutoria del contrato. El hecho 7º de ambas contrademandas expresa textualmente: "Según lo expresado, Antonio María Gutiérrez violó el contrato de compraventa, que celebró con mi mandante Hernando Isaza Sierra y Jorge Restrepo, por no haber hecho entrega del ganado vendido. Consiguientemente, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1882 del C. Civil, mi poderdante, como comprador, puede a su arbitrio, perseverar en el contrato o desistir de él, y en ambos casos con derecho para ser indemnizado de los perjuicios según las reglas generales. A nombre de mi mandante ..., comprador en el contrato a que aludo, desisto del contrato de compraventa celebrado con Antonio María Gutiérrez, y reclamo los perjuicios que éste le causó con el incumplimiento del contrato" (los subrayados son de la Corte).

Conclúyese que, a pesar de estar demostrados los errores de hecho que aquí invoca nuevamente la censura, el cargo sin embargo no prospera, porque el Tribunal no tenía por qué aplicar a las súplicas de las contrademandas el artículo 1546 del Código Civil. Por lo tanto, no infringió este texto legal por falta de aplicación, toda vez que era inaplicable al caso.

IV. La sentencia de instancia

En la demanda principal se piden dos condenaciones abiertamente contradictorias: 1ª Que se declare resuelto el contrato

de compraventa celebrado entre las partes litigantes. 2ª Que los demandados paguen al demandante el valor de las cincuenta vacas recibidas por éstos. Lo primero se solicita en ejercicio de la acción resolutoria prevista en el artículo 1546 del Código Civil; lo segundo, en ejercicio de la acción de cumplimiento que en la misma disposición se establece como el otro extremo de la alternativa que allí se concede.

Cuando la ley autoriza para ejercer dos acciones alternativamente, no puede el titular de ellas proponerlas de manera simultánea; tiene que optar por una de ellas, porque mutuamente se excluyen. Si el demandante dice ejercitarlas ambas, el presupuesto procesal de demanda en forma no se cumple, por tratarse de remedios contrarios, incompatibles y que se destruyen por la elección (artículo 209, ordinal 3º, Código Judicial). En tal caso, el juzgador no puede proferir sentencia de fondo, sino inhibitoria, como tendrá que hacerlo la Corte respecto del libelo principal.

Por lo que toca con las demandas de reconvención, ya se dijo que el cargo formulado contra lo resuelto por el Tribunal respecto de ellas no prosperará. De consiguiente, quedará en firme la absolución del contrademandado decretada en el fallo de segunda instancia.

En mérito de las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia materia de este recurso extraordinario y, en su lugar, obrando como tribunal de instancia,

Resuelve

Primero. Revócase en todas sus partes la sentencia dictada en la primera instancia de este proceso por el Juez Primero Civil Municipal de Cartago;

Segundo. Declárase la Corte inhibida para decidir en el fondo las súplicas del libelo principal, por falta del presupuesto procesal de demanda en debida forma;

Tercero. Absuélvese a Antonio María Gutiérrez Aguilar de las peticiones formuladas en los libelos de reconvención;

Cuarto. Las costas de ambas instancias son de cargo del demandante en el litigio;

Quinto. Sin costas en el recurso extraordinario.

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

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

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

NULIDAD DEL REMATE

Pluralidad de partes. — Litisconsorcio necesario y litisconsorcio facultativo o voluntario. — Remate. — Su nulidad. — Como compraventa o acto civil y como acto o diligencia procesal. — Heredero. — Se requiere la aceptación de la herencia para adquirir la calidad de heredero.

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

(Magistrado Ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

(Aprobado según Acta número 51 de fecha junio siete de mil novecientos setenta y uno).

Se decide el recurso de casación interpuesto por algunos de los demandados contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 24 de junio de 1966, en el juicio ordinario instaurado por JULIO CALDERON BARRIGA frente a HERNANDO DEVIS ECHANDIA y otros.

I

El litigio

1. Julio Calderón Barriga demandó ante el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Bogotá a Hernando y Alfonso Devis Echandía, a Beatriz Venegas vda. de Lega, Carlos José, Enrique y Josefina Lega Venegas, la primera en su calidad de cónyuge sobreviviente y como herederos de Alberto Lega los tres últimos, a Graciela Martínez vda. de Eguia, en su condición de cónyuge sobreviviente y heredera de Daniel Eguia, y al señor José Vásquez, a fin de que previos los trámites del juicio ordinario de mayor cuantía se hicieran las siguientes declaraciones:

"Primera. Que se declaren nulos por falta de formalidades prescritas por el Código Judicial para estas diligencias: a) El remate llevado a cabo en el juicio ejecutivo adelantado en el Juzgado Tercero Civil de Bogotá por Alberto Lega contra "Eguia & Vásquez" Sociedad de hecho, Daniel Eguia, José Vásquez y Julio Calderón Barriga, según diligencia efectuada con fecha diez de marzo de mil novecientos cincuenta y cinco. b) El auto aprobatorio de la misma diligencia fechada en diez y seis de marzo de mil novecientos cincuenta y cinco. Y c) El auto aclaratorio de fecha treinta de mayo de mil novecientos cincuenta y cinco, por medio de los cuales se les adjudicó a los señores Hernando Devis Echandía y Alfonso Devis Echandía parte del lote número cuatro (4) del plano del loteo del "Bosque Calderón Tejada", según los linderos y especificaciones consignados en el hecho número sexto (6º) de la presente demanda.

"Segunda. En subsidio de la anterior, que se declare que el contrato de compraventa contenido en la diligencia de remate a que se refiere la petición primera, por medio de la cual los señores Hernando Devis Echandía y Alfonso Devis Echandía aparecen comprando y el señor Juez Tercero Civil vendiendo en representación de Julio Calderón Barriga parte del lote número cuatro (4) del 'Bosque Calderón Tejada' de

propiedad de éste, no ha producido efecto alguno por faltarle un elemento de los que el Código Civil, artículo 1501 denomina de la esencia de los contratos, a saber, la falta de acuerdo en la cosa, sin la cual no existe contrato de compraventa, según las voces del artículo 1857 del Código Civil, por cuanto no se especificó ni determinó el inmueble objeto del contrato.

"Tercera. Que se declare como consecuencia de cualquiera de las dos declaraciones anteriores, que el lote número cuatro (4) del 'Bosque Calderón Tejada' a que se refieren las peticiones anteriores, no ha salido, ni en todo ni en parte, del patrimonio del demandante señor Julio Calderón Barriga, por no haber existido negocio jurídico traslaticio de dominio capaz de haber servido de título a cualquier tradición del demandante a los demandados".

Como consecuencia solicitó el demandante que se condenase a los demandados Devis Echandía a restituirle el inmueble materia de la litis; que para los efectos de las prestaciones mutuas se señalase término al demandante para devolver a estos demandados, a quienes se debe declarar como poseedores de mala fe por haber poseído el lote sin justo título, el precio pagado por el remate; que se ordenase la cancelación del registro de la mencionada diligencia de remate y del auto que la aprobó; y, además, que se condenase a los demandados a pagarle las costas del juicio.

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

a) En el Juzgado 3º Civil del Circuito de Bogotá cursó un juicio ejecutivo instaurado por Alberto Lega contra Daniel Eguia, José Vásquez, la sociedad de hecho "Eguia & Vásquez", y Julio Calderón Barriga, a fin de hacer efectivo un crédito por la suma de $ 4.500.00, en el cual se ordenó rematar el inmueble embargado, o sea el lote número 4 del loteo del "Bosque Calderón Tejada", compuesto de 29 fanegadas y 7.218 varas cuadradas, de propiedad del ejecutado Calderón Barriga, comprendido dentro de las alindaciones que se consignan en el hecho 6º del libelo de demanda. Surtido que fue el trámite legal previo, el Juzgado profirió el 24 de febrero de 1953 la sentencia de pregón y remate por la cual ordenó llevar adelante la ejecución y subastar "los bienes embargados y los que en lo sucesivo se embarguen";

b) Después de decretado el avalúo del bien embargado el abogado Devis Echandía, quien entonces actuó como apoderado del ejecutante, solicitó, en escrito del 18 de mayo de 1954, "que en razón de ser un terreno muy extenso... y la mayor parte de él ser montañoso, casi inaprovechable", se ordenara a los peritos avaluar por separado lo montañoso y lo urbanizable, "dando las áreas y alinderando los dos globos; y que este último se divida en cuatro lotes, con sus cabidas y alinderaciones", en orden a facilitar el remate;

c) El Juzgado no resolvió la petición sobre loteo. Sin embargo, y a pesar de no existir en el proceso auto que lo decretase, los peritos rindieron dictamen el 24 de junio de ese año de 1954 en el cual dividieron el lote en dos globos que llamaron lo urbanizable y lo no urbanizable con una extensión de 20.000 V2 el primero y de 27 fanegadas el segundo. Atribuyeron al primero un valor comercial de $ 10.00 por cada vara y al resto, las 27 fanegadas no urbanizables, el precio de $ 10.000.00.

"La división que hicieron los peritos —dice el actor en el hecho 13 de su demanda— de terreno urbanizable y terreno no urbanizable no puede ni debe entenderse, ni se entendió entonces, que constituyera una división del lote para efectos de verificar separadamente el remate de cada una de estas partes. Ello no obstante que los peritos trataron de establecer sobre el plano de la urbanización una línea imaginaria aproximada que sirviera de límite a cada una de las dos porciones de terreno de características diferentes;

d) Consecuencia de lo anterior fue el remate parcial que se hizo del inmueble em-

bargado, las 27 fanegadas que los peritos llamaron parte no urbanizable, pero por unos linderos totalmente equivocados, por parte de Hernando y Alfonso Devis Echandía en diligencia practicada el 10 de marzo de 1955 y por la suma de $ 7.000.00, aprobado por auto del 16 de los mismos mes y año, registrados éste y la diligencia en el libro I de la Oficina de Bogotá el 26 de abril siguiente;

e) Los errores de alindación de la parte del predio rematada fueron tan ostensibles que dieron lugar a que el propio rematador Dr. Devis Echandía, en escrito del 28 de mayo siguiente, solicitara su aclaración para ponerlos en conformidad con los descritos en la escritura Nº 2545 de 1946, otorgada en la Notaría 2ª de Bogotá, que fue el título de adquisición del dominio por parte del ejecutado Calderón Barriga. El Juez, mediante auto del 30 de ese mismo mes de mayo, ordenó adicionar el acta de remate y su auto aprobatorio con las aclaraciones solicitadas;

f) "Es claro y evidente —afirma el actor en el hecho 21 de su libelo— de conformidad con los anteriores hechos que los señores Devis Echandía no remataron absolutamente nada, en primer término porque no había el Juzgado autorizado el loteo del inmueble embargado, y en segundo término, porque los linderos que dieron en la diligencia de remate no remataron ningún inmueble que tuviera existencia real".

3. Los demandados en este juicio Devis Echandía, Venegas de Lega y Lega Venegas se opusieron a las pretensiones del demandante; negaron los hechos "en cuanto a que el remate sea nulo, o que adolezca de vicios, o que el inmueble rematado no haya sido el mismo embargado y luego avaluado por los peritos e identificado como 'el resto' una vez deducida la parte que llamaron urbanizable, o que los demandados sean quienes deben responder como poseedores"; negaron el derecho invocado; y adujeron en el mismo acto las excepciones que denominaron "ineptitud sustantiva de la demanda; inexistencia del derecho pretendido, y demás que de los autos aparezcan".

El curador ad-litem del demandado ausente José Vásquez también contestó la demanda oponiéndose igualmente a que se hicieran las declaraciones impetradas, en cuanto ellas se refieren a su representado; expresó que como no conocía los antecedentes de este litigio en forma suficiente, se atenía a lo que se demostrara en juicio. Finalmente, y a manera de excepciones perentorias, propuso las que nominó "ilegitimidad de la personería sustantiva del actor, inexistencia de la obligación", a más de la genérica.

La demandada Graciela Martínez vda. de Eguia recibió la notificación del auto admisorio, guardando, tanto entonces como durante todo el trámite del juicio, absoluto silencio.

4. Trabada así la relación procesal el Juzgado le puso término a la primera instancia con sentencia del 10 de junio de 1965, mediante la cual negó todas las súplicas impetradas en la demanda y absolvió a los demandados de los cargos que en dicho libelo se formularon contra ellos.

Por apelación interpuesta por el demandante el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el cual, por sentencia del 24 de junio de 1966, revocó el fallo así impugnado y en su lugar se declaró inhibido para decidir en el fondo la demanda por carencia del presupuesto para ser parte de uno de los demandados, imponiendo al demandante las costas judiciales.

II

La sentencia del Tribunal

1. Luego de relacionar los antecedentes del litigio entra el Tribunal a considerar los presupuestos de este proceso, para afirmar que, en lo que atañe a la demandada Graciela Martínez vda. de Eguia, falta en ella la capacidad para ser parte, pues que, dice, "no acreditó que fuera heredera de Daniel Eguia, y fue en esa calidad que se le llamó a responder".

Después de comentar el ad-quem lo que doctrinaria y jurisprudencialmente se ha conocido como capacidad para ser parte de una relación procesal, afirmando que ella resulta de la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones y que por tanto corresponde a toda persona, natural o jurídica, pasa a determinar los requisitos que estructuran la calidad de heredero, para deducir que ella solamente se da cuando la vocación hereditaria viene seguida de la aceptación expresa o implícita de la herencia.

2. Sobre estas consideraciones afirma el sentenciador que la calidad de heredera de Daniel Eguia que la demanda atribuye a dicha señora Martínez de Eguia no está acreditada en los autos, puesto que agrega, si su vocación hereditaria queda justificada con las actas de estado aportadas al proceso que demuestran el fallecimiento de Daniel Eguia y la calidad civil de cónyuge sobreviviente que ella tiene en relación con éste, no se allegó la prueba de que hubiera aceptado la herencia de su marido, ni expresa ni tácitamente. Nota además que habiendo limitado esta demandada su intervención en el proceso a recibir la notificación del auto admisorio de la demanda, no hubo de su parte conducta de heredera y que por ende no hay aceptación tácita.

Observa en seguida el fallador después de citar la jurisprudencia de la Corte que así lo ha sostenido, que la ausencia de la prueba del carácter de heredera en que una persona es demandada se traduce en la carencia de capacidad para ser parte, defecto formal que impide el pronunciamiento de fallo de mérito con consecuencias de cosa juzgada material. Advierte, finalmente, que por tratarse aquí de un litisconsorcio pasivo necesario la falta de este presupuesto procesal en uno cualquiera de los litisconsortes, afecta inexcusablemente a toda la parte demandada, "pues el litigio debe desatarse necesariamente frente a todos ellos".

3. Concluye así el Tribunal sosteniendo que debe proferirse sentencia inhibitoria, advirtiendo que por no hacer dicho fallo tránsito a cosa juzgada material "queda a salvo el derecho del demandante para hacerlo valer nuevamente".

III

La demanda de casación

Dos cargos formula la demanda de casación contra la sentencia del Tribunal antes extractada, ambos con fundamento en la causal primera del artículo 52 del Decreto 528 de 1964, y que la Corte procede a examinar en el orden en que aparecen propuestos.

Primer cargo

1. Se hace consistir en el quebranto directo, por falta de aplicación, de los siguientes preceptos legales: los artículos 1041 y 1052 del C. J. que el recurrente dice son normas sustanciales en cuanto consagra el primero el derecho a pedir la nulidad de la subasta, y equipara el segundo la diligencia de remate a escritura pública; 1042, 1050 y 1051 ibídem, normas estas de carácter instrumental pero íntimamente relacionadas con las dos primeras; y los artículos 1849, 1857, 1880, 1882, 1887, 1889, 740, 741, 742, 744, 749, 946, 947, 950, 952, 961, 962, 965 y 966 del Código Civil.

2. En desarrollo del cargo dice el acusador que el error del Tribunal consiste en haber considerado la existencia de un litisconsorcio necesario en esta relación procesal, cuando, en su concepto, se trata de un consorcio pasivo simplemente voluntario, "porque no hacía falta demandar al señor Eguia o a sus herederos", ya que, agrega la censura, si en la demanda no se pide la nulidad del juicio ejecutivo sino escuetamente la del remate que en él se hizo, es bastante con que demande quien en el ejecutivo fue demandado y era el propietario del bien rematado y se demande a quien remató y al acreedor ejecutante. "Los otros demandados —dice el recurrente— son terceros ajenos a este litigio, puesto que no se discute la obligación ejecutiva cobrada, ni el trámite del proceso, sino, exclusivamente, el acto del remate".

Añade el censor, como consecuencia, que la sentencia de segundo grado trae el error de confundir el caso de que se demande a una sucesión, que exige citar a todos los herederos, y el evento de un proceso contra varios, en el que no es necesario demandar a una sucesión, puesto que, dice, los varios herederos solo son litisconsortes necesarios "en los procesos contra la herencia o en los que debían seguirse contra el causante".

3. En conclusión del cargo dice el impugnador que como no era indispensable en este juicio demandar al ejecutado Eguia, ni a sus herederos, su inclusión en él "para mayor abundamiento" constituye un litisconsorcio voluntario, por lo cual la falta de prueba de la calidad de heredera de la demandada Martínez vda. de Eguia "apenas impide que haya sentencia de fondo respecto de ella; pero no que se decida el litigio respecto de los demás y, principalmente, respecto de los rematadores".

Segundo cargo

1. Se acusa la sentencia por haber incurrido el Tribunal "en error de derecho respecto a la prueba de la calidad de heredera de dicha señora", al no darle a las actas de estado civil allegadas al proceso el valor probatorio que les asignan los artículos 1 a 5 de la Ley 92 de 1938 y 22 de la Ley 57 de 1887, lo que indujo al sentenciador a la violación indirecta, por falta de aplicación, del artículo 21 de la Ley 45 de 1936, según el cual, a falta de ascendientes, descendientes y hermanos legítimos del causante, es único heredero el cónyuge; y las demás normas materiales que se citaron al extractar la censura anterior.

2. Al desenvolver este cargo dice el impugnador que encontrándose en los autos las partidas de defunción del señor Eguia y de su matrimonio con su esposa doña Graciela, quien recibió notificación de la demanda, queda suficientemente acreditada la personería sustantiva de la viuda, ya que no hace falta demostrar "la inexistencia de otros herederos de mejor derecho y que, por tanto, basta probar la vocación herencial de una persona, alegando ser el heredero, para que se cumpla el requisito legitimativo, correspondiéndole a quien afirme que hay otros herederos preferenciales o concurrentes, la carga de su prueba".

Y encaminando luego su razonamiento hacia la consideración que hiciera el Tribunal acerca de la necesidad de aceptar la herencia para que se configure el carácter de heredero, dice que tal exigencia va implícita en la ejecución de "todo acto de heredero que inequívocamente implique la calidad de tal, inclusive el comparecer al juicio como demandado en esa condición sin objetarla".

3. Concluyendo la formulación de esta censura dice la demanda de casación que al sostener el Tribunal que no está acreditado que la señora Graciela vda. de Eguia sea heredera de Daniel Eguia, "implícitamente exigió que, además de las partidas de matrimonio y defunción, se llevara la prueba de que no existían otros herederos y de que dicha señora había aceptado la herencia; sin caer en cuenta de que la primera prueba no hacía falta y que la aceptación se había sucedido desde el momento en que fue notificada de la demanda y no reclamó contra su alegada condición de heredera".

IV

La pretensión del actor

El apoderado del demandante en el juicio, después de manifestar que comparte integralmente los cargos que en la demanda de casación se formulan contra la sentencia aquí impugnada, expresa que coadyuva las peticiones relacionadas con la casación de dicho fallo. Pero que, agrega, en tal supuesto debe la Corte, aplicando analógicamente lo preceptuado por el artículo 54 del Decreto 528 de 1964, devolver el proceso al Tribunal para que sea este juzgador quien dicte el fallo de mérito, dejando vivo el derecho de las partes a recurrirlo extraordinariamente, ya que un procedimiento distinto "vulnera los derechos de los particulares litigantes".

Mas si esta parte implícitamente consintió la sentencia del Tribunal al no interponer contra ella el recurso de casación, su

conducta es óbice para que entre hoy la Corte a considerar la pretensión que aquí formula.

V

Consideraciones de la Corte

1. La doctrina universal se ha ocupado, dentro de la teoría general del proceso, de determinar la posición que las partes han de tomar en él. Dice que tratándose de juicios contenciosos, para el desarrollo de la relación es necesaria la presencia cuando menos de dos personas que ordinariamente asumen en ella posiciones antitéticas: el demandante y el demandado.

Frecuentemente ocurre, sin embargo, que las personas en la relación jurídico-procesal son más de dos, dándose el fenómeno de "pluralidad de partes", en el cual es preciso tomar en consideración, como lo observa Manuel de la Plaza, "la distinta relación en que, en cada caso, se hallan las partes entre sí; y de ese modo, cuando están situadas en un mismo plano, puede hablarse de una pluralidad por coordinación, y, cuando se hallan en plano distinto, nos encontramos frente a una pluralidad por subordinación" (Derecho Procesal Civil Español, Volúmen I, pág. 292, 3ª Edición).

La relación de coordinación entre las partes se advierte fundamentalmente en la figura del litisconsorcio; la relación de subordinación, en la intervención por coadyuvancia.

2. El litisconsorcio, que es una especie del género pluralidad de partes, se estructura pues cuando en un proceso se presentan varias personas reunidas en el mismo papel de parte, por existir coordinación en sus pretensiones o conexidad de intereses entre ellas. Y proviene: o de que varios demandantes litiguen con un solo demandado (litisconsorcio activo); o de que un solo demandante dirija su demanda contra varios demandados (litisconsorcio pasivo); o de que sean más de una las personas que, en la misma litis, figuren como demandantes y demandadas (litisconsorcio mixto).

Desde otro punto de vista esta relación múltiple admite dos formas, tradicionalmente llamadas litisconsorcio necesario y litisconsorcio facultativo o voluntario. La primera es impuesta por la índole de la relación sustancial que en el proceso se actúa, y por la necesidad de que la resolución que se dicte afecte a todos los interesados; la segunda, en cambio, solo obedece a una determinación de voluntad, inspirada en la consideración de buscar la economía procesal.

La característica esencial del litisconsorcio necesario es, como lo ha sostenido la doctrina de la Corte, el supuesto de que la sentencia haya de ser única y de idéntico contenido para la pluralidad de partes en la relación jurídico-procesal por ser única la relación material que en ella se controvierte; unicidad ésta que impide hacerle modificaciones que no puedan operar conjuntamente frente a los varios sujetos. En el litisconsorcio facultativo, en cambio, como a la pluralidad de partes corresponde también una pluralidad de relaciones sustanciales controvertidas, es posible entonces que en cierto momento las causas reunidas se separen y cada una vuelva a ser objeto de proceso separado; y aunque el juicio continúa siendo único hasta el fin, nada impide que a las distintas causas se les de decisión diferente.

3. Desde vieja data ha advertido la doctrina que la venta de bienes realizada por los órganos de la jurisdicción es un fenómeno realmente híbrido, en el cual se combinan los elementos del derecho civil y del derecho procesal. Por consiguiente la ha considerado como compraventa y como diligencia judicial; aceptando la posibilidad de su anulación pero marcando, en cuanto dice al tratamiento jurídico que debe darse en cada caso, la diferencia que hay entre la nulidad del remate, como acto civil, y su anulación como acto integrante de un procedimiento.

"Una cosa es el remate como acto civil, —dijo la Corte en sentencia del 26 de septiembre de 1935— como contrato de venta en que el juez representa al vendedor, y

otra muy distinta las formalidades relativas al procedimiento y al mismo acto de remate. En cuanto al contrato de venta, en sí mismo considerado, se rige por los principios que dominan la teoría legal de los actos y contratos y declaraciones de la voluntad, y en cuanto a la formalidad del remate, por las disposiciones consagradas en el Código Judicial. Por eso, como desde hace mucho lo ha dicho la Corte, el acto judicial llamado remate, no puede regirse por las mismas reglas que gobiernan los actos y las declaraciones de la voluntad, referentes a la venta que se hace en un juicio" (G. J., t. XLIII, Nº 1904, págs. 62 y 63).

A la invalidación del remate puede llegarse pues por la ausencia de los requisitos establecidos por la ley para él, considerado como un acto jurídico civil, o por falta de sus formalidades propias como acto procesal. En el primer evento las causas determinantes generan nulidad sustancial, absoluta o relativa, según la clase de requisitos pretermitidos; al paso que en el segundo se alude a informalidades, determinantes de nulidad procesal.

Pero si a esta invalidación puede llegarse después de efectuado el remate, mediante juicio ordinario en ambas hipótesis, es preciso advertir que los titulares de la acción son diferentes en cada caso. El interés para pedir la anulación de la subasta como acto civil radica, cuando se trata de nulidad absoluta, en toda persona que lo tenga en ello, en el ministerio público y puede declararse por el juez, aún sin petición de parte, siguiendo lo preceptuado por el artículo 2º de la Ley 50 de 1936; y cuando de nulidad relativa, en aquellas personas en quienes expresamente la ley concede la acción rescisoria. La nulidad del remate por ausencia de las formalidades previstas en el artículo 451, inciso 2º, del Código Judicial, solo puede decretarse por demanda formulada por cualquiera de las personas que hubieren sido parte en el juicio en que se realizó, citando a todas las demás y al rematante. La relación procesal debe trabarse, en el primer caso, entre el antiguo propietario del bien subastado y el rematador o, en general, entre quienes tengan interés en la eficacia o ineficacia del remate como acto civil; en el segundo, entre quienes fueron parte en el juicio y el rematador, pues a todos éstos afecta la suerte del acto procesal cuya validez se discute.

Cierto es que, como lo ha dicho la Corte, una cosa es la nulidad del juicio ejecutivo y otra bien distinta la nulidad del remate, hasta el punto de que la primera lleva consigo la segunda pero no al contrario. Mas si la nulidad del remate no invalida el proceso ejecutivo en toda su integridad, es claro que sus efectos sí repercuten en esta parte del juicio; porque obligado el rematador a restituir la cosa y el acreedor a reintegrar lo que recibió del producto de la subasta por su crédito, como ineludible secuela de la declaración de nulidad, renace para éste la facultad de continuar la ejecución, la cual obviamente afecta la situación de todos los deudores ejecutados que ya se consideraban liberados de esa obligación.

Si, como lo ha sostenido la doctrina aludiendo al carácter sustancial del precepto contenido en el numeral 2º del artículo 451 citado, por dicha norma se confiere derecho a quien es parte en procesos en que tiene cabida la subasta, consistente en solicitar su nulidad por ausencia de formalidades procesales, no sería razonable que si la invalidación se pide dentro del juicio en que el remate se hizo no pueda decretarse sin la citación de todas las partes en él y la del rematador; y que en cambio, cuando es solicitada en juicio posterior, pueda declararse sin la presencia de todos.

Cuando la nulidad del remate se pide, no como contrato de venta sino como parte integrante de un procedimiento por omisión de sus formalidades propias, la unicidad de la relación material que constituye el objeto del próceso no permite decisión de mérito sin la presencia en él de todas las personas que fueron parte en el juicio en que el remate se hizo. En este sentido se pronunció la Corte en sentencia de casación del 20 de noviembre de 1948, al decir:

"Las nulidades referentes a los remates se contienden entre las partes, todas las

cuales han de intervenir en la controversia que se suscite. Si ocurre dentro del respectivo juicio, la presencia de todas ellas se cae de suyo, sin embargo de lo cual el artículo 455 del Código Judicial requiere la notificación personal del auto en que el Juez, en su caso, manda poner en conocimiento de ellas la causal de nulidad que anota. El artículo 456 ibídem, habla en plural 'las partes'. Cuando ello ocurre en juicio distinto, sucede otro tanto en el sentido de que éstas deben intervenir, con la agregación, muy justificada por cierto, del rematador, al tratarse de un caso como el del proceso. La ley exige para la discusión de la nulidad la concurrencia de las partes y del rematador en casos como el de autos; pero esto no puede significar que les niegue el derecho de discutir el remate a personas distintas, las que lo tienen en cuanto el remate las perjudique" (G. J., t. LXV, Nº 2066, pág. 67).

4. Como en este caso se pide principalmente la nulidad del remate por el segundo de los conceptos dichos, desde luego que la súplica primera de la demanda expresa que la licitación es nula por falta de formalidades para efectuarla, citando al juicio no solo al rematador sino además a todas las personas que fueron parte en el trámite ejecutivo en que se realizó, se trata entonces de un litisconsorcio pasivo necesario y por ende, ante la ausencia de uno de los presupuestos del proceso, no es dable el pronunciamiento de decisiones diferentes en frente de cada uno de los demandados por impedirlo la inescindibilidad de la situación jurídica en que ellos se encuentran.

El primer cargo es pues ineficaz.

En relación con el segundo cargo, observa la Corte:

1. Conforme a lo estatuído por los artículos 1012 y 1013 del Código Civil el asignatario de una sucesión adquiere su derecho desde que la asignación se defiere; esto es, desde el momento de la muerte del causante si la asignación es pura y simple, o desde el cumplimiento de la condición si es condicional.

Mas si todo asignatario tiene opción para aceptar la asignación que le es deferida, o para repudiarla (art. 1282); y si los efectos de la aceptación o de la repudiación de una herencia "se retrotraen al momento en que ésta haya sido deferida", según lo estatuye el artículo 1296 ibídem, debe aceptarse que la delación de la herencia, que es el llamamiento que la ley hace a una persona para ejercer frente a ella el derecho de opción, no es por sí sola suficiente para adquirir la calidad de heredero: depende del asignatario confirmarla definitivamente por un acto de su propia voluntad, aceptando la asignación; o rechazarla para siempre, repudiándola.

2. Es por ello por lo que la doctrina de la Corte ha dicho constante y repetidamente que la calidad de heredero depende de dos situaciones diversas: la vocación hereditaria y la aceptación. La primera surge de los vínculos de sangre que ligan a la persona con el causante, si se trata de sucesión intestada, o de las disposiciones del testador, si de sucesión testada. La segunda es la clara e inequívoca manifestación de la voluntad del asignatario de recoger la herencia, que puede ser expresa o tácita, según que se tome el título de heredero o que se ejecute "un acto que supone necesariamente su intención de aceptar". (Sentencias de 3 de junio de 1959, G. J., Nos. 2211 y 2212, págs. 606; abril 13 de 1959, Nº 2210, pág. 308; junio 3 de 1960, Nos. 2225 y 2226 págs. 915 y 916).

Si la aceptación tácita de la herencia, según nuestro derecho positivo, resulta indirectamente de ciertos actos jurídicos o materiales ejecutados por el asignatario, y que implican por su parte la voluntad de conducirse como heredero, no puede sostenerse que tal forma de aceptación se da cuando a una persona se le notifica en esa calidad presunta el auto admisorio de la demanda, sin objeción alguna de su parte, porque dicho acto procesal no involica generalmente una conducta libre del notificado ni, por ende, puede inferirse de él clara e inequívocamente una evidente voluntad de aceptar la herencia. Es preciso recordar que los principios legales que entre nosotros go-

biernan la aceptación de la herencia se edifican sobre el concepto de que nadie puede ser heredero contra su voluntad.

3. De que, por implicar tal aserto la afirmación de un hecho negativo, el demandante no esté obligado a demostrar la inexistencia de otros herederos concurrentes o de mejor derecho que el demandado, no puede seguirse que también se encuentre relevado del deber de acreditar plena e idóneamente la calidad que atribuye a éste. Solo en presencia de esta demostración podrá deducirse judicialmente la responsabilidad civil que de él se reclama en tal carácter.

4. Habiéndose demandado a la señora Graciela Martínez vda. de Eguia como heredera de Daniel Eguia, la que se limitó a recibir la notificación del auto admisorio, pero sin haber ejecutado acto alguno en el juicio que revele su voluntad de comportarse como tal, no es dable sostener que queda demostrada su aceptación para que, unida a la vocación hereditaria que ostenta como cónyuge sobreviviente, quede estructurada la calidad que se le imputa.

El Tribunal atribuyó a las actas de estado civil allegadas al proceso el valor probatorio que para ellas indican las leyes 57 de 1887 y 92 de 1938, desde luego que reconoció y aceptó la disolución, por muerte de uno de los contrayentes, del matrimonio Eguia-Martínez, y, por ende, la calidad de cónyuge sobreviviente en la mujer. Al razonar así, no cometió el error de derecho que se le imputa en la valoración de estas pruebas, ni violó, por tanto, las disposiciones sustanciales citadas en la censura.

Se rechaza pues este cargo.

VI

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 24 de junio de 1966, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este juicio ordinario.

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

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

Aurelio Camacho Rueda, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, Humberto Murcia Ballén, Alfonso Peláez Ocampo, Carlos Vila Escobar. Conjuez

Heriberto Caycedo Méndez., Secretario

ARRENDAMIENTO

Incongruencia.
Técnica de casación. Violación directa o indirecta.
Error de hecho y de derecho.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, treinta de junio de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Doctor Ernesto Cediel Angel).

(Aprobación: Acta Nº 58 de 22 de junio de 1971).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 30 de julio de 1969, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el proceso ordinario de mutua petición promovido por Alfonso Syro y otro contra Fermín Ospina Gómez.

Antecedentes

1. Entre Fermín Ospina Gómez, de una parte, y Alfonso Syro G. y Absalón Monard de otra, se celebró el contrato verbal de arrendamiento que, en lo sustancial, quedó recogido en el recibo que el primero expidió a favor de los segundos en Cali, el 19 de enero de 1967, que a la letra dice:

"Por $ 22.500.00. Fermín Ospina Gómez, mayor de edad y de este vecindario, portador de la cédula de ciudadanía Nº 6'055.908 de Cali, declaro que he recibido de los señores Alfonso Syro G. y Absalón Monrad, mayores de edad y de este vecindario, la cantidad de veintidós mil quinientos pesos moneda corriente ($ 22.500.00) que corresponden al canon de arrendamiento de tres (3) meses o sea a razón de siete mil quinientos pesos moneda corriente ($ 7.500.00) mensuales, que se pagan por anticipado, y mientras se entrega el local que les he arrendado sobre la carrera 9ª esquina de la calle 11, arrendamiento que empezará a correr tan pronto esté terminado el expresado local y les entregue las llaves a los arrendatarios, por el término de un año. Son veintidós mil quinientos pesos moneda corriente. (firmado) Fermín Ospina Gómez C. C. Nº 6'055.908 Cali. Cali, enero 19 de 1967".

2. Alegando como fundamento primordial de su pretensión el incumplimiento de la obligación a cargo del arrendador de entregar a los arrendatarios la cosa arrendada en el tiempo debido, Alfonso Syro G. y Absalón Monard demandaron a Fermín Ospina ante el juez 3º Civil Municipal de Cali, a efecto de que se "declarase resuelto" el contrato de arrendamiento a que se hizo referencia, y se condenase al demandado a indemnizarles los perjuicios que les causó por razón del incumplimiento del contrato y a restituirles, "como parte de la indemnización de perjuicios", la cantidad de $ 22.500.00 que le anticiparon al arrendador a cuenta de cánones futuros, con sus intereses legales a partir del 19 de enero de 1967.

3. El demandado negó haber incumplido el contrato, y alegando que los arrendatarios se negaron a recibir las llaves que puso a su disposición tan pronto como el local arrendado quedó concluido, Fermín Ospina Gómez promovió demanda de reconvención contra aquellos a intento de que se hiciesen las siguientes declaraciones:

"Primera. Que los demandados, señores Syro y Monard, se negaron a recibir las llaves del local que les arrendó el 19 de enero de 1967, el señor Fermín Ospina Gómez y por consiguiente, incurrieron en mora de recibir el local ubicado en el cruce de la carrera 9ª, con calle 11 de Cali;

"Segunda. Que como consecuencia de la declaración anterior, el señor Fermín Ospina Gómez como (sic) está obligado a devolver la cantidad de $ 22.500.00 que recibió por el valor de tres meses anticipados de arrendamiento del local arrendado.

"Tercera. Que los demandados, señores Syro y Monard, deben pagar al señor Fermín Ospina Gómez los cánones de arrendamiento a que se refiere la demanda y ésta de reconvención, durante el tiempo que falte hasta el día en que desahuciados, hubiera cesado el arriendo, o que el arriendo hubiera terminado sin desahucio, a siete mil quinientos pesos mensuales.

"Cuarta. Que los demandados deben pagar al señor Ospina Gómez los perjuicios que le hubieren ocasionado por el no recibo del local arrendado, los cuales se fijarán en el presente juicio, o se determinarán oportunamente en la forma indicada en el artículo 553 del C. Judicial.

"Quinta. Que los demandados deben pagar las costas de los dos juicios".

4. Surtido el trámite de la primera instancia, el juzgado desató el litigio en sentencia de 4 de octubre de 1968, mediante la cual declaró probada la excepción temporal de petición antes de tiempo, tanto respecto de la demanda principal como de la de reconvención, y condenó en costas a las dos partes contendientes. Apelada por ellas esta decisión, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, por sentencia de 30 de julio de 1969, revocó la de primer grado y en su lugar dispuso:

"Primero. ABSUELVESE al señor Fermín Ospina Gómez, mayor de edad y vecino de Cali, de los cargos que en demanda del doce (12) de mayo de mil novecientos sesenta y siete (1967) formuló contra él el doctor Carlos Navia Belalcázar como apoderado de los señores Alfonso Syro G. y Absalón Monard, también mayores de edad y vecinos de Cali el primero y de Buenaventura el segundo.

"Segundo. ABSUELVESE a los señores Alfonso Syro G. y Absalón Monard, de las condiciones civiles dichas, de los cargos que en la demanda de reconvención de fecha 30 de junio de 1967 formula contra ellos el doctor Hernando Valencia C., como apoderado éste del señor Fermín Ospina Gómez, de las condiciones civiles expresadas antes, a excepción de la petición relativa a la no devolución de la cantidad de $ 22.500.00, siendo así que el señor Fermín Ospina sí está obligado a restituir a los señores Alfonso Syro G. y Absalón Monard dicha cantidad de dinero, a título de pago de lo no debido por éstos.

"Tercero. CONFIRMASE el punto 'tercero' de la sentencia del Juzgado, o sea el relativo a la condenación en costas.

"Con costas a cargo de los apelantes".

5. Contra este fallo, según se expresó, interpuso Fermín Ospina Gómez, en su condición de contrademandante, el recurso de casación de que conoce la Corte y que hoy se decide.

Motivación de la sentencia impugnada

Por cuanto la inconformidad del recurrente se concreta, como es obvio, a lo desfavorable del fallo impugnado, o sea en cuanto absolvió a los contrademandados de los cargos que se les formularon en la contrademanda, la Corte solo extractará las razones que llevaron al Tribunal a esa decisión.

Luego de notar el sentenciador que la primera de las peticiones del libelo de reconvención se encamina a obtener la declaración de que los arrendatarios incurrieron en mora de recibir el local arrendado, expresa:

"En cuanto a la renuencia del arrendatario a recibir, las disposiciones sobre arrendamiento no contienen norma expresa semejante a la contenida en el artículo 1984 del C. Civil, esto es sobre la acción propia a ejercitar en este caso. Ello no obsta, sin embargo, que tal conducta del inquilino sea ocasionada a perjuicios para el arrendador, si, atenido éste al contrato, deja pasar la oportunidad de celebrar igual o más ventajoso convenio para él con otro posible arrendatario. Quiere decir que, a contrario sensu, frente al desistimiento a que puede acudir el arrendatario, con o sin indemnización de perjuicios según el artículo 1984, el arrendador puede simplemente demandar el pago de perjuicios por el incumplimiento de su contraparte en el negocio".

Advierte el Tribunal que con el fin de establecer la renuencia de los arrendatarios a recibir la cosa arrendada se allegaron al proceso la confesión provocada de los contrademandados y las declaraciones de Cástor Quesada Ledesma, constructor del local arrendado, y de Manuel Zarama Delgado. Al examinar los testimonios de éstos dice que no hay constancia de que entre Quesada y Fermín Ospina hubieran quedado relaciones de orden económico que hagan sospechoso el dicho del testigo; que, en cambio, la comisión que Zarama recibió de Ospina "de hacer la entrega de las llaves y entender en las dificultades que a la postre surgieron sobre la elaboración de nuevo documento para contemplar en él la facultad de los arrendatarios de subarrendar, hace suponer en el abogado que se encarga de esta clase de gestiones la circunstancia de impedimento a que se refiere el artículo 669, numeral 4º, del C. Judicial".

Se refiere luego a las posiciones que Syro absolvió a petición de Ospina, y observa que el contenido de la pregunta primera revela, contra lo sostenido por los testigos mencionados, que los arrendatarios sí estuvieron dispuestos a recibir el local, y que "las declaraciones ratificadas de Fernando García y Andrés Valencia Gamboa ponen de presente esta misma línea de conducta de los arrendatarios".

De donde concluye el ad-quem que" no cabe, pues, una condena por perjuicios a los contrademandados como resultante de la 'primera' de las peticiones del libelo del 30 de junio de 1967, a la que tampoco es el caso de acceder, ni, por consiguiente, a las peticiones 'tercera' y 'cuarta' ".

Por último, atinente a la petición segunda expresa:

"El que no se reintegre a los señores Syro G. y Monard la cantidad de $ 22.500.000 a que se refiere la 'segunda' de las peticiones, no es otra cosa que la injustificada retención de lo que a la postre resulta haberse pagado indebidamente puesto que el contrato no llegó a tener siquiera un principio de ejecución, de suerte que esta parte de la reconvención, en un todo ceñido a la causa a que accede, no debe decretarse".

La demanda de casación

Dos cargos se formulan en ella a la sentencia del Tribunal: uno dentro del ámbito de la causal primera, y el otro con fundamento en la segunda. Aunque la acusación por inconsonancia se propone en segundo término, procede la Corte a estudiarla de preferencia por exigirlo así el examen lógico de las causales aducidas.

Cargo segundo

A intento de fundar la censura por incongruencia, expresa el recurrente:

"Dentro de las motivaciones de la sentencia que se viene analizando no aparece por ninguna parte que el Tribunal haya sustentado con ninguna clase de argumentación el fallo que emitió en relación con la devolución o reembolso de esos arrendamientos anticipados, fallo que como se ve, se respaldó en el pago de lo no debido; y no aparece ninguna argumentación porque esa devolución no fue planteada con respaldo en esa acción sino con fundamento en la simple acción de perjuicios. El Tribunal al fallar sobre este punto, aun cuando lo hizo en la parte resolutiva de la sentencia correspondiente a la reconvención, de-

cretó o declaró la obligación, a cargo de Ospina, de restituir ese anticipo de arrendamiento a favor de los inquilinos Syro y Monard, restitución que fundamentó en el pago de lo no debido por estos.

"Esto plantea en forma evidente la incongruencia entre el fallo recurrido y las pretensiones de las partes oportunamente deducidas por éstas dentro del juicio, incongruencia que todavía se hace más patente, si se tiene en cuenta que el Tribunal en este aspecto falló el pleito con fundamento en una acción que no fue ejercitada por los actores, negando, como lo hizo en la misma parte resolutiva correspondiente a la demanda principal, ese mismo pedimento que los demandantes habían apoyado en la acción de perjuicios, en virtud, naturalmente de la culpa contractual, y sobre la hipótesis de que en ésta había incurrido el demandado Ospina. De modo que por este aspecto la sentencia no solo tiene la falla de la incongruencia sino que es además, contradictoria".

La Corte considera

1. Es cierto, como dice el censor, que los demandantes Syro y Monard suplicaron en la petición tercera del libelo incoativo de este juicio que "como parte de la indemnización de perjuicios a que está obligado el demandado", se condenase a Ospina Gómez a restituir a aquellos la cantidad de $ 22.500.00 que le anticiparon "a cuenta de cánones futuros de arrendamiento". Pero también lo es que en la demanda de reconvención impetró el reconveniente la declaración de que "Fermín Ospina Gómez como (debe ser no) está obligado a devolver la cantidad de $ 22.500.00 que recibió por el valor de tres meses anticipados de arrendamiento del local arrendado".

2. De esta suerte, era deber del Tribunal decidir, al estudiar la demanda principal. si condenaba o no al demandado Ospina Gómez a restituir a los demandantes los $ 22.500.00 que de estos recibió por concepto de cánones de arrendamiento; y al resolver la de reconvención, si estaba Ospina obligado o no a devolver a Syro y a Monard esa cantidad. Esto fue precisamente lo que hizo el sentenciador, pues en el ordinal primero de su fallo absolvió a Ospina "de los cargos que en demanda del doce (12) de mayo de mil novecientos sesenta y siete (1967)" le formularon Syro y Monard; y en el segundo absolvió a éstos "de los cargos que en la demanda de reconvención de fecha 30 de junio de 1967" formuló contra ellos Ospina Gómez, "a excepción de la petición relativa a la no devolución de la cantidad de $ 22.500.00, siendo así que el señor Fermín Ospina sí está obligado a restituir a los señores Alfonso Syro G. y Absalón Monard dicha cantidad de dinero a título de pago de lo no debido por éstos".

3. Es, por tanto, infundada la afirmación del recurrente de que la petición de los demandantes encaminada a obtener la restitución de la suma antes mencionada fue resuelta en el numeral en que el sentenciador decidió la demanda de reconvención, pues todas las súplicas de la demanda principal quedaron resueltas en el numeral primero del fallo, en forma totalmente favorable al recurrente Ospina Gómez. Aunque la decisión contenida en el numeral segundo de dicho fallo es un tanto confusa, de su contexto aparece que el Tribunal negó todas las peticiones de la contrademanda, inclusive la segunda, desde luego que al resolver que Ospina Gómez "sí está obligado a restituir a los señores Alfonso Syro G. y Absalón Monard" los $ 22.500.00 que de ellos recibió, estaba negando implícitamente la declaración solicitada en esa petición de que aquel no estaba obligado a restituir esa cantidad. Sabido es que el fallo que niega las peticiones de la demanda no es incongruente, pues no se da en él ninguna de las hipótesis de disconsonancia ya que no decide sobre puntos ajenos a la controversia (extra petita), ni provee más allá de lo pedido (ultra petita), ni deja sin decidir algún punto de la demanda o de las excepciones (mínima petita).

Distinto de no decidir un extremo de la litis es resolverlo en forma adversa al peticionario. En el primer caso el fallo sería incongruente y, en consecuencia, podría ser atacado en casación con base en la causal

segunda; en el otro no, puesto que el fallo adverso implica un pronunciamiento del sentenciador sobre la pretensión de la parte, que solo podría ser impugnado a través de la causal primera si con él se violó 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 a todas luces es inaceptable.

4. "Fuera de la falta de consonancia entre lo demandado y lo sentenciado, 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, como es el de haberse otorgado lo pedido por un concepto de derecho diferente al que ha servido de apoyo al demandante, 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 imprόspera.

Cargo primero

Denúnciase en él violación del artículo 1984 del Código Civil, por falta de aplicación, proveniente de la errónea apreciación de los testimonios de Cástor Quesada Ledesma y Manuel Zarama Delgado, de la confesión provocada de Alfonso Syro y de las declaraciones de Fernando García y Andrés Valencia Gamboa.

"El Tribunal —dice el recurrente—, al fallar esta controversia negando las peticiones de la contrademanda planteada por el señor Ospina Gómez rechazando los pedimentos correspondientes al pago de los cánones de arrendamiento, a cargo de los contrademandados y declarando que Ospina estaba en la obligación de devolver lo que ya había recibido como anticipo de los tres primeros meses del contrato, violó, como ya se dijo, la ley sustantiva por infracción del artículo 1984 del Código Civil, infracción que es la consecuencia obligada del análisis equivocado de las pruebas que se han catalogado dentro de los tres grupos que antes he relacionado, siendo de advertir que con ello se ha cometido un error de derecho que aparece de manifiesto en los autos".

A intento de fundar su acusación nota el censor:

a) Que al considerar el Tribunal que el dicho del testigo Zarama es sospechoso, por lo que no puede estimarse como prueba de conformidad con el artículo 669, ordinal 4º, del C. J., "incurre el fallador en un error de derecho que aparece de manifiesto en los autos, porque de una parte el testigo no fue legalmente tachado tal como hubiera podido hacerse para resolver sobre su impedimento, y por otra parte como consecuencia lógica, considerando por este aspecto el problema, la circunstancia de ser sospechoso el dicho de este declarante no pasa de ser un supuesto falso que carece de toda realidad".

b) Que al contestar el demandado Syro la pregunta quinta del pliego de posiciones, relacionada con su negativa a recibir en la oficina del doctor Zarama las llaves del local, dijo en forma paladina que "sí es cierto" que se negó a recibirlas; que ratifica su dicho al agregar que "no las recibí porque nosotros ya teníamos un contrato que nos había expedido don Fermín Ospina por $ 22.500.00, recibo que consideramos como contrato, y porque nos exigía firmar un contrato que no debíamos firmar, por intermedio del Dr. Zarama como abogado del señor Ospina"; que, por consiguiente, con o sin el concurso de la declaración del doctor Zarama, la renuencia de los inquilinos a firmar el documento de contrato de arrendamiento está demostrada hasta la saciedad por la propia confesión rendida por el demandante en el cuadro de posiciones que se viene analizando"; y que como el fallador no lo consideró así en razón de la errónea apreciación de la prueba que con

tal fin adujo el contrademandante, "cometió un error de derecho que aparece evidente en los autos".

c) Que de las declaraciones de testigos aducidos por la parte demandante con el propósito de demostrar la falta de renuencia de los inquilinos a recibir las llaves del local arrendado, el Tribunal solo tuvo en cuenta las de Fernando García y Andrés Valencia Gamboa; que ambos testimonios son sospechosos "pues no coinciden en cuanto a las circunstancias de tiempo, y además sus exposiciones dan base para pensar o presumir con suficiente fundamento que esos testigos están mintiendo, y en esas condiciones no se puede estimar como prueba tales declaraciones"; que, por otra parte, no se dejó testimonio de la fecha en que se recibió la declaración de Valencia Gamboa, ni de los documentos de identificación de los testigos, todo lo cual hace que no puedan ser estimados como pruebas. Y

d) Que como la confesión, por ser indivisible, hay que aceptarla tanto en lo favorable como en lo desfavorable, las explicaciones que se dan en las respuestas a cada una de las preguntas del pliego de posiciones hay que aceptarlas con tal de que no hagan referencia a hechos distintos de los que se contienen en las respuestas; que por consiguiente, hay que aceptar la explicación que Ospina Gómez dio en la respuesta a la pregunta décima tercera, cuando al expresar que no era cierto que les hubiera exigido a los inquilinos Syro y Monard contrato escrito porque le bastaba el recibo, agregó: "los que exigieron contrato fueron ellos al Dr. Zarama con la cláusula de subarrendar, él les hizo el contrato pero no lo volvieron firmado"; que hay que aceptar, asimismo, la explicación del absolvente Ospina contenida en el acta adicional, que dice: "A los veinte o treinta (20 ó 30) días, aproximadamente de haber sido arrendado el local se presentó el señor Alfonso Syro y me dijo que no lo iba a ocupar y yo le contesté que lo podía subarrendar y que si el cliente era bueno yo lo aceptaba"; que todo esto demuestra la voluntad decidida de Ospina de entregar las llaves y el local arrendado a sus inquilinos.

Y concluye así:

"Por la falta de apreciación de estos elementos de prueba que no por la errónea apreciación de los mismos en este caso concreto, el Tribunal violó la ley sustantiva, infringiendo el artículo 1984 del Código Civil, cometiendo con ello, en este caso concreto, un error de hecho que aparece manifiesto en los autos como quiera que brilló por su ausencia el análisis de las pruebas que se vienen analizando, procediendo así como si no hubieran obrado en el proceso".

Estima el recurrente que el sentenciador infringió, por falta de aplicación, el citado artículo 1984, "porque si bien es cierto que en el articulado sobre arrendamiento no hay para el caso de renuencia del arrendatario un mandato semejante al contenido en aquella disposición conforme al cual, el arrendador pueda apelar al ejercicio de la acción encaminada a obtener la indemnización de perjuicios, a cargo de aquel, ello no obsta para que tal conducta del inquilino sea sancionada mediante la condena a los perjuicios a favor del arrendador cuando, atenido éste al contrato celebrado con ellos, se abstiene de celebrarlo con otro inquilino en las mismas o mejores condiciones, porque evidentemente, argumentando a contrario sensu, si el inquilino con quien se ha celebrado el contrato opta por desistir de éste, necesariamente el arrendador tiene y debe contar con la acción que puede interponer para obtener el pago de los perjuicios por incumplimiento del contrato por parte del inquilino, como quiera que se trata de un contrato bilateral del cual necesariamente se derivan obligaciones y derechos para ambas partes".

Se considera

1. Tiene dicho la Corte que "la primera causal de casación es siempre la de violación de la ley sustancial, en la cual puede incurrir el fallador de tres maneras diferentes: por infracción directa, por errónea interpretación y por aplicación indebida, y

como cada uno de esos casos deriva de fuentes distintas, se ha exigido, en orden al mejor éxito del recurso y atendiendo a la limitada libertad con que la Corte actúa en casación, que el recurrente concretamente exprese, con claridad y precisión, por cuál de los tres casos de violación de la ley acusa la sentencia. De allí que se haya llegado hasta sostener que la Corte no puede tener en cuenta los motivos de casación consistentes en infracción de determinadas disposiciones sustanciales, cuando el recurrente no expresa el concepto de la infracción o cuando expresando alguno, no acierta con el que en realidad correspondía y debía invocar". (LXI, 398).

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

3. El quebranto de la ley sustancial se produce en forma directa, cuando no obedece a yerros cometidos por el sentenciador en la apreciación del material probatorio; o en forma indirecta, cuando la violación se produjo a causa de errores de hecho o de derecho del Tribunal en la apreciación de determinadas pruebas. Siendo de advertir que la infracción de la ley en su especie de la interpretación errónea no puede producirse por la vía indirecta, ya que ésta no se debe a desaciertos del juzgador en el campo de las pruebas, sino en el del entendimiento mismo de la ley.

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

5. No es dable acusar en un mismo cargo la sentencia de segunda instancia por error de hecho y de derecho en la estimación de idéntico medio probatorio y respecto de un mismo punto, puesto que dada la naturaleza de tales errores se excluyen entre sí: si hubo error en la valoración de la prueba no es posible el error de hecho consistente en que el sentenciador la hubiera preterido; y si hubo error de hecho porque supuso la prueba o no vio la existente, no pudo incurrir en error de valoración. Tampoco es admisible la censura que se formule a través del planteamiento global del problema probatorio, en busca de que la Corte se forme una convicción diferente de la del senten-

ciador en instancia, ya que en el campo de las pruebas solo procede la acusación que se refiere a la apreciación errónea o falta de apreciación "de determinada prueba".

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

En efecto:

a) Le imputa al sentenciador, simultáneamente, error de derecho y manifiesto error de hecho en la apreciación de las pruebas señaladas en el cargo, puesto que a vuelta de decir que la infracción del artículo 1984 del C. C., por falta de aplicación, "es la consecuencia obligada del análisis equivocado de las pruebas que se han catalogado dentro de los tres grupos que antes he relacionado, siendo de advertir que con ello se ha cometido un error de derecho (se subraya) que aparece de manera manifiesta en los autos"; que el sentenciador incurrió "en error de derecho" en razón de la errónea apreciación del testimonio de Manuel Zarama y de la confesión provocada del demandado Syro; y que los testimonios de Fernando García y Andrés Valencia "no pueden ser estimados como prueba" expresa luego que "por falta de apreciación de estos elementos de prueba que no por la errónea apreciación de los mismos en este caso concreto, el Tribunal violó la ley sustantiva, infringiendo el artículo 1984 del Código Civil, cometiendo con ello, en este caso concreto, un error de hecho (se subraya) que aparece manifiesto de los autos como quiera que brilló por su ausencia el análisis de las pruebas que se vienen analizando, procediendo así como si no hubieran obrado en el proceso".

Dado el carácter eminentemente dispositivo del recurso extraordinario, la Corte solo puede examinar la legalidad de la sentencia recurrida dentro de los estrictos límites que le señale el impugnante y en el preciso campo en que se reclame su intervención. De ahí la exigencia de que la demanda de casación exprese en forma clara y precisa los fundamentos de la acusación (D. 528 de 1964, art. 63). No satisface esta exigencia la censura que, como la que se estudia, denuncia simultáneamente error de derecho y evidente error de hecho en la apreciación de unas mismas pruebas; y como la Corte no puede entrar ex officio a indagar en cuál de esos errores se incurrió, la censura así formulada está condenada al fracaso.

b) Mas, si como aparece del desarrollo del cargo, hay que entenderlo montado sobre el error de derecho en que habría incurrido el sentenciador al apreciar los medios de prueba señalados en él, la censura tendría que ser desechada por no cumplir el requisito inexcusable de indicar las normas de disciplina probatoria que habrían sido conculcadas. A mayor abundamiento se observa que como el Tribunal sí tomó en cuenta esas pruebas según aparece del fallo de segunda instancia y de la propia demanda de casación, la censura que se examina, en cuanto le atribuye error de hecho al sentenciador por haberlas preterido, resulta infundada.

c) Fallando la censura, como queda visto, en su punto de partida, sobra cualquier consideración respecto de la meta final a que apunta la acusación, o sea la violación de la ley sustancial, pues aquella falla conduce fatalmente a su rechazo. Con todo, observa la Corte que el artículo 1984 del C. C., única norma señalada en el cargo como infringida por falta de aplicación, no pudo ser quebrantada por el Tribunal, pues, como el propio recurrente lo reconoce, tal precepto regula un supuesto de hecho fundamentalmente distinto del que se da en el caso litigado y, de consiguiente, mal podía hacerla actuar el sentenciador en él. Estatuye, en efecto, esa disposición que "si el arrendador, por hecho o culpa suya o de sus agentes o dependientes es constituído en mora de entregar (se subraya), tendrá derecho el arrendatario a indemnización de perjuicios"; y la hipótesis que se ofrece en el caso sub-lite, según la contrademanda, es la del arrendatario constituído en mora de recibir.

Se rechaza el cargo.

Resolución

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha treinta (30) de julio de mil novecientos sesenta y nueve (1969), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en el presente juicio ordinario iniciado por Alfonso Syro G. y otro contra Fermín Ospina Gómez.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

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

Heriberto Caycedo M., Secretario.

Sala de Casación Penal

VALOR PROBATORIO DEL TESTIMONIO DEL OFENDIDO

La Corte adiciona y aclara su anterior doctrina, en el sentido de que el dicho del ofendido, haya denunciado o no el hecho delictuoso de una manera personal y háyase constituído o no en parte civil, cuando depone, es un testigo y su versión ha de apreciarse conforme a los principios consagrados en el artículos 224 del Código de Procedimiento Penal, no pudiéndose admitir que ese testigo sea favorecido con una aceptación calificada, cuando se limita a señalar la persona del ofensor, así se trate de testigo único.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, febrero primero de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Doctor Luis Carlos Pérez).

(Aprobado; Acta número 2 de 29 de enero de 1971).

Vistos

Ante el Procurador del Distrito Judicial de Villavicencio, Elsy María Quevedo Vargas acusó, el 3 de abril de 1970, al Fiscal Primero del Tribunal Superior del mismo Distrito, Manuel del Río Angel, por haberle exigido parte del sueldo que la denunciante devengaba como auxiliar de dicha Fiscalía, durante el tiempo comprendido entre el 1º de septiembre de 1969 y el 6 de abril de 1970. Posteriormente, el 10 de este mes (folio 9), amplió la denuncia en Bogotá ante el Procurador Delegado para la Vigilancia Judicial, y la ratificó bajo juramento ante el funcionario de instrucción, el 27 de mayo siguiente.

Con oficio número 05984 del 17 de abril del año citado, el Procurador Delegado para la Vigilancia Judicial envió la queja al Presidente de la Sala Penal de la Corte, con algunos antecedentes, y el 28 de abril esta Corporación abrió la instrucción, por tratarse de hechos que le están atribuídos según el numeral 7º del artículo 17 del Decreto 528 de 1964 (folios 14 a 16). El auto de apertura del proceso comisionó al Juez Primero Superior de Villavicencio para adelantarlo, actividad que prosiguió el Juez Tercero de Instrucción Criminal, hasta su terminación.

Siguiendo instrucciones del Procurador General de la Nación, se inició una averiguación de carácter administrativo para definir la responsabilidad en que hubiera podido incurrir el funcionario acusado y aplicar las sanciones disciplinarias del caso, por razón de los mismos hechos.

La denunciante Elsy María Quevedo Vargas se constituyó en parte civil, calidad admitida por auto del 22 de junio de 1970. En la demanda hecha conforme al artículo 114 del Código de Procedimiento Penal, exigió

el reconocimiento de perjuicios materiales y morales por la suma de ciento veinticuatro mil ochocientos pesos, en total.

Por auto del 28 de agosto de 1970 (folio 183) se declaró cerrada la investigación, pero al resolver favorablemente el recurso de reposición instaurado por el apoderado de la parte civil, se dispuso revocar la providencia para que continuaran practicándose las diligencias solicitadas por él (folio 197). Finalmente, recogidas en lo posible las probanzas y vencido el término a que se refieren los artículos 2º y 3º del Decreto 1358 de 1964, se cerró definitivamente la investigación y se fijó el asunto en lista para todos los efectos legales. En esta etapa se recibieron;

a) La vista del Procurador Primero Delegado en lo Penal (folios 284 y 285) de 20 de noviembre de 1970, en la cual ratifica el concepto que había emitido con fecha 14 de septiembre para pedir el sobreseimiento defintivo en favor del funcionario acusado;

b) El alegato del apoderado de la parte civil, en el que pide se llame a responder en juicio criminal al Fiscal Manuel del Río Angel, por concusión; y,

c) El alegato del apoderado del Fiscal Manuel del Río Angel, en el que solicita dar aplicación al artículo 437 del Código de P. P., profiriendo sobreseimiento de carácter definitivo.

El asunto ha entrado a Despacho para resolver y a ello se procede en seguida.

I

Las bases de la denuncia

Las acusaciones de Elsy María Quevedo Vargas tienen el fundamento que ella misma les da, a saber:

1º El 1º de septiembre de 1969 entró a trabajar como Auxiliar del Fiscal Primero del Distrito Judicial de Villavicencio, Manuel del Río Angel, a quien había conocido desde el mes de julio de 1969 cuando la denunciante trabajaba en el Juzgado Cuarto Penal Municipal, a cargo de Beatriz Cárdenas Acosta, y de quien recibió invitación pari vincularse a la Fiscalía;

2º Desde antes de su nombramiento, el Fiscal le hizo saber que, aun cuando el sueldo asignado era de dos mil quinientos pesos, solo le pagaría mil trescientos mensuales, pues necesitaba la suma restante para cancelar un pagaré en el Banco Popular de Villavicencio y que más bien después le aumentaría el valor de la asignación;

3º Como tenía urgencia de ganar dinero para atender sus gastos personales y algunos de los que demandaba su madre enferma en Bogotá, aceptó el cargo con el recorte de sueldo propuesto y, aunque firmaba la nómina por el total de los dos mil quinientos pesos, entregaba mensualmente mil doscientos al Fiscal, operación que se cumplía tanto cuando ella directamente cobraba los cheques expedidos por la Administración de Impuestos Nacionales de Villavicencio, como cuando los cobraba el Fiscal del Río;

4º En dos ocasiones pidió a éste que "le aumentara el sueldo", una en diciembre de 1969, pero el requerido no atendió su reclamo y por el contrario le expresó cierto disgusto. La segunda, en febrero de 1970, el Fiscal cobró el cheque sin entregarle suma alguna hasta después de tres días en que "me botó sobre la mesa quinientos pesos y me dijo 'tome señorita estos quinientos pesos y el resto se lo pago en la próxima quincena'." Entonces fue cuando ella se preocupó y le refirió el caso a Julio Enrique Santos, Procurador Agrario de tránsito por Villavicencio y a Anita Cifuentes, persona esta que desde un principio había estado informada de la irregularidad. Fuera de la Cifuentes y de una amiga llamada Cecilia, residente en Bogotá, ninguna otra persona se enteró de las condiciones en que desempeñaba su trabajo y recibía su sueldo;

5º Tales circunstancias, según la exposición del 10 de abril, le obligaron a presentar renuncia del cargo ante el Fiscal, cosa que cumplió el 6 de dicho mes, en carta

que figura al folio 8, en la cual dijo "Por la presente comunico a Ud. que renuncio irrevocablemente el cargo de auxiliar de la Fiscalía Primera del Distrito, en razón de que no puedo seguir participándole la suma de mil doscientos pesos mensuales que desde el mes de septiembre de 1969 tengo que entregar a Ud., del sueldo que me paga el Estado de dos mil quinientos pesos, es decir, que he venido trabajando por la irrisoria suma de mil trescientos pesos mensuales. De lo anterior tiene conocimiento el señor Procurador del Distrito". En la misma exposición agrega: "Cuando le presenté la carta de mi renuncia observé que se puso intranquilo, pálido y muy nervioso y me suplicó por varias veces que no me retirara, que a partir de este mes de abril me dejaba todo el sueldo que viene figurando en la nómina y que si los papeles estaban ahí en la Procuraduría se podía solucionar el problema, pero que no lo fuera a perjudicar porque él tendría que renunciar. La contestación que le di fue que únicamente esperaba que me aceptara la renuncia". Efectivamente ésta fue aceptada el 7 de abril por el Fiscal del Río, fecha en que se le comunicó tal determinación a la denunciante.

II

La investigación

Las pruebas reunidas en el expediente acreditan que:

a) Por Decreto 02 del 1º de septiembre de 1969, dictado por el Fiscal Primero del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, fue designada Elsy María Quevedo Vargas como auxiliar de la Fiscalía, en calidad de interina, y en la misma fecha tomó posesión del cargo, con una asignación (que se señala en el Acta) de dos mil trescientos pesos mensuales (folio 36).

b) Con fecha 23 de junio de 1970 (folio 39), la Administración de Impuestos Nacionales de Villavicencio informa al Juez que el sueldo devengado por la Quevedo Vargas, entre el 1º de septiembre de 1969 y el 31 de marzo de 1970, fue de dos mil quinientos pesos mensuales, pero luego aclara que el sueldo inicial fue de dos mil trescientos (folio 46).

c) Manuel del Río Angel ejerció sus funciones de Fiscal, ininterrumpidamente desde el 16 de enero de 1969 hasta el 15 de junio de 1970, según certifica en esta última fecha el Gobernador del Departamento del Meta (folio 40). Al folio 41 aparece copia del acta de posesión, al 66 copia de la providencia que le confirmó el nombramiento (resolución ejecutiva Nº 276 de 1969), y al 67 copia del Decreto de nombramiento Nº 1107 del mismo año.

d) Inspección judicial en el Banco de la República, oportunamente decretada, para verificar si los cheques girados a favor de la Quevedo Vargas por la Administración de Impuestos Nacionales, fueron cobradas por ella o por el Fiscal del Río, en el tiempo comprendido entre el 1º de septiembre de 1969 y el 30 de marzo de 1970. De esta diligencia, practicada como aparece al folio 59, se desprende que cuatro cheques tienen al respaldo las firmas de Manuel del Río y de la beneficiaria así: uno por ciento veinte pesos con sesenta y tres centavos; otro de octubre de 1969, por mil ciento setenta y un pesos con veinte centavos; un tercero, del 11 de febrero de 1970, por dos mil ciento sesenta y dos con cincuenta, y el cuarto, de 20 de marzo del mismo año, por mil tres pesos, sesenta centavos. Los peritos designados para la práctica de la inspección, contestando preguntas hechas por el apoderado del sindicado y el de la parte civil, reconocieron esta evidencia y agregaron que a su juicio los cuatro instrumentos que aparecen firmados por el Fiscal del Río, como endosatario, fueron cobrados efectivamente por él. El anterior dictamen figura en el acta de la diligencia que continuó el 10 de julio de 1970, (folio 63). Finalmente advirtieron que el total de cheques girados en favor de la denunciante fue de diez, en el tiempo ya relacionado.

e) La práctica de otra inspección judicial en el Banco Popular (fl. 120), a fin de acreditar qué firmas tenían los cheques girados en favor de Elsy Quevedo por la Ad-

ministración de Impuestos Nacionales, ya que en dicho Banco existe también cuenta de esta oficina. Los peritos, sin opinión contraria o sin que fueran llamados a aclarar el concepto, dicen que en el legajo correspondiente al mes de diciembre de 1969 se encontraron dos cheques en favor de la empleada auxiliar, cancelados por ella, quien exhibió y anotó su cédula de ciudadanía. Todo lo cual indica que esos instrumentos fueron cobrados por la misma empleada.

f) La declaración indagatoria del sindicado, en la que niega los cargos hechos por su auxiliar (folios 48 y s.s.), relacionados con la exigencia y el recibo de parte del sueldo de ésta como condición para permanecer en el cargo. Al preguntársele por el cobro de los cheques, contestó: "En muchas oportunidades cobré en el Banco los cheques de la señorita Quevedo por atender a su petición y por un sentido de compañerismo y esto ocurría porque la señorita Quevedo reclamaba los cheques en la Pagaduría, los llevaba a la Fiscalía y para evitar una segunda salida o viaje de dicha señorita iba yo al Banco, cuestión ésta que no solo ocurrió con ella sino también con otros de mis colaboradores en otros cargos... Pero no es cierto y constituye una falsedad la aseveración que hace la señorita Quevedo de que yo le hubiera retenido parte de su sueldo o la totalidad de éste. Sobre mi comportamiento en este sentido pueden declarar quienes a través de veintidós años y más han sido mis compañeros y colaboradores en la Administración de Justicia". Respecto de su reacción cuando la auxiliar le presentó la renuncia contestó: "Es absolutamente falsa esa aseveración y la demostración es que no solamente le fue aceptada su renuncia sino que como ya lo dije antes pedí se investigara mi conducta".

g) Efectivamente al folio 7 figura el original de la nota que el Fiscal acusado dirigió, el 7 de abril de 1970, al Procurador del Distrito Judicial de Villavicencio, en la cual anuncia el envío de la carta presentada la víspera por la auxiliar y pide se averigüen las faltas de que se le sindica.

h) Julio E. Santos Forero declara a folios 99 y s.s. y confirma que Elsy Quevedo le contó el problema que tenía con su superior, el Fiscal del Río, y que la cuestión la supo en su calidad de Procurador Agrario de paso por Villavicencio, al entrar en la oficina del Fiscal y al preguntarle a Elsy Quevedo por la causa de las preocupaciones que se le notaban a simple vista. Dice: "Al preguntarle yo el porqué se encontraba un poco confundida o de mal genio me manifestó que el doctor del Río se había ausentado sin cubrirle lo correspondiente a su sueldo y me preguntó si sabía yo cuál fuera el sueldo que le debía corresponder a ella como auxiliar o escribiente del mencionado Fiscal, yo le manifesté que creía que ese sueldo ascendía a dos mil quinientos pesos y como ella me expresó que el doctor del Río solamente le venía pagando algo así como seiscientos pesos quincenales únicamente, que estaba disgustada porque aún no le había suministrado lo correspondiente a esos días de su trabajo. Yo le dije que eso era asunto que concernía averiguar al Procurador del Distrito Judicial de Villavicencio, a quien debía dar la queja del caso". Personalmente no consta nada al declarante sobre la exigencia del Fiscal a su empleada, pues todo lo que informa es lo que se deja sintetizado.

i) Angel de J. Rodríguez, empleado de la Fiscalía Segunda del Tribunal de Villavicencio aparece cancelando un cheque de los girados contra el Banco de la República en favor de Elsy Quevedo por la Administración de Impuestos, según puede verse en la fotocopia que de dicho instrumento figura en el folio 159. Al ser interrogado Rodríguez declaró que efectivamente, a ruego de la beneficiaria Elsy Quevedo, le cobró un cheque y que entregó el dinero personalmente a ella en efectivo. Más o menos en este sentido declara Manuel Vicente Umaña Franco (folios 242, 245), quien fue comisionado para cobrar un cheque girado en favor de Elsy Quevedo, en pago de su sueldo, pero en vista de que no encontró en la oficina de la Fiscalía a quien entregar el dinero, lo consignó en la cuenta del Fiscal, cuyo número él conocía.

j) Luis Francisco Camacho Calderón (folio 69 y s.s.) y Beatriz Cárdenas Acosta (fo-

lio 56), declaran sobre algunos antecedentes y condiciones personales de la denunciante, pero nada afirman sobre el hecho a que se contrae la investigación, o sea sobre la exigencia de parte del sueldo de la Quevedo Vargas por el Fiscal del Río y el consiguiente recibo en su favor. Tales testimonios se tendrán en cuenta en la oportunidad debida.

k) Olga Martínez v. de Cárdenas (folio 73) y Eulogio Correa Carvajal, Magistrado del Tribunal Contencioso Adminisrativo, dan cuenta de que el Fiscal del Río no tenía una conducta regular, pues a la primera le hizo propuestas indecorosas y al segundo le consta su carácter conflictivo como funcionario. Trátase de cuestiones ajenas por completo a la investigación y que de otra parte aparecen rectificadas con otros testimonios notables sobre la buena conducta del investigado. Entre éstas aparece la certificación del folio 174, originaria del Procurador Delegado para la vigilancia judicial, que abona, respecto del acusado, su "irreprochable conducta pública y privada". Otro tanto certifica, al folio 184, el Secretario General de la Procuraduría de la Nación.

l) Dos veces se citó a Elsy Quevedo para practicar un careo entre ella y el Fiscal del Río, pero según atestación del folio 151, suscrita por el Juez, los apoderados, incluyendo el de la parte civil, el sindicado y el secretario, no fue posible verificar la diligencia porque no concurrió la denunciante. Posteriormente, cuando había vencido el término de instrucción y remitídose el expediente a la Corte, se hizo saber al Magistrado sustanciador (folio 265) que había estado enferma.

ll) Al folio 275 se agrega el oficio número 18732, del 9 de noviembre de 1970, con el cual la Procuraduría General de la Nación envía copia auténtica del fallo disciplinario dictado por el Procurador General, en el que dispuso: "Absolver al doctor Manuel Del Río Angel, Fiscal Primero del Tribunal del Distrito Judicial de Villavicencio, de los cargos a que se alude en la parte motiva", todo en armonía con lo dispuesto por el Decreto 250 de 1970. Los cargos son, como se lee en el texto de la sentencia, exactamente los mismos que dieron origen a la investigación penal.

m) Al folio 279 existe esta certificación suscrita por el Presidente de la Sala Penal del Tribunal Superior de Villavicencio, el 6 de noviembre de 1970: "Que en este Tribunal fue presentada con fecha 4 de noviembre del año en curso una denuncia por la señorita Elsy María Quevedo Vargas contra la doctora Beatriz Cárdenas Acosta por el delito de 'falsedad y una apropiación indebida de mi sueldo', cuando la denunciante desempeñaba un cargo en el Juzgado Cuarto Penal Municipal de Villavicencio del cual era titular la doctora Cárdenas Acosta".

n) Rosalba Moreno de Rincón, aseadora de los locales en donde funcionan las dos Fiscalías del Tribunal de Villavicencio, refiere a folios 248 y 249 que Elsy María Quevedo le propuso deponer en contra del Fiscal del Río, en el sentido de que a la testigo también le había retenido parte de su sueldo por valor de sesenta pesos mensuales, y de setenta a partir de diciembre de 1969. Textualmente expone: "Yo nunca supe que él le hiciera descuentos a ella, supe que a a ella le habían ofrecido un trabajo en la Procuraduría, que se lo había ofrecido un doctor Santos. Esto lo supe porque ella misma me lo contó que se iba devengando más sueldo para allá, después fue cuando ya empezó a que se iba a retirar de la Fiscalía, que porque la Procuraduría le había ofrecido más sueldo que se iba a trabajar allá ... Entonces me dijo que fuera y declarara que él me había quitado una plata y después me la encontré un día en el Juzgado Primero Superior y me dijo que fuera a declarar que él me había quitado esos sesenta pesos y yo le contesté que cómo iba a declarar eso si la plata yo la pagué donde Jaramillo; entonces ella me dijo yo no necesito declaraciones falsas, yo tengo otros que me sirven mejor y me ayudan más". Los sesenta pesos a que se refiere fueron por concepto de materiales para el aseo y habían sido cubiertos por el Fiscal del Río de modo que cuando la aseadora recibió varias

partidas acumuladas con esa destinación, reintegró los fondos debidos al Fiscal.

III

El concepto del Procurador

En su vista de fondo, el Procurador Segundo Delegado en lo Penal discrimina los elementos constitutivos del delito de concusión conforme el texto del artículo 156 del Código Penal, pues la investigación tuvo por objeto descubrir si en verdad el acusado había constreñido o inducido a su empleada para hacerse entregar dinero que hacía parte de su remuneración oficial. Del examen resulta, en relación con la injusticia o abuso de las funciones que, "solo existe la acusación contenida en la denuncia y en las exposiciones hechas ante el señor Procurador Delegado para la Vigilancia Judicial, como también ante el señor Procurador del Distrito de Villavicencio. Tangencialmente otras personas a quienes se les recibió testimonio, también aluden al cargo acusatorio, mas tuvieron conocimiento de él no por percepción directa, sino porque la misma presunta ofendida y denunciante les informó de lo acontecido".

Sostiene también el Agente del Ministerio Público que el cobro de algunos cheques por el Fiscal del Río pudiera calificarse como indicio grave para demostrar la incriminación, pero esta prueba solo deriva de la propia ofendida, a quien no se le puede dar credibilidad conforme al artículo 429 del Código de Procedimiento Penal en relación con el 224 de la misma obra, por tratarse de una persona intrigante según las afirmaciones del testigo Camacho Calderón a folios 70 y 71. Súmase a esta apreciación el testimonio de Beatriz Cárdenas Acosta, citada por la parte civil, con quien había trabajado la denunciante y quien demerita la conducta de Elsy Quevedo como oficinista, pues simulaba situaciones para justificar pequeñas faltas, inventaba excusas como la de la enfermedad frecuente de la madre para no concurrir al despacho e intrigaba contra empleadas de otras oficinas. El fingimiento de un golpe para dejar de cumplir con su deber fue, dice la ex-Juez Cárdenas Acosta, transcrita por el Procurador, "un índice de tendencia hacia la mentira, afianzándose con la anotación hecha por los demás empleados cuando me expresaron su observación acerca de que las continuas enfermedades de los padres o las propias siempre ocurrían los días viernes, sábados, domingos y lunes, cuestión que era evidente. Además, aun cuando demasiado tarde reconocí que hube de prescindir de los buenos servicios de un secretario, por darle credibilidad a sus reiteradas informaciones sobre la deslealtad de éste, comprobándose posteriormente que tales informaciones estaban reñidas con la realidad de los hechos".

Otra cuestión significativa para que la Procuraduría deseche como válido el testimonio de la denunciante es la de haber manifestado al Fiscal Segundo del Tribunal de Villavicencio (según explica éste) que se retiraba del puesto de la Fiscalía Primera "por motivos personales o familiares", noticia que confirmó enseñándole un proyecto de carta de renuncia por esos motivos, sin comunicarle nada absolutamente sobre las exigencias abusivas de su superior.

Concluye el Procurador que, si bien es verdad "que el solo dicho del ofendido puede tenerse como indicador de la persona o sujeto autor del delito, más no de las modalidades o circunstancias de agravación del mismo acto punitivo", tal planteamiento obliga a hacer juicioso y frío examen de la personalidad de quien denuncia, pues si ésta presenta defectos que ponen en duda su sinceridad o veracidad "a todas luces es inaceptable como prueba de acusación y, más específicamente como satisfacción probatoria a la exigencia del principio procedimental que reglamenta un acto de jurisdicción de tan profundas consecuencias como es la elaboración del pliego de cargos.

La denuncia, como prueba directa, no tiene ningún otro respaldo en los autos, de manera que no existe el cuerpo del delito de concusión ni mucho menos responsabilidad para el imputado. "Tampoco observa este Despacho que faltan pruebas o elementos de convicción que justifiquen un so-

breseimiento temporal para, reabierta la investigación, practicarse, siendo, por lo tanto, la solución más justa y equitativa la de proferirse un sobreseimiento de carácter definitivo" que se cimienta mejor teniendo en cuenta los buenos antecedentes del Fiscal acusado, comprobados con pruebas no objetadas en el sumario.

IV

Examen jurídico de la realidad procesal

Como observa el Agente del Ministerio Público, únicamente existen en el informativo las declaraciones de la denunciante, según las cuales el funcionario acusado cobró varios cheques girados en favor de ella para el pago de su sueldo mensual, entregándole apenas una parte, hecho que, de ser cierto, configuraría la concusión descrita en el artículo 156 del Código Penal, pues el Fiscal habría abusado de su cargo para obtener la entrega del dinero, constriñendo a la empleada auxiliar con medios indebidos, como el prescindir de sus servicios si no consentía en la periódica usurpación. Algunos otros testimonios se refieren a las versiones de la denunciante, pues a nadie más consta de manera directa que el imputado hubiera hecho los recortes de que da cuenta.

El cobro de cuatro cheques acredita solo la operación consiguiente, mas no el constreñimiento ni la maniobra inductiva de que hubiera sido víctima la empleada para consentir el recibo parcial de sus sueldos, sabiendo que la ley le retribuía con sumas más altas. Tampoco acredita que no se le hubiera entregado completamente el dinero, bien porque el cobrador dejara para sí una cuota, o porque después exigiera su participación. Nadie más que la propia interesada informa sobre la forzosa disyuntiva en que se vio de aceptar el puesto con el compromiso de no recibir todo el sueldo devengado o resignarse a que otro lo ocupara, y sobre el cumplimiento del pacto, de mes en mes o de quincena en quincena. De donde surge el necesario examen de esta prueba única para establecer su grado de credibilidad y el valor probatorio que debe asignársele.

El estatuto procesal vigente, al introducir en cuestiones probatorias el sistema de la libre apreciación, o racional, o de sana crítica, o mixto, o legal-moral, que con todos estos nombres se menciona y estudia, sistema medianero entre el subjetivismo propio de la libre convicción o convicción íntima y la rígida materialidad que preside el de la tarifa trazada en la norma, situó al denunciante o querellante en el rango del testigo. Y lo hizo no solo al acordar el criterio general de valoración probatoria, sino en varios textos expresos, marcando el fin de una tendencia floreciente bajo el procedimiento acusatorio, según la cual quien daba cuenta de un delito que le había afectado, hacía suya la causa y quedaba por eso demeritado como factor de certeza.

Al decir en el artículo 275 que el denunciante o querellante tienen capacidad para ampliar sus denuncias y suministrar informes complementarios, y luego en el 368 que "el examen de los testigos se comenzará por aquellos a quienes se presuma sabedores del hecho, entre los que deben contarse el ofendido, las personas de su familia y aquellas que dieren denuncio de la infracción", reconoció que el ofendido y el denunciante, o el ofendido denunciante, tienen calidad de testigos, siendo, por lo tanto, órganos de prueba y sus manifestaciones medios de prueba, sujetos a las apreciaciones críticas sobre la credibilidad y significación de sus aportes, acorde con el artículo 224 de la misma obra. Además, previsiones como las del juramento (art. 14) y las de los artículos 187 y 191 del Código Penal, refrendan el principio de que los perjudicados por la infracción y los testigos pueden quedar sometidos a igual represión cuando defraudan la transferencia judicial de cuanto dicen constarles.

De este modo, si el ofendido con el delito cuándo declara en el proceso, es testigo; si la ley obliga a consultar las normas de la crítica del testimonio a fin de apreciar razonadamente el grado de credibilidad de sus declaraciones, y si entre las reglas de esa crítica debe incluirse el análisis de la situación personal y social del deponente, el de las condiciones del objeto a que se re-

fiere esta clase de prueba, así como el de las particularidades de percepción y las existentes al practicarla, es claro que no puede definirse previamente, con validez uniforme, cuáles condiciones o circunstancias contienen fuerza incontrastable y cuáles sospecha de parcialidad. Si la ley remite en cada caso a la lógica y a la experiencia como guías de la credibilidad y el valor del testimonio en materiales criminales, no se puede, sin contrariar sus textos y la doctrina en que se inspira, reconocer apriorísticamente que unas afirmaciones del ofendido-testigo se producen con solidez fraguada en la naturaleza de los actos y los sentimientos humanos, y que otras quedan expuestas a la incertidumbre metódica.

Consideraciones como las anteriores obligan a aclarar y adicionar las jurisprudencias de esta Corporación en decisiones de 8 de junio de 1942 y 30 de agosto de 1944, comúnmente acogidas, que dicen:

"En pruebas judiciales se sabe que la declaración del ofendido hace fe en cuanto se limita a señalar a la persona ofensora, mas no en lo tocante a los accidentes, particularidades o circunstancias del hecho o agresión, pues si el propio interés obliga a no mentir en lo primero, como es natural y obvio, ese mismo interés, por fuerza de lo humano, en lo segundo lleva o puede conducir a la desfiguración de la verdad, callándola o exagerando el cómo y el por qué de la agresión u ofensa. En el caso a que se refiere el proceso no cabe duda de que Rosalino López fue veraz cuando acusó a Simeón Flor Olave de haberlo herido, y en eso es digno de entero crédito porque en su interés estaba que la justicia exigiera la condigna responsabilidad a quien realmente lo había atacado; pero en tesis legal no vale la relación de las modalidades del encuentro, hecha por López, el único que la hace, ya que su propia conveniencia pudo inclinarlo a ocultar circunstancias que quizá lo perjudicaran o que dismuyeran la gravedad del acto criminoso de Olave". (G. J. Tomo LIII, pág. 408).

"Por lo regular, la declaración del ofendido es merecedora de fe en cuanto señala al ofensor, mas no en lo que atañe a las circunstancias y modalidades de la agresión, pues si el interés personal lo lleva, o puede llevarlo, a tergiversar la verdad de lo segundo, ese mismo interés lo aparta de mentir en lo primero, para que la represión penal y el resarcimiento de los perjuicios no se malogren con una sindicación equivocada o falsa recaída en sujeto distinto del verdadero culpable". (G. J. Tomo LVII, pág. 647).

La primera parte otorga fe al ofendido en cuanto señala a quien atacó su derecho, y la segunda se le niega cuando expone las formas de la agresión, incluyendo en la negativa los motivos, la ejecución y las consecuencias inmediatas. Tales asentimiento y exclusión aparecen fundados en la "fuerza de lo humano", como si esta fuerza no interviniera tanto los hechos llamados centrales como en las contingencias operativas que los produjeron o los rebasaron. El acto del hombre no puede escindirse hasta el punto de que ciertas expresiones se refrenden sin esfuerzo en el juzgamiento y otras se abandonen a la duda solo porque las arbitrariedades conceptuales las clasificaron como subalternas o complementarias. La malicia del declarante, o su ignorancia, perversidad, ingenuidad y sinceridad, pueden traducirse indicando al infractor o revelando los contornos de la lesión jurídica. El error o la mentira afectan a lo principal y a lo accesorio, fuera de que es difícil precisar dónde concluye lo uno y dónde comienza lo otro, pues la conducta es un proceso complejo en el que alternan la esencia y el accidente, el azar y la causalidad. La acción solo debe ser valorable en su conjunto de motivos y derivaciones, de ideación y expresión, de impulsos originales y desarrollos prácticos.

Muchas veces un detalle conduce a descubrir tendencias malsanas en el denunciante, comprometiendo la integridad del testimonio. Otras veces lo que puede parecer un accidente, destruye las precisiones

iniciales. No toda determinación, por precisa que sea, es digna de fe por sí misma. La credibilidad viene después del análisis y las comparaciones, como lo impone el régimen procesal. La psicología judicial inclusive ha rectificado posiciones estabilizadas, como la que reconocía en la declaración del moribundo la voz de la verdad. Sus denuncias, incluyendo las acusadoras de quien ocasionó su estado, pueden tener tanto de cierto como de falso, de sincero como de tendencioso, de justo como de vindicativo, y deben pasar por la crítica a que se somete todo aserto de testigo.

Si se concediera un privilegio valorativo al señalamiento del ofensor por el ofendido, habría que extenderse para creerle a quien lo oculta o niega su conducta criminosa, determinado por vínculos de sangre o afecto, lo cual sería absurdo pues implicaría la cesación del magisterio penal para ese caso. La justicia está obligada a seguir en busca del que lesionó el derecho, aunque el ofendido se niegue a suministrar información sobre el autor y sobre las modalidades del acto.

Al denunciante de la ofensa que se le ha inferido tampoco puede excluírsele de toda credibilidad por el hecho de ser testigo único, aún en el caso de haberse constituído parte civil dentro del proceso. Las reglas de la crítica le son aplicables y su versión merecerá alto grado de certeza si, a pesar de ser prueba única, ella permite reconstruir fielmente los hechos, sin interferencias ni desviaciones que la amengüen. Negarle fuerza, fundándose en la insularidad probatoria y en un presunto interés represivo que tiende hacia la venganza, es caer en otro absolutismo extraño a la ductilidad y perspicacia de las ciencias del crimen, que a diario acumulan saldos de cultura con la dialética del acontecer externo y sus repercusiones en la conciencia humana.

En suma, el ofendido por una infracción cualquiera, haya denunciado o no el hecho de manera personal y háyase constituído o no en parte civil, cuando depone es un testigo que debe ser apreciado conforme a los principios que menciona el artículo 224 del Código de Procedimiento Penal. Sea testigo único, o aparezca acompañado de otros o de distintas formas de prueba, es indispensable activar en torno de sus asertos todos los exámenes que conduzcan a la reconstrucción de los hechos o a la verdad real. Lo que merece serias objeciones es que ese testigo sea favorecido con una aceptación calificada cuando se limita a señalar a su ofensor y se demerite necesariamente cuando se refiere a circunstancias o accidentes de la acción criminosa.

En el caso de autos se presenta, como está dicho, como única prueba directa la declaración de la supuesta ofendida, que es al mismo tiempo denunciante. Esa declaración trata de probar el delito y simultáneamente señalar al autor. Procede el análisis de su contenido, así como el de la persona que la aportó, a fin de ver si esa prueba única es suficiente para configurar el delito de concusión y puntualizar la responsabilidad del procesado, en los términos del artículo 429 del Código de Procedimiento Penal. En otras palabras, es preciso examinar si la declaración de Elsy María Quevedo Vargas ofrece serios motivos de credibilidad conforme a las reglas de la crítica del testimonio.

Graves reparos tienen que ser formulados a dicho testimonio. Algunos de ellos fueron expuestos por el Procurador y deben ser completados, como se verá en seguida:

Primero. Los testimonios de Beatriz Cárdenas Acosta y Francisco Camacho Calderón acusan en la denunciante un carácter inestable, con tendencias reivindicativas y disociadoras, como lo plantean con el recuento de los casos en que la Quevedo Vargas defraudó la confianza de los testigos y los condujo a rompimientos con otras personas. A lo que debe agregarse el certificado expedido por el Tribunal de Villavicencio en el que consta que, con posterioridad a la declaración de Beatriz Cárdenas Acosta en este proceso, la misma denunciante del Fiscal del Río acusó a la doctora Cárdenas Acosta por el mismo abuso atribuído a aquel, como se ha visto en la transcripción del documento. Sin que pueda afirmar-

se que esté afectada por una mitomanía, sí resulta ostensible la sospecha sobre la verdad de sus relaciones con su superior jerárquico y la del aprovechamiento de su necesidad económica para ocasionarle la defraudación de que se queja.

Segundo. El testimonio de Angel de J. Rodríguez, empleado de la Fiscalía Segunda, aumenta la sospecha sobre la sinceridad y la imparcialidad de la denunciante, pues Rodríguez explica que también él cobró un cheque girado en favor de la Quevedo para el pago del sueldo, y que lo hizo por el ruego que la beneficiaria le hiciera debido a que no podía salir de la oficina a cobrar personalmente el instrumento. Esta situación no la menciona la Quevedo en sus denuncias, ya que en ellas se limita a decir que los cheques no cobrados directamente por ella lo fueron por el Fiscal del Río, dejando de lado este nuevo intermediario que de buena voluntad le hizo un cobro y le entregó íntegramente el dinero. La declaración de Rodríguez afecta la exposición de la denunciante en cuanto a la manera como le iba siendo deducida su asignación, mes por mes y quincena tras quincena.

Tercero. La certificación jurada de Efraín Rojas Bobadilla, Fiscal Segundo del Tribunal de Villavicencio, contribuye a acreditar el carácter inestable de la denunciante y más que eso el motivo que la asistiera para renunciar su cargo en la Fiscalía Primera, pues a Rojas manifestó que se interponían cuestiones familiares y, efectivamente ese era el sentido de la carta que iba a dirigir al Fiscal del Río, documento que Rojas Bobadilla leyó en una primera oportunidad. Luego se extrañó al conocer la carta definitiva y la causa expuesta en ella, muy opuesta a la que le había enseñado inicialmente. No merece plena credibilidad una persona que en breve término de días cambia de orientación en determinaciones fundamentales como la de renunciar a pesar de necesitar el sueldo.

Cuarto. Descúbrese cierta ansiedad por encontrar declaraciones complementarias, como se desprende del testimonio de Rosalba de Rincón, empleada del aseo en las Fiscalías, pagada con dineros del Estado, a quien quiso comprometer la Quevedo en un empeño falso que la Rincón rechazó con energía. Las palabras con que la despidió, expresadas en el sentido de que tenía otras pruebas nada mentirosas, indican una preocupación que niega la objetividad del testimonio.

Quinto. Aunque tardíamente explicó la denunciante, a través de su apoderado, que por motivos de salud no había asistido al careo ordenado con el Fiscal denunciado, no por ello se justifica la reiterada omisión, pues el impedimento debió comunicarse oportunamente al Juez que instruía el proceso. Este es otro hecho que contribuye a demeritar la acusación.

En síntesis, las declaraciones de la denunciante no ofrecen motivos de credibilidad para acreditar la existencia de la infracción, conforme al artículo 224 del Código de Procedimiento Penal.

En estas condiciones lo pertinente es dar aplicación al artículo 437 de la misma obra, pues aparece que no se ha realizado el hecho que dio lugar a la investigación. Mas como pudo cometerse un delito de falsas imputaciones hechas ante las autoridades, se ordenará lo pertinente para su investigación.

V

Las razones del apoderado de la parte civil

Lo expuesto responde ampliamente las razones del apoderado de la parte civil en su alegato para pedir un decreto de procesamiento en contra del funcionario acusado. Destaca "dos series de indicios, una de hechos positivos y otra de hechos negativos que llevan a la conclusión clara de que el doctor Manuel del Río Angel, Fiscal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio es responsable del delito de concusión que le imputó la señorita Elsy María Quevedo Vargas". Enumera como indicios positivos de responsabilidad la noticia que Anita Cifuentes tenía sobre la conducta del Fiscal con su empleada, la irre-

gularidad de que un jefe de oficina cobrara cheques de su subalterna y el cheque que cobró el testigo Acuña y la consignación en la cuenta del Fiscal. Pero resulta que Anita Cifuentes no declara en el proceso, que el cobro de un cheque por el superior jerárquico no prueba en manera alguna el pacto ilícito impuesto por él y que el cobro del cheque por Acuña tampoco indica ni remotamente que el Fiscal del Río no hubiera entregado el dinero consignado en su cuenta a la Quevedo Vargas. Además, las explicaciones del funcionario, son convincentes al respecto.

Como "indicios negativos" enumera la renuncia de la ofendida y su propio nombramiento, efectuado por el Fiscal del Río a sabiendas de que se trataba de una empleada impreparada, con la cual podía celebrar el ilícito trato denunciado. Del hecho primero y de la suposición segunda no se deduce responsabilidad por el delito de concusión, ni implica eso contribución ninguna a la estructura de la infracción.

Como prueba directa examina los cheques girados por la Recaudación de Impuestos para concluir que, al haber cobrado el Fiscal del Río cuatro de ellos, necesariamente fue para apropiarse del dinero, cosa que en manera alguna aparece probada, como se desprende de la exposición anterior y del examen de las diligencias aportadas.

VI

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, SOBRESEE definitivamente en favor de Manuel del Río Angel, Fiscal Primero del Tribunal Superior de Villavicencio por razón de los cargos que le fueron formulados en este proceso.

Se compulsarán las copias de lo conducente y se enviarán a las autoridades competentes para investigar las posibles falsas imputaciones en que pudo incurrir la denunciante Elsy María Quevedo Vargas.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

José María Velasco Guerrero, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta.

José Evencio Posada V., Secretario.

CAUSAL PRIMERA DE CASACION

La técnica del recurso exige que cuando se trata de violación indirecta de la ley sustancial, por error de derecho en la consideración de los elementos de convicción, debe indicarse el precepto normativo de la prueba, que en sentir del demandante fue desconocido.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, cinco de febrero de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Doctor Luis Eduardo Mesa Velásquez).

(Aprobado: Acta número 3).

Vistos

Procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto por el procesado Francisco Betancur Uribe contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín de fecha 5 de mayo de 1970, mediante la cual fue condenado el recurrente en segunda instancia a la pena principal de sesenta meses de presidio y a las sanciones accesorias de rigor, como responsable de los delitos de falsedad en documentos y peculado.

El recurso fue admitido por auto de esta Sala de 14 de julio postrero y el trámite correspondiente previo a la decisión se encuentra agotado.

Hechos y actuación procesal

Por oficio número 151 de 2 de julio de 1968 la Contraloría General de la República comisionó al Visitador Fiscal de esa dependencia Rafael A. Galindo Alba para la práctica de una visita a la Pagaduría de la Escuela Industrial "Santiago de Arma", de la ciudad de Rionegro (Antioquia), atendiendo así a solicitudes formuladas por el Auditor de Impuestos de Medellín, señor Eliécer Fierro Forero, y por el Prefecto de Talleres de aquel establecimiento educativo, señor Pedro Nel Ospina Garcés, quienes presumieron malos manejos de los fondos de la institución por parte del Rector Francisco Betancur Uribe y del Pagador Alonso Velásquez Moreno.

Realizada la visita fiscal se descubrió, tras minuciosa revisión, un faltante por la suma de $ 51.726.86, explicable por el no ingreso a la caja ni registro en la contabilidad de dineros recibidos, por erogaciones respaldadas en documentos falsos referentes a gastos ficticios, y por pagos ilegales o sin debida comprobación.

Adelantada la correspondiente investigación se comprobó que el Rector del establecimiento de educación mencionado, señor Francisco Betancur Uribe, quien venía desempeñando ese cargo desde el 27 de julio de 1967 y era el ordenador de las cuentas de aquel instituto, como supremo administrador del mismo, en connivencia con el Pagador, señor Alonso Velásquez Moreno, quien se posesionó del empleo el 15 del mes citado, se apropió o hizo uso indebido de caudales de la escuela puesta bajo su rectoría y ejecutó además, en conexidad con esa infracción, acciones constitutivas de falsedad en documentos públicos y en un instrumento negociable, para propiciar o encubrir la malversación.

En razón de tales hechos, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Rionegro, por auto

de 13 de diciembre de 1968, llamó a responder en juicio por la vía señalada en el decreto 1358 de 1964 a los sindicados Betancur Uribe y Velásquez Moreno, por los delitos de peculado y falsedad documentaria (fls. 446 a 457).

Contra dicha providencia interpusieron los procesados el recurso de apelación, y el extinguido Tribunal Superior de Rionegro la confirmó en la suya de 17 de abril de 1969, aclarando en la parte motiva que las infracciones imputadas a los acusados fueron continuadas; que la falsedad en documentos atribuíble a aquellos fue ideológica y recayó en instrumentos públicos; que el inculpado Betancur Uribe soportaba, además, el cargo de haber fingido en un cheque, girado a favor del profesor Félix Augusto Jaramillo, la firma de éste; y, finalmente, que los incriminados Betancur Uribe y Velásquez Moreno habían obrado en calidad de coautores en la comisión de los referidos delitos y como tales debían responder de su conducta en juicio (fls. 446 a 465 bis).

Tramitada la causa con arreglo a la ley y celebrada la audiencia pública, acto que se cumplió el 2 de julio de 1969 tras la práctica de varias pruebas, el Juzgado Quinto Superior de Medellín, al que pasó el proceso en virtud de recientes normas reorgánicas de la administración de justicia y de la competencia, puso fin a la instancia con sentencia de 31 de enero de 1970, en la que condenó a cada uno de los enjuiciados Betancur Uribe y Velásquez Moreno a la pena de 60 meses de presidio y a las accesorias pertinentes como coautores de las infracciones que motivaron la apertura de la causa.

El fallo fue impugnado en apelación por el procesado Velásquez Moreno y el defensor de Betancur Uribe, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín lo confirmó en el que ahora es materia del recurso extraordinario de casación.

La demanda

El apoderado especial del recurrente, en escrito que se declaró formalmente ajustado a las exigencias de la ley, acusa la sentencia de segundo grado con fundamento en las causales 4ª y 1ª del artículo 56 del decreto 528 de 1964, invocando aquella como principal y ésta como subsidiaria.

Causal cuarta

Al amparo de esta causal, que prevé como motivo de casación en materia penal el haberse dictado la sentencia en juicio viciado de nulidad, el demandante propone cuatro cargos contra el fallo recurrido, así:

Primer cargo

Nulidad del juicio, de rango constitucional, por violación de las formas propias del mismo, de conformidad con lo prescrito en el artículo 26 de la Carta.

Fundamenta el actor esta acusación diciendo que no aparece en el expediente el auto del Tribunal Superior de Rionegro por medio del cual haya resuelto el recurso de apelación interpuesto por los procesados contra el auto de detención proferido por el Visitador de la Contraloría General de la República, pues solo existen constancias de que se concedió el recurso (fl. 267) y se enviaron al Tribunal las copias de la actuación para tal efecto (fl. 268), y sin que se hubiera decidido dicha apelación no se podía, sin violar garantías fundamentales de los sindicados, cerrar la investigación ni calificar el mérito del sumario, en la forma en que se hizo.

"El recurso de apelación contra un auto de detención —expresa el demandante— constituye una garantía procesal que se concede en favor del procesado para que sea el superior quien revise el auto apelado. Significa una garantía de orden constitucional cuya violación genera la invalidez de los actos jurídicos cumplidos sin tener en cuenta que el recurso de apelación interpuesto no les fue resuelto a los procesados, porque el superior tiene el deber de estudiar y fallar dentro del término legal el recurso interpuesto. En el caso de autos, precisamente el recurso de apelación que interpuso el señor Francisco Betancur Uribe

no les fue resuelto por el Honorable Tribunal Superior de Rionegro, razón por la cual esa omisión por parte del H. Tribunal Superior constituye un atentado contra los derechos y garantías de los sindicados, por cuanto que no se les decidió dentro del término legal un recurso consagrado en las leyes de procedimiento penal, lo que implica menoscabo de los derechos y garantías procesales, cuyo desconocimiento incide en la violación de lo dispuesto por el artículo 26 de la Constitución Nacional".

Segundo cargo

Haberse dictado la sentencia impugnada "sobre un juicio viciado de nulidad por completa ausencia de los elementos tipificadores de los delitos de falsedad en documentos y peculado".

Alega el señor apoderado, con la pretensión de demostrar su aserto, que para la configuración del peculado es requisito indispensable, según las previsiones de los artículos 150 y 151 del Código Penal, que el agente de la infracción sea "funcionario público encargado de administrar o recaudar caudales u otros efectos", y que el señor Francisco Betancur Uribe, aunque era funcionario público, carecía de aquellas atribuciones específicas, pues el recaudo y administración de los fondos de la Escuela Industrial "Santiago de Arma" correspondían exclusivamente al Pagador Alonso Velásquez Moreno, razón por la cual el recurrente Betancur Uribe no podía ser sujeto activo del peculado por el cual se le condenó.

Ensaya el demandante demostrar el cargo haciendo referencia a las pruebas tenidas en cuenta por el tribunal sentenciador en orden a deducir la responsabilidad del acusado Betancur, y concluye:

"He analizado someramente el contenido probatorio del negocio, y he llegado a la conclusión de que el delito de peculado imputado a mi demandante, señor Francis-Betancur Uribe no tiene demostración cabal en los autos, ya que entre las funciones que le asignaron cuando fue nombrado Rector de la Escuela Industrial "Santiago de Arma", de conformidad con lo establecido en la comunicación del Ministerio de Educación Nacional, visible a folios 415 del expediente, no estaban las de recaudar, administrar los caudales oficiales pertenecientes a la Escuela Industrial "Santiago de Arma", del Municipio de Rionegro, funciones estas que sí le estaban asignadas al Pagador Alonso Velásquez Moreno, luego,quien debe responder directamente por ese uso indebido de caudales es el citado Pagador y no don Francisco Betancur Uribe. Por tal razón, los elementos constitutivos del delito de peculado previstos en "la respectiva disposición penal", artículo 151 del Código de las Penas, no tienen existencia procesal en lo tocante al señor Betancur Uribe".

La demanda resume el cargo de la siguiente manera:

"Procesalmente está comprobado que teniendo la Escuela Industrial "Santiago de Arma" un Pagador que era don Alonso Velásquez Moreno, quien era el encargado de recaudar y administrar los caudales oficiales asignados por el gobierno al citado establecimiento educativo, la desaparición y uso indebido de tales caudales solamente le es imputable al Pagador Velásquez Moreno por tener funciones específicas en el manejo de tales fondos, con fianza de manejo y cumplimiento visada por la Contraloría General de la República (fl. 202).

"El señor Francisco Betancur Uribe se posesionó del cargo de Rector de la Escuela Industrial antes citada (fl. 203), pero no prestó fianza de manejo y cumplimiento, por la sencilla razón de que no iba a administrar caudales.

"Una de las formalidades esenciales previstas en el artículo 26 de la Constitución Nacional, es la de que al proceso penal se allegue la plena demostración de los elementos constitutivos del delito por el cual se procede y la directa responsabilidad del procesado en el hecho investigado.

"Pero como cuando en un caso como al que se contrae el presente proceso, los elementos tipificadores de las infracciones por

las cuales se procede no se encuentran reunidos, resulta ostensiblemente quebrantada la garantía constitucional y como consecuencia de la transgresión de la norma antes citada, conculcada la libertad del hombre, no se puede afirmar que se han observado en el juzgamiento la "plenitud de formas propias de cada juicio", motivo por el cual surge el quebrantamiento de la norma constitucional en oposición a la garantía allí prevista".

Se advierte que ningún reparo formula el apoderado especial del recurrente, al postular la acusación contra el fallo en este paso de la demanda, a la condenación del procesado Betancur Uribe por el delito de falsedad en documentos.

Tercer cargo

Se hace consistir en violación del artículo 441 del Código de Procedimiento Penal, porque los juzgadores de las instancias no analizaron en el auto de proceder las pruebas demostrativas de los delitos de peculado y falsedad que se le atribuyeron al procesado Betancur.

Expresa el demandante que los cargos en la providencia enjuiciatoria se le hicieron al sindicado Betancur Uribe en forma ambigua e imprecisa, motivo por el cual no tuvo oportunidad de defenderse de ellos en la audiencia pública ni en el transcurso del juicio, pues ni el Juez Promiscuo del Circuito de Rionegro ni el Tribunal Superior de esa ciudad especificaron la clase de los documentos objeto de la falsedad, ni dijeron si ésta fue material o ideológica, ni determinaron el grado de responsabilidad que pudiera corresponderle en ese ilícito a aquel inculpado, ni indicaron las sumas de dinero sobre las cuales recayó el peculado.

El actor cita jurisprudencia de esta Sala de la Corte en la que se ha sostenido 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, según el cual nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante el tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias del juicio". (Setencias de 23 de enero y 25 de septiembre de 1970).

La acusación la resume la demanda del siguiente modo:

"Impugno la sentencia proferida por el H. Tribunal Superior de Medellín por medio de la cual se condenó al señor Francisco Betancur Uribe, por violación por parte del ad-quem del ordinal 2º del artículo 431 del C. de P. P., en razón de que los falladores de instancia se limitaron a presentar en la parte motiva del auto de proceder una relación de los elementos de juicio allegados al proceso, pero sin citar la fecha de la producción de tales elementos, sin previo examen de los mismos, como tampoco el grado de responsabilidad que pudiera corresponderle al procesado en la comisión de cada acto delictuoso.

De manera que, al no haberse puntualizado en el auto de proceder en su parte motiva el examen de los elementos de juicio concurrentes en el proceso, se quebrantó el ordinal 2º del artículo 431 del C. de P. P., se entrabó el normal ejercicio del derecho de defensa del procesado y la correcta aplicación de las normas sustanciales en la sentencia, ya que en el auto de vocación a juicio se habla de falsedad en documentos sin especificar de cuáles documentos se trataba, si públicos, privados, o de instrumentos negociables, etc".

Cuarto cargo

Lo presenta el actor alegando que el Tribunal de última instancia dictó sentencia condenatoria sin que estuvieran reunidos los requisitos del artículo 203 del C. de P. P., con quebranto del principio in

dubio pro reo consagrado en el artículo 204 del mismo estatuto, por cuanto no se demostró en forma plena que el Rector de la Escuela Industrial "Santiago de Arma" de la ciudad de Rionegro tuviera entre sus funciones las de "responder por los fondos a su cargo y recibir y consignar valores que ingresen por diversos conceptos", lo que se dedujo con fundamento en el decreto 373 de 1968, expedido como reglamento de la Escuela Industrial del Espinal y de dudosa aplicación al caso de autos. Dice el impugnador que no existiendo reglamentación para el Instituto del cual era Rector el procesado Betancur Uribe no se sabe con exactitud cuáles eran las funciones que le correspondían al sindicado y si entre ellas estaba comprendida la de administrar en alguna forma los fondos del establecimiento a su cargo, máxime si se tiene en cuenta que allí había un pagador "especialmente creado para desempeñar esas funciones", por lo cual la duda que se plantea a ese respecto debía resolverse a favor del acusado recurrente.

Se alega también en la demanda que "el H. Tribunal sentenciador no reconoció la duda cuando tomó en cuenta la copia de la comunicación dirigida por el Rector Betancur Uribe a la firma "Proleche", solicitándole la ayuda de $ 400.00, dinero que fue entregado directamente por la señora Ana de Gómez al Pagador Velásquez Moreno, pero que éste niega haber recibido", y que la falta del testimonio de dicha señora, que no fue aportado, hace surgir la incertidumbre en cuanto a la responsabilidad del señor Francisco Betancur Uribe respecto de la apropiación de aquella suma en su provecho. "En ausencia del testimonio de la señora Ana de Gómez, las contradicciones existentes entre el Rector y el Pagador no podía ser prueba legalmente producida para fundar una condena, lo que implica que no se reunían las exigencias del artículo 203 del C. de P. P. para dictar sentencia condenatoria".

De la argumentación que se deja resumida, el señor apoderado demandante deduce que el fallo acusado se dictó en juicio viciado de nulidad, "por inobservancia de la plenitud de las formas de cada juicio que prescribe el artículo 26 de la Constitución Nacional".

Cierra el actor el capítulo correspondiente a la causal cuarta de casación solicitando de la Corte que invalide la sentencia acusada y ordene la devolución del expediente al Tribunal de origen para que se reponga el procedimiento, dando aplicación al artículo 58, ordinal 3º, del decreto 528 de 1964.

Causal primera

En la esfera de la causal primera de casación se impugna la sentencia recurrida "por violación indirecta de la ley sustancial". Dice el demandante que el Tribunal sentenciador, "por error de derecho en la apreciación del acervo probatorio quebrantó en forma indirecta la ley sustancial". Para sustentar la acusación expone:

"Los siguientes hechos son en mi sentir ostensibles violaciones de la ley sustancial por errónea valoración de los siguientes elementos allegados al proceso:

"Se dedujo responsabilidad penal al procesado Francisco Betancur Uribe por las cuentas elaboradas por el Pagador del establecimiento educativo "Santiago de Arma", de la ciudad de Rionegro donde hizo aparecer a algunas personas como beneficiarias de las cuentas. Por ejemplo, Floro Ramírez por $ 150.00; (fl. 186, vuelto); a Jairo Arboleda (fl. 185) quien niega haber recibido el valor del cheque citado en su declaración del folio antes citado; sin prueba adecuada para ello, se responsabiliza al procesado Betancur Uribe por haber ordenado al Pagador Velásquez Moreno que girara un cheque contra "Fondos Comunes", para cubrir un faltante (fl. 34); sin prueba adecuada para ello también se le responsabilizó de haber dispuesto en provecho suyo del cheque por $ 480.00; no está probado que Betancur Uribe se haya quedado con la diferencia del pago verificado a Gilma Pardo de Piedrahita (fl. 188);

"Las alegaciones formuladas dentro del cargo de la causal 4ª de casación se armo-

nizan también para la sustentación de la causal 1ª en razón de que la violación de las normas procedimentales allí citadas tienen el carácter de violación directa de tales normas e influyen de manera indirecta en la violación de la ley sustancial.

"Por error de derecho evidenciable en los autos, el H. Tribunal sentenciador le atribuyó un valor probatorio que no tiene a la comunicación del Ministerio de Educación Nacional visible a folios 415 del expediente, donde por analogía, se dice que entre las funciones del Rector del establecimiento educativo "Santiago de Arma" están las de recaudar, administrar los caudales o efectos oficiales. El decreto 373 de 1968, sobre la creación de la Escuela del Espinal, por su carácter de especial, no se le podía aplicar a la Escuela Industrial de Rionegro, donde el procesado era su Rector y donde no existía norma alguna especial que señalara determinadas funciones al mencionado funcionario, lo que implica que como ya se dijo, un decreto especial sobre la creación de una escuela industrial donde le señalan funciones específicas al Rector de dicho establecimiento, no se puede aplicar por analogía a otra escuela situada en territorios distintos y diversas las funciones.

"El error del H. Tribunal consistió en dar por establecidas las funciones del Rector del establecimiento educativo denominado "Santiago de Arma" se podían reglar por un decreto especial sobre la creación de la Escuela Industrial del Espinal o sea el 373 de 1968, que por su carácter especial se refería únicamente a la escuela citada no pudiendo aplicarse para otros establecimientos similares donde cada uno necesita reglamentación especial.

"Si el Ministerio de Educación hubiera dado respuesta al juez en el sentido de que las funciones del Rector de la Escuela Industrial de Rionegro estaban señaladas específicamente por el decreto en mención, sería aceptable que se dijera que el procesado había trasgredido las normas penales.

"Otro de los errores en que incurrió el Tribunal sentenciador fue el de atribuirle valor de plena prueba a la copia de una supuesta carta que se le atribuye al Rector Betancur Uribe sobre una solicitud dirigida a "Proleche", donde no aparece su firma, como elemento probatorio para deducirle responsabilidad penal por haber dispuesto en provecho personal suyo de los $ 400.00 donados por la firma en mención. Además, el mismo Tribunal acepta a folios 597 que la señora Ana de Gómez quien figura como la persona que intervino en la entrega de los $ 400.00, no se le recibió declaración alguna sobre este hecho. En consecuencia, por error de derecho en la apreciación de esta prueba, el H. Tribunal violó en forma indirecta la ley sustancial aplicada al procesado en la sentencia recurrida.

"La violación de la ley sustancial anteriormente había sido alegada por los competentes juristas antioqueños que tuvieron a su cargo la defensa de los procesados, defensa admirable desde el punto de vista jurídico y porque agotaron todos los recursos previstos en la ley procesal. Al estudiar las alegaciones presentadas por los apoderados de los incriminados ante los falladores de instancia, he recibido una muy útil lección de cómo se lleva hasta sus últimas consecuencias una verdadera defensa penal.

Resumen

"IMPUGNO la sentencia del H. Tribunal Superior de Medellín, con fundamento en la causal 1ª de casación, prevista en el artículo 56 del decreto 528 de 1964, por la violación indirecta de las normas sustanciales que le sirvieron de basamento al H. Tribunal sentenciador para fundar la sentencia impugnada".

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Primero Delegado Penal, en extensa vista, después de relacionar los hechos y la actuación judicial cumplida en el proceso, contesta cada uno de los cargos de la demanda y concluye pidiendo a la Corte que deseche el recurso, por no haberse demostrado ninguno de aquellos.

La Sala se referirá más adelante a las opiniones de la Procuraduría.

Consideraciones

La Corte contestará los cargos de la demanda en el mismo orden en que en ella se postulan.

Causal cuarta

Primer cargo

Carece de todo fundamento, pues en el duplicado del expediente, que se remitió en su oportunidad al Tribunal Superior de Rionegro para surtir la apelación interpuesta por los procesados Alonso Velásquez Moreno y Francisco Betancur Uribe contra el auto de detención preventiva proferido por el funcionario de instrucción, consta que aquellos desistieron de dicho recurso, mediante escritos presentados el 16 y el 21 de octubre de 1968, respectivamente, y que el desistimiento fue aceptado por dicho Tribunal en autos de las mismas fechas (fls. 175 frente y vto. y 277 frente y vto. del cuaderno de copias).

En consecuencia, no se violó el derecho del inculpado Betancur Uribe a recurrir del auto de detención provisional y a obtener del superior decisión sobre el mérito de la resolución dictada por el instructor, ni se desconoció ninguna forma del proceso en la actuación relativa a la detención del procesado, como lo asevera el apoderado demandante con vista únicamente en el original del expediente, por lo cual el cargo de que se trata será desechado.

Segundo cargo

Se observa un manifiesto error de técnica en la demanda, en la formulación de este cargo, como lo hace notar el Procurador Delegado, pues si el Tribunal sentenciador violó los artículos 150 y 151 del C. P. y el decreto 1858 de 1951, en lo concerniente al delito de peculado, cuestion que alega el actor, por error en la valoración de las pruebas, que al decir de aquel no permiten la configuración para su representado del delito de peculado, por ausencia de uno de los elementos estructurales de la infracción, o sea porque el procesado Betancur Uribe no tenía entre sus funciones de Rector la de recaudar o administrar caudales de la Escuela Industrial "Santiago de Arma", la acusación al fallo recurrido ha debido ser propuesta con invocación de la causal 1ª del artículo 56 del decreto 528 de 1964, pues se estaría en presencia de una violación de ley sustancial (arts. 150 y 151 del C. P. y decreto 1858 de 1951), proveniente de apreciación errónea de las pruebas por parte del sentenciador, vale decir, de infracción indirecta de normas penales.

El artículo 56 del decreto antes citado contempla en su ordinal 1º como motivo de casación en materia penal la violación de la ley sustancial por infracción directa, aplicación indebida o interpretación errónea, y prescribe en forma clara que cuando el quebranto de la norma se origine en apreciación errónea o 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".

Como el cargo que se responde lo desarrolla el actor sobre la base de que el Tribunal Superior de Medellín se equivocó al considerar que el procesado Francisco Betancur Uribe era administrador de los bienes que fueron objeto del peculado, por desacertada estimación del acervo probatorio, planteándolo en el campo de la causal cuarta de casación, por una pretendida transgresión de las normas del juicio, cuya observancia reclama la Constitución, la acusación es notoriamente inadmisible y no permite el estudio de la cuestión de fondo, pues la técnica que preside este recurso extraordinario obliga al demandante a aducir correctamente el motivo de la impugnación.

Refiriéndose al cargo en mención dice con acierto la Procuraduría Delegada:

"Esta alegación resulta claramente improcedente dentro de la causal cuarta, a través de la cual se garantiza que la sentencia se dicte sobre un proceso ceñido a las normas procesales y sin desconocer los

derechos fundamentales del procesado en el juzgamiento; dicho razonamiento se relaciona claramente o hace referencia a aspectos probatorios, que no tienen cabida dentro de la causal cuarta, sino dentro de la primera que contempla, en una de sus modalidades, la violación indirecta de la ley; dentro de esta última causal tendría cabida dicha argumentación, pues consiste, como queda expresado, en la apreciación que de determinada prueba hizo el Tribunal, con el efecto de considerar suficientemente demostrada la infracción.

"Dicha conclusión resulta aún más fundada, si se tiene en cuenta la referencia que hace el recurrente a cada uno de los varios hechos para insistir en que el Rector no tenía facultades de recaudar o administrar, aspecto claramente relacionado con la prueba.

"Dicha consideración es suficiente para rechazar el cargo aludido".

Tercer cargo

Es claramente infundado, pues al revisar los autos de 13 de diciembre y 17 de abril de 1968, dictados en su orden por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Rionegro y por el Tribunal Superior de ese extinguido Distrito Judicial, piezas que jurídicamente constituyen una unidad y que contienen el llamamiento a juicio del procesado recurrente, se ve que se observaron en sus lineamientos generales y en lo sustancial las exigencias que el artículo 431 del C. de P. P. señala para el auto de proceder, y que las imputaciones penales se les formularon a los procesados con absoluta precisión, sin ambigüedad o deficiencia alguna que dificultara por ese aspecto la defensa, derecho que se ejercitó a plenitud y tesoneramente.

En las providencias citadas se narran los hechos que dieron lugar a la formación del proceso, se citan las pruebas atinentes a la objetividad de los delitos de peculado y falsedad en documentos y a la responsabilidad de los sindicados Betancur Uribe y Velásquez Moreno, se indica sin lugar a ninguna duda la calificación jurídica correspondiente a tales hechos, se comentan las solicitudes elevadas por los apoderados, y se concluye en la parte resolutiva con el llamamiento a juicio de los procesados por las infracciones referidas, las que se determinan correctamente y como lo preceptúa el último cuerpo del artículo 431 del estatuto procesal.

Alega el apoderado del recurrente, como se recordará, que en el auto de proceder no se hizo el relato de los hechos materia del juicio, ni se analizaron las pruebas de los mismos, ni se especificaron los documentos en los cuales recayó el delito de falsedad que se atribuyó al incriminado Betancur, pues no se dijo la clase a que pertenecían, ni se precisó si la falsedad fue material o ideológica, ni se expresó en qué consistió la acción constitutiva de la ilicitud, ni se determinó el grado de responsabilidad de aquel acusado, "ni se expresó con claridad cuáles fueron las sumas de dinero sobre las cuales se había operado indebidamente la actividad criminal", y deduce luego la conclusión de que hubo quebranto del artículo 431 del C. de P. P. y violación consiguiente de los derechos y garantías que para el juzgamiento exige el artículo 26 de la Carta, como que los cargos hechos al procesado Betancur Uribe se le propusieron "en forma ambigua e imprecisa, motivo por el cual no tuvo la oportunidad de defenderse de ellos en la audiencia pública", ni en el transcurso del juicio.

La Sala no encuentra en el expediente respaldo a la censura del demandante, por las razones que pasa a exponer:

La "narración sucinta de los hechos" que originaron el proceso, en la forma requerida por el artículo del Código de Procedimiento Penal que el actor estima infringido, se hizo efectivamente por los juzgadores de las instancias en las providencias de vocación a juicio, como puede verificarse a folios 446 a 447 y 447 a 449 bis.

Las pruebas de esos hechos fueron citadas con los comentarios necesarios, tanto por el juez de la instancia como por el Tri-

bunal Superior, como puede verse a folios 447 a 450 y 449 bis y siguientes.

Los documentos en los cuales recayó la acción característica del delito de falsedad imputado a los procesados Betancur Uribe y Velásquez Moreno fueron enunciados en el auto procesatorio, así:

"1º Cuentas a nombre de Luis Guillermo Gómez por jornales, reparaciones, suministros, sin que dicho señor hubiera realizado nada de lo que en ellas se dice, ni hubiera recibido suma de dinero alguna (Cf. fs. 22, 23, 36, 50, 51, 56).

"2º Cuentas a nombre de Marco Tulio Castaño por suministros que no hizo, ni tampoco cobró (Cf. fs. 24, 25, 38, 39, 40, 41 45).

"3º Cuentas a nombre de Juan N. Tabares por jornales de trabajo que no ejecutó ni cobró (Cf. fs. 34).

"4º Cuentas a nombre de Santiago Avendaño por jornales de trabajo que no prestó y por suministros que no hizo (Cf. fs. 37, 46, 47 y 49).

"5º Cuentas a nombre de Floro Ramírez por suministros que no hizo (Cf. fs. 42).

"6º Cuentas a nombre de Adelmo Ríos por suministros que no hizo (Cf. fs. 43).

"7º Cuentas a nombre de Jesús Tabares por suministros que no hizo (Cf. fs. 44).

"8º Cuentas a nombre de Manuel Agudelo por jornales de trabajo que no realizó (Cf. fs. 48)".

Al señalar los cargos concretos contra el Rector Francisco Betancur Uribe, dijo el Tribunal de Rionegro en el auto a que se ha hecho alusión que "a más de los ya indicados" pesaba en su contra el de "Falsificación de la firma de Félix Augusto Jaramillo Paniagua para hacer efectivo un cheque girado a favor de éste en pago de una quincena del sueldo devengado como profesor. Este cargo lo formula en su indagatoria Velásquez Moreno, lo confirma Jaramillo Paniagua en declaración que aparece a fs. 172 vto. y paladinamente lo acepta el inculpado en su indagatoria (fs. 234 vto. y 235)".

Con respecto a la índole de los documentos falsificados, la clase de falsedad en ellos cometida, la vinculación de ese delito con el peculado y el grado de responsabilidad de los sindicados, se lee en el auto de proceder lo que pasa a transcribirse:

"Mediante este proceso, no solamente se ha establecido de manera indubitable el delito de peculado cometido en perjuicio de los intereses del Tesoro Público, en las circunstancias atrás narradas; en conexidad con ésta se ha cometido también el delito de falsedad, el cual consiste y es un hecho aceptado por los mismos procesados, en haber hecho figurar en nóminas o cuadros a personas que en ningún momento prestaron sus servicios como empleados o trabajadores. Se faltó, pues, a la verdad y mediante este engaño, hubo de distraerse también los fondos públicos.

"Tiénese entonces, que 'estas maniobras engañosas determinaron el uso indebido de los caudales públicos confiados al señor Alonso Velásquez Moreno, en su calidad de pagador habilitado de la Escuela Industrial de Rionegro y al señor Francisco Luis Betancur Uribe en su doble calidad de ordenador y fiscalizador de los mismos fondos, con el consiguiente aprovechamiento ilícito, lesionando así el bien jurídico que tutela la ley en los delitos de 'peculado' y la confianza pública en el delito de 'falsedad', o sea, la violación del deber de honestidad y de probidad en el correcto manejo de los fondos puestos bajo su tutela, custodia inmediata y buena fe de los funcionarios visitados'." "... ... ." "Nuestro estatuto penal al tratar de este delito determina la responsabilidad en que puede incurrir el funcionario o empleado público, que 'abusando de sus funciones y en relación con escrituras o documentos públicos ... haga aparecer que intervino

en un acto una persona que no ha concurrido a él ..."

"En aplicación de este precepto se tiene que, en las diversas cuentas de cobro que figuran en el proceso, éstas son ficticias y no corresponden a gasto real alguno y se pretendió hacer aparecer que sus beneficiarios tenían derecho al pago por servicios no prestados ni efectos no suministrados a la institución. Como conclusión de lo dicho se ha cometido entonces el delito de peculado en conexidad con el de falsedad en documentos". (Auto del Juzgado Promiscuo del Circuito de Rionegro, de 13 de diciembre de 1968, fls. 450 a 451 y 455 a 456).

"Delitos conexos y continuados de falsedad en documentos públicos y de peculado, son las figuras jurídicas que se perfilan con asiento en los hechos que han quedado establecidos.

"De ambos incriminados cabe predicar la falsedad en documentos públicos, en la categoría de falsedad ideológica, la cual está constituída por hacer aparecer en diversas ocasiones, que intervinieron en un acto personas que no concurrieron a él, por haber faltado a la verdad en la narración de los hechos, cuando certifican la prestación de servicios o el suministro de especies que ni fueron prestados ni fueron suministradas.

"Betancur Uribe soporta, además, el cargo de haber fingido en un cheque, el girado a favor del profesor Jaramillo, la firma de este profesor. Tanto en este caso, como en los precedentes, la conexidad de la falsedad y del peculado emerge de la consideración de que el de un delito no podía consumarse sin la consumación del otro.

"También ambos encartados deben responder por peculado ya que, en lo que respecta a Betancur Uribe, su propia confesión ratifica lo dicho por otros, en el sentido de que se apropió en provecho suyo, por lo menos de las pensiones del alumno Serna, de uno de los abonos del profesor Flórez y de parte del producto de la rifa de los muebles y del sueldo girado a favor del profesor Jaramillo.

"En lo que toca a Velásquez Moreno, la prueba de apropiación en provecho suyo de los caudales bajo su custodia, es concluyente. Los indicios en su contra y a este respecto son muy graves, pues resulta absurdo hasta más no poder, que él se prestara a las dolosas maniobras de que los autos dan cuenta tan cabal, con espíritu de franciscano desprendimiento. Hechos tales como llevar a su cuenta bancaria personal el producto del préstamo de Lía Cuartas de Bonnet y girar a su favor numerosos cheques por cuantías apreciables sin comprobantes justificativos, lo mismo que pagar con fondos oficiales una o unas ayudas a la labor que personalmente tenía la obligación de efectuar y, por derechas, cubrirse acreencias personales con el producto de cuentas ficticias (caso de Adonaín Arboleda), son bastante elocuentes como para poner oídos sordos a las voces acusatorias que de estos hechos se levantan.

"Para ambos sindicados, por otro lado, concurre la modalidad de haber hecho uso indebido de los caudales u otros bienes que por razón de sus funciones estaban encargados de recaudar y administrar, como fueron los casos relativos al pago de unos viáticos no autorizados, del alquiler de una casa para los profesores, de la venta de un vehículo sin el lleno de las formalidades legales.

"Con respecto a la disculpa traída en torno a las cuentas ficticias, de las que se dice que fueron un expediente para cubrir otros gastos inaplazables, pero de carácter oficial, de ningún modo puede aceptarse. Precisamente la guarda y administración de los bienes y caudales públicos están sujetas a una serie de reglamentaciones y requisitos sobre los cuales no puede pasarse impunemente, pues, de lo contrario, la hacienda pública quedaría al libre arbitrio de funcionarios o empleados inescrupulosos.

"La conexidad de los delitos de falsedad y peculado se pone más de relieve en un caso como el del pago que se hizo a los entrenadores o auxiliares del pagador Velásquez Moreno, pues allí, a la falsedad ideológica de las cuentas autorizadas por el Rector y

el Pagador se agregó la erogación de caudales oficiales de manera indebida, si es que esos caudales, en cierto modo, no pudiera decirse que fueron en provecho del patrimonio particular de Velásquez Moreno.

"En resumen, Betancur Uribe y Velásquez Moreno, en calidad de coautores, habrán de responder por hechos que encuadran perfectamente dentro de los tres grupos de cargos que aquí se han establecido y que reúnen las características propias de los delitos de que tratan el capítulo primero, título III, del libro segundo del C. Penal, en armonía con el Decreto Nº 1858 de 1951 y el capítulo tercero, título VI de los mismos libros y código.

"Aparentemente podría pensarse que dichos encartados incurrieron en un nuevo delito al hacer uso de los documentos públicos o instrumentos negociables, a sabiendas de su falsedad y con el ánimo de lucro. Mas esto debe descartarse en atención a que, precisamente, ese uso fue el que dio vida al delito de peculado en algunos de los casos aquí contemplados". (Auto del Tribunal Superior de Rionegro, de 17 de abril de 1969, fls. 462 a 464 bis).

Infiérese de los pasajes transcritos, como hace notar el Procurador, que los cargos formulados en juicio a los procesados "fueron suficientemente precisados con relación a las pruebas obtenidas", en términos que no dejan margen a dúda sobre el contenido y alcance de las imputaciones penales, bien entendidas por los señores defensores, quienes ejercieron acuciosamente y con inteligencia su función en las instancias, como lo reconoce el propio apoderado del recurrente. Claramente se especificó en la vocación a juicio que la falsedad recayó en documentos públicos y en un cheque, que es por determinación de la ley instrumento negociable; que la falsedad de los documentos públicos fue ideológica y estuvo "constituída por hacer aparecer en diversas ocasiones, que intervinieron en un acto personas que no concurrieron a él, o por haber faltado a la verdad en la narración de los hechos, cuando certifican la prestación de servicios o el suministro de especies que ni fueron prestados ni fueron suministradas", y que la falsedad del cheque consistió en "haber fingido en un cheque, el girado a favor del profesor Jaramillo,, la firma de este profesor"; que la cuantía total del peculado fue de $ 51.726.86; que los delitos fueron conexos, y que los procesados Francisco Betancur Uribe y Alonso Velásquez Moreno obraron "en calidad de coautores", circunstancia ésta que determinaba de modo palmar el grado de responsabilidad atribuible al inculpado recurrente, a tenor del artículo 19 del Código Penal.

Es obvio entonces que la doctrina jurisprudencial de esta Sala citada en la demanda no es aplicable al presente caso, porque no se dan los supuestos que le sirven de fundamento.

El cargo en consecuencia no prospera.

Cuarto cargo

Con respecto a este último cargo, postulado en la órbita de la causal cuarta de casación, vale las consideraciones que anteriormente se hicieron acerca del segundo, pues como dice la Procuraduría Delegada, la acusación "se relaciona con aspectos probatorios, ya que el recurrente desconoce o rechaza el valor que el fallador dio a determinadas pruebas, circunstancia que hace improcedente la impugnación a través del motivo invocado, "ya que su naturaleza lo coloca directamente dentro de la causal primera de casación", por lo cual la censura debe ser desestimada.

Cuando se trata de acusar una sentencia en casación por yerro del sentenciador en la valoración de la prueba es necesario invocar de un modo directo la causal primera del artículo 56 del decreto 528 de 1964 y probar con fundamento en ella que se violó la ley sustancial, con cita de la norma que se aplicó o se dejó de aplicar, porque el fallador no apreció determinada prueba o la estimó equivocadamente, presentando la alegación en los términos previstos en el inciso 2º de la disposición precitada, "demostrando haberse incurrido en error de derecho, o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos".

La postulación del referido motivo de casación a través de la causal cuarta, por pretendido menoscabo de las formas propias del juicio garantizadas en el artículo 26 de la Constitución, como lo hizo aquí el demandante, contraría las normaciones de este recurso extraordinario y no permite el examen de la cuestión insinuada en el cargo.

La causal cuarta de casación se contrae a vicios serios de forma, a defectos procesales en la actuación, y su objeto es el de purgar el proceso de graves irregularidades cometidas en él. El actor, en el cargo que ahora se examina, no invoca vicios del procedimiento sino una cuestión de fondo y relacionada con el mérito de las pruebas.

Por consiguiente, el cargo no prospera.

Causal primera

La acusación al fallo impugnado, en el ámbito de esta causal, consiste —conviene recordarlo— en que el Tribunal sentenciador "por error de derecho en la apreciación del acervo probatorio quebrantó en forma indirecta la ley sustancial". El apoderado del recurrente ensaya demostrar el cargo manifestando que se dedujo responsabilidad al procesado Francisco Betancur Uribe por cuentas elaboradas por el Pagador de la escuela "Santiago de Arma", donde se hizo aparecer a algunas personas como beneficiarias de las mismas, "sin prueba adecuada para ello", y que "por error de derecho evidenciable en los autos" se le atribuyó un valor probatorio que no tiene a la comunicación del Ministerio de Educación Nacional visible al folio 415 del expediente, o sea al decreto ejecutivo 373 de 1968, con el cual no se podían dar por establecidas las funciones del Rector Betancur Uribe, en la forma en que se hizo. Dice igualmente el demandante que otro de los errores que cometió el sentenciador fue el de darle valor probatorio a la copia de una supuesta carta que se le atribuye al procesado recurrente sobre una solicitud dirigida a "Proleche", donde no aparece su firma. De esas afirmaciones escuetas deduce el señor apoderado "que el H. Tribunal violó en forma indirecta la ley sustancial aplicada al procesado en la sentencia recurrida".

El Procurador Primero Delegado en lo Penal comenta los diversos aspectos propuestos por el demandante, para demostrar que sí tuvo fundamento jurídico el fallo por el cual se condenó al recurrente y que no se incurrió en él en error alguno en la valoración de las pruebas.

No obstante afirmar el actor que hubo "error de derecho en la apreciación del acervo probatorio", del que se derivó una violación de la ley sustancial, no dice la demanda cuáles fueron las normas de procedimiento reguladoras de la prueba que desatendió el sentenciador, ni las disposiciones sustantivas consecuencialmente infringidas. En tales condiciones, el cargo aparece tan defectuosamente propuesto que no es posible el análisis del aspecto que allí se presenta.

La técnica del recurso extraordinario de casación exige, cuando se trata de la violación indirecta de la ley sustancial, por error de derecho en la consideración de los elementos de convicción, motivo de impugnación previsto en el cuerpo 2º del ordinal 1º del artículo 56 del decreto 528 de 1964, que el actor precise las normas legales reguladoras de los medios de prueba y que se reputen infringidas por el juzgador; que indique el concepto de la violación, y que demuestre que por consecuencia del error se vulneró la ley penal sustancial, que no se habría aplicado como se aplicó de no haber mediado el error. Por ello la Corte ha dicho con reiterado énfasis que "si el error de derecho tiene como causa una equivocada apreciación de la prueba, porque el sentenciador le reconoció un valor que la ley no le asigna, o le desconoció el que ésta le otorga, es preciso señalar en primer término la norma probatoria que se pretende infringida (violación media), para demostrar luego el quebranto de la ley sustancial (violación fin), orden lógico que no se puede alterar, eludir o desdeñar".

En el caso sub judice el demandante no indica el precepto normativo de la prueba

que en su sentir fue desconocido, ni el sentido en que hubiera sido violado, ni la norma de naturaleza sustancial a cuya inobservancia condujo el yerro. La censura que formula al fallo recurrido al amparo de la causal primera de casación no se conforma a los requerimientos de la ley ni a la técnica que rige este medio extraordinario de impugnación, por lo cual será rechazada.

No prospera pues ninguno de los cargos de la demanda y el recurso será desechado.

Decisión

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el Procurador Primero Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación interpuesto por el procesado Francisco Betancur Uribe contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín de cinco de mayo de mil novecientos setenta, de la cual se ha hecho mérito en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al tribunal de origen. Publíquese en la Gaceta Judicial.

José María Velasco Guerrero, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta.

J. Evencio Posada V., Secretario.

HOMICIDIO CONCAUSAL

Se entiende por concausa el hecho o circunstancia preexistente, concurrente o sobreviniente, que sin pertenecer a la acción contribuye a producir el resultado, o sea la muerte del ofendido. Presupuestos de esta figura delictiva en la legislación colombiana.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, quince de febrero de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Doctor Julio Roncallo Acosta).

(Aprobado: Acta número 4 de 12 de febrero de 1971).

Vistos

Agotado el trámite de rigor legal, se decide el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado Luis Alcides Vega Holguín contra la sentencia del trece de diciembre de mil novecientos sesenta y nueve, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, reformando la de primer grado, lo condenó a la pena principal de diecisiete (17) años de presidio, como autor responsable del delito de homicidio "cometido en la persona de su legítimo suegro Edilberto Macías Barreto".

Antecedentes

a) Pasadas las seis de la tarde del 6 de diciembre de 1963, hora en que Edilberto Macías transitaba a caballo por la vereda de "La Mesa", Municipio de Macanal (Departamento de Boyacá), rumbo a su casa, se encontró, en el punto denominado "El Crucero", con su hija Cecilia Aurora Macías, quien con su esposo, Luis Alcides Vega Holguín, y el padre de éste, Isaías Vega, transportaba madera con una yunta de bueyes. Dando pábulo a desaveniencias familiares, los Vega dirigieron palabras insultantes a Edilberto Macías, sin que éste respondiera; pero su hija, que frecuentemente tenía graves disgustos con su esposo, contestó las injurias con vocablos del mismo jaez. Montó en cólera Luis Alcides, y dándole una bofetada a su mujer, golpeó a su suegro con una vara que portaba para arrear los bueyes, derribándolo de la cabalgadura. Ya en el suelo, lo atacó cuchillo en mano, causándole heridas que, dos días después, le ocasionaron la muerte.

b) Abierta la investigación se les recibió declaración indagatoria a Isaías Vega y a Luis Alcides Vega Holguín, habiéndose proferido auto de detención contra éste. Entre los elementos de juicio aportados al sumario se encuentra la diligencia de necropsia, cuyo resultado, visible al folio 72, es del siguiente tenor:

"En la fecha (16 de diciembre de 1963, aclara la Corte) practiqué necropsia al cadáver de Edilberto Macías Barreto, de color blanco, 1.70 metros de estatura y de unos cuarenta y cinco años de edad. Al examen presentaba una herida en la fosa infraclavicular izquierda de sentido horizontal de cinco centímetros de longitud que interesó únicamente la piel. Una herida en el noveno espacio intercostal izquierdo sobre la cara anterior del tórax de sentido horizontal y a cuatro centímetros de la línea media, y de 8 centímetros de longitud. A través de ella hay salida de epiplón. Abierta la cavidad abdominal se encuentra interesado por

la herida, el epiplón gastrocólico pero sin perforación de ninguna de las vísceras. Hay inequívocas huellas de peritonitis. Ninguna de las demás cavidades esplácnicas presentan signos de violencia. La causa única y determinante de la muerte de Edilberto Macías Barreto fue la peritonitis causada por la infección secundaria a la herida penetrante en el abdomen arriba descrita".

c) Mediante auto del 17 de julio de 1964, ejecutoriado el 20 de agosto siguiente, el Juzgado Tercero Superior de Tunja calificó el mérito de la investigación sobreseyendo definitivamente en favor de Isaías Vega Sierra y llamando a responder en juicio a Luis Alcides Vega Holguín por homicidio agravado, en razón del parentesco de afinidad en primer grado entre el procesado y la víctima, quien, además, se hallaba indefensa en el momento del ataque, circunstancias a las cuales se refiere de manera expresa la parte motiva de la providencia calificadora. (fls. 160 a 171).

d) Con oportunidad de la audiencia pública se le propusieron al Jurado las siguientes preguntas, que debieron formularse en un solo cuestionario:

"El procesado Luis Alcides Vega Holguín... es responsable sí o no, de haber causado la muerte con intención de matar a su legítimo suegro Edilberto Macías Barreto, quien falleció a consecuencia de heridas causadas con instrumentos contundente (vara) y corto-punzante (cuchillo), de cuya localización y estragos en el cuerpo de la víctima habla la correspondiente diligencia de autopsia; según hechos ocurridos en las últimas horas de la tarde del seis (6) de diciembre de mil novecientos sesenta y tres (1963), en el punto denominado "El Crucero", vereda de La Mesa, de la comprensión municipal de Macanal?"

Respuesta: "Sí es culpable pero la muerte se produjo por el concurso de un hecho subsiguiente como fue la peritonitis".

"El mismo procesado Luis Alcides Vega Holguín, al cometer el hecho en referencia, tomó a la víctima, sí o no, en condiciones de indefensión o inferioridad personal?"

Respuesta: "No en consideración a la forma de las heridas".

e) Estimó el juzgador de primera instancia que las respuestas del tribunal popular traducían la existencia de un homicidio concausal, (Art. 366 del C. P.) en el cual concurría una de las circunstancias específicas de agravación previstas por el artículo 363 ibídem en su ordinal 1º (afinidad en línea recta en primer grado), y considerando además que el agente había obrado por "motivos innobles", impuso al procesado, en sentencia calendada el 2 de mayo de 1969, la pena principal de seis (6) años y diez (10) meses de presidio, sanción que el Tribunal Superior de Tunja modificó en la forma indicada en la parte inicial y motiva del presente fallo, fundándose en el criterio de que al homicidio de autos no es aplicable la norma contenida en el citado artículo 366.

El recurso extraordinario

Tras referirse con detenimiento a los hechos debatidos en el juicio y al decurso de la actuación procesal, la demanda, formulada por el apoderado especial, plantea la acusación contra el fallo recurrido en los siguientes términos: "En forma comedida, acuso la sentencia recurrida con apoyo en el numeral 2º del Decreto Nº 528 de 1964 que modificó al Art. 567 del C. de P. P., por encontrarse el mismo fallo 'en desacuerdo con el varedicto del Jurado'. En efecto se violaron los arts. 15 del Decreto 1358 de 1964 que subrogó al art. 480 del C. de P. P. y también, se violó el art. 537 de la obra citada, porque en las audiencias con intervención del jurado al Juzgador de Instancia solo le quedan dos caminos a seguir: Declarar el veredicto contrario a la evidencia de los hechos o 'proferir sentencia de acuerdo con la calificación' que dé el Tribunal popular a los hechos sobre los cuales ha versado el debate".

A continuación el actor desarrolla con amplitud el cargo único propuesto, resumiendo luego los argumentos aducidos de la siguiente manera:

"e) Reitero en forma por demás respetuosa: Nos encontramos ante un evento en que la sentencia se halla o está en desacuerdo con el veredicto:

"El Tribunal popular mediante su veredicción ha determinado el delito cometido por Luis Alcides Vega Holguín y, las circunstancias modificadoras de la infracción, mediante una clara respuesta, producto de su conciencia y voluntad, fue obtenida mediante amplio y franco debate hecho por el Defensor de Oficio asignado al procesado dentro de la audiencia pública.

"No entiendo aún por qué el H. Tribunal Superior, en la sentencia recurrida, hizo a un lado, parcialmente, el veredicto, oponiendo el fallo a claras normas contenidas en el C. P., haciendo caso omiso, como ya lo he dicho, de la voluntad soberana y libre del jurado de conciencia.

"El Tribunal, Sala Penal, solo tenía facultad para interpretar y desarrollar el veredicto, pero siempre de acuerdo con la calificación que los jueces populares dieron a los hechos.

"A este respecto ha dicho la H. Sala de Casación Penal: 'Si el veredicto no es contrario a la evidencia de los hechos procesales, la misión del Juez debe ser la de aplicar la ley acogiendo la pena correspondiente a los hechos sobre los cuales ha versado el debate; solo cuando la decisión del jurado no se atempera a la realidad procesal, PUEDE EJERCER LA FACULTAD Y EL DERECHO de declararlo contrario a la evidencia de los hechos y por consiguiente ordenar la convocatoria de nuevo jurado'. (Las mayúsculas son mías).

"f) Frente al reconocimiento médico producido por el Dr. Bohorquez G., del Hospital de Garagoa, a la diligencia de necropsia de folio 72 y a otras circunstancias que constan en los autos el defensor de oficio de Luis Alcides Vega Holguín sostuvo la tesis de que en el evento de resultar responsable penalmente, el procesado, habida consideración de la naturaleza misma de las heridas y a no, por qué no decirlo, tener intención de matar, solamente podría serlo de un homicidio concausal, ya que la muerte de Macías Barreto se debió únicamente a un hecho subsiguiente dependiente de la actividad de la víctima y de terceros.

"Este planteamiento así hecho, en forma simple y llana, de modo racional y claro ante el Jurado, fue aceptado en forma unánime por sus integrantes.

"Los señores jueces de conciencia tuvieron tiempo, suficiente, para meditar y analizar todas y cada una de las circunstancias expuestas. Se enteraron del texto que contiene el art. 366 del C. P., de lo que significan las concausas, de la esencia jurídica de tal entidad y respondieron con una sola voz, a la cuestión principal: 'Sí es culpable pero la muerte se produjo POR EL CONCURSO DE UN HECHO SUBSIGUIENTE..." (Las mayúsculas son mías).

"De todo lo anterior se ve, muy claramente, cuál fue la verdadera intención del tribunal popular; cuál fue su verdadero espíritu y voluntad al responder al cuestionario.

"Todo cobra mayor fuerza y queda más sin fundamentos la tesis expuesta por el H. Tribunal Superior de Tunja en el fallo recurrido, si se examina con algún detenimiento la segunda respuesta en la cual el jurado amplía su pensamiento y su criterio, en cuanto a que no se podía hablar de un estado de indefensión de la víctima y en cuanto a la clase de lesiones que produjo Luis Alcides Vega en el cuerpo del occiso: 'No en consideración a las heridas'. Casi nos da a entender el Jurado que todo había en el ánimo del procesado menos la intención de matar".

Concluye el libelo solicitando de la Corte que obre conforme a lo dispuesto por el artículo 58 del Decreto 528 de 1964, casando el fallo recurrido y, en su lugar, dictando el que deba reemplazarlo.

El Ministerio Público

En su alegato el Procurador Primero Delegado resume los hechos que generaron el proceso y anota los aspectos más importan-

tes de la actividad jurisdiccional de los juzgadores en las dos instancias; se ocupa luego de reseñar el contenido acusatorio de la demanda y de los fundamentos en que descansa la sentencia de segundo grado y expone luego su criterio, coincidente en lo esencial con el del actor. Los apartes finales de tal vista compendian el pensamiento del Ministerio Público frente al mérito de la acusación:

"De lo dicho se desprende, que efectivamente la muerte se produjo, de acuerdo con el proceso, como resultado directo de las heridas y debe insistirse en que en el debate de audiencia se propuso a los jurados la consideración de que tal consecuencia —la peritonitis— se había producido por demora en el traslado e intervención del herido y sobre tales aspectos se pronunció el jurado para dar su respuesta.

"Es necesario determinar en vista de las argumentaciones del recurrente, si como este lo propone, el Tribunal debía limitarse a acogerlo o en caso de considerarlo inadmisible, declararlo contraevidente.

"Debe anotarse que el fallador puede interpretar la respuesta del jurado, cuando haya lugar a duda, pero esta facultad no puede ser amplia, sino limitada, ya que la base de la sentencia es precisamente el veredicto y en otra forma, el Juez de derecho desplazaría al Jurado.

"En el presente caso, como queda dicho, debe reconocerse que el jurado reconoció la existencia de un homicidio "concausal", en razón del debate previo y suficientemente amplio, como lo anota el recurrente; y si bien no se mencionó por el mismo que el hecho fuera independiente del victimario, es decir correspondiente a la actividad de la víctima o de un tercero, este factor puede entenderse comprendido dentro de su pronunciamiento pues fue objeto del debate y además, no puede exigirse al jurado una expresión absolutamente técnica, cuando por otra parte, su pensamiento resulta claro.

"Estimó el Tribunal que no podía declararse la contraevidencia, por cuanto lo afirmado sobre la peritonitis, tenía respaldo en la autopsia. Sin embargo, debe considerarse que la respuesta debía interpretarse, en forma que produjera alguna consecuencia, pues para afirmar la muerte por peritonitis, le habría bastado al jurado contestar afirmativamente, sin aclaración alguna, pues el interrogatorio, como se dijo hacía alusión a la autopsia; pero como con su veredicto el jurado declaró una circunstancia que modificaba esencialmente la responsabilidad del procesado, por las razones expresadas, hubiera procedido la declaración de contraevidencia, para desconocer dicha circunstancia, que no consistía simplemente en afirmar, de acuerdo con la autopsia, la causa de la muerte, sino que a ésta contribuyó un efecto distinto del acto del procesado.

"De acuerdo con lo expuesto, el cargo debe prosperar, por cuanto si el veredicto no fue rechazado como contraevidente, debe ser admitido en sus términos, de acuerdo con los cuales se afirmó la existencia de la circunstancia contemplada en el art. 366 del C. P., según argumentación del recurrente".

Finaliza el colaborador de la Sala con la petición de que se invalide la sentencia de segundo grado y se dicte la que deba sustituirla.

La Corte considera

1. Son muchas las definiciones elaboradas para expresar el concepto de concausa. En general, sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia jurídico-penales entienden por concausa el hecho o circunstancia preexistente, concurrente o sobreviniente que, sin pertenecer a la acción, contribuye a producir el resultado, o sea la muerte del ofendido. De allí que el fenómeno de la muerte, en el homicidio concausal, no surja como consecuencia exclusiva de los actos ejecutados por el agente, ya que además de éstos necesariamente ha intervenido un factor extraño a la conducta homicida. Al ocuparse del tema, los tratadistas recuerdan que, dentro del campo teórico, se suele clasificar las concausas en antecedentes o preexistentes (especiales circunstancias o

estados patológicos o fisiológicos existentes en el sujeto pasivo en el momento de la acción criminosa, como las lesiones cardíacas, la hemofilia, la diabetes); concurrentes o concomitantes (condiciones coetáneas con el obrar del sujeto activo: tétanos proveniente de los gérmenes que se hallaban en la ropa del herido, conmoción producida por la fuga precipitada del lesionado); subsiguientes o supervinientes (situaciones que se presentan con posterioridad a la lesión, ajenas a la voluntad del agente y dependiente de la actividad de la víctima, de terceros o de circunstancias ocasionales o fortuitas, vr. gr., la infección provocada por imprudencia de la víctima o de sus parientes o allegados, negligencia o impericia de los médicos).

2. Desde luego, el régimen legal de las concausas difiere de una legislación a otra. En algunos países las normas positivas admiten las distintas clases de concausas. En otros códigos, como el italiano, éstas carecen de significación jurídica y, consecuentemente, no rompen el vínculo causal ni constituyen atenuante alguno del homicidio. Tampoco en el Código Penal Colombiano de 1890 se contempló el homicidio concausal. En cambio, el artículo 366 del estatuto vigente lo consagra en los siguientes términos: "Si existiendo de parte del agente el propósito de matar, la muerte no se produjere sino por el concurso de un hecho subsiguiente dependiente de la actividad de la víctima o de un tercero, la sanción podrá ser disminuida hasta en la tercera parte". De donde resulta claro que en la ley colombiana solo tienen relevancia las concausas subsiguientes que dependen de la actividad de la víctima o de un tercero. Vale decir, que las antecedentes y concomitantes no alteran el nexo causal ni modifican la figura del delito ni la responsabilidad de su autor.

3. La figura descrita en la disposición copiada comporta los siguientes elementos estructurales: a) Propósito de matar; b) Muerte del ofendido; c) Imperfecta relación de causalidad entre la acción criminosa y el deceso de la víctima. El dolo específico, caracterizado por la intención homicida, es elemento común al homicidio simple y diferenciador del homicidio ultraintencional, en el que, como se recordará, existe una desproporción entre el resultado querido y el que realmente se produce. La muerte del ofendido constituye, de otro lado, la nota distintiva entre el homicidio concausal, infracción de resultado cierto, y la tentativa. Respecto del tercer elemento importa reiterar que en el homicidio concausal la muerte no se produce como resultado exclusivo de la lesión ocasionada por el agente, sino por ésta y el concurso de un hecho posterior dependiente de la conducta activa u omisiva de la víctima o de terceros. De lo cual se desprende que no procedería jurídicamente hablar de concausa en aquellos casos en que el fallecimiento no lo determina la convergencia de los dos factores examinados, sino una causa absolutamente inconexa con la lésión original, como la del herido que, en proceso de curación, perece en un accidente de tránsito, o sufre un infarto del miocardio.

4. En la audiencia pública de este proceso el defensor del acusado sostuvo, entre otras, la tesis de que Luis Alcides Vega debió ser llamado a juicio por homicidio concausal. Para ilustrar al Jurado sobre el particular —así consta en el acta correspondiente— leyó el artículo 366 del Código Penal. Se refirió luego a la prueba de cargo y analizó la diligencia de necropsia, visible al folio 72 del informativo. Luego, a manera de síntesis sobre tal planteamiento, agregó: "La muerte se produjo por peritonitis, porque ninguna de las heridas descritas en la diligencia de autopsia era de naturaleza mortal, sino que como al herido se llevó al hospital doce horas después de ocurridos los hechos, y el Médico de Garagoa no lo operó, entonces lógicamente le sobrevino la peritonitis pero si Macías Barreto es atendido pronto y operado, no habría muerto. Entonces como fue llevado al hospital doce horas después, y murió también doce horas después de estar en el hospital, no le podemos imputar la causa de la muerte a Vega Holguín. Hay que decir entonces que es un homicidio concausal".

5. Estas afirmaciones de la defensa no están desprovistas de respaldo en el proce-

so. En efecto, existen en él datos suficientes para considerar que Vega Holguín fue conducido al Hospital de Garagoa con extraordinario retardo y ya en muy precarias condiciones de salud. El tribunal popular dispuso, pues, de una amplia información sobre el aspecto probatorio del proceso, y después de asistir al desarrollo del debate entre el representante del Ministerio Público y el personero de la defensa, respondió al primer cuestionario, como se recordará, en los siguientes términos: "Sí es culpable, pero la muerte se produjo por el concurso de un hecho subsiguiente como fue la peritonitis".

6. Bien sabido es que los jueces de conciencia están investidos de facultad legal para apartarse del cuestionario —síntesis del auto de proceder— agregando en sus respuestas las circunstancias en que crean que el delito se perpetró. Tal fue el criterio adoptado por aquellos cuando, tras afirmar la responsabilidad penal del procesado por el delito de homicidio en la persona de su suegro, añadieron que el deceso de éste se produjo "por el concurso de un hecho subsiguiente como fue la peritonitis", fórmula que, dados los antecedentes fácticos y los planteamientos jurídicos debatidos en la audiencia, inequívocamente entrañan el reconocimiento de que la muerte del ofendido no fue el resultado exclusivo de los actos ejecutados por Vega Holguín, sino de éstos y de una circunstancia posterior e independiente de la voluntad del victimario, puesto que a ella dio lugar la prolongada y negligente tardanza en conducir el herido al hospital, todo lo cual se adecúa, sin pretender que los jueces de hecho usasen de tecnicismos para expresar su pensamiento, a la hipótesis prevista en el artículo 366 del Código Penal, vale decir, al homicidio concausal.

7. Habiendo demostrado el demandante que la voluntad declarada del jurado traduce una precisa y concreta situación jurídica, y que la sentencia recurrida acogió otra sustancialmente diversa, habrá de prosperar la causal invocada. Procede, en consecuencia, dar aplicación al precepto que el artículo 58 del Decreto 528 de 1964 contiene en su ordinal 1º, casando el fallo acusado y dictando el que deba reemplazarlo.

8. En consecuencia, siguiendo el criterio señalado por el artículo 36 del C. P. y teniendo en cuenta que en el proceso no se hallan plenamente acreditadas las circunstancias de mayor y de menor peligrosidad previstas, respectivamente, en los ordinales 3º y 11 de los artículos 37 y 38 ibídem, de una parte, y que las contempladas por el citado artículo 37 en sus ordinales 4º y 7º ya se habían considerado como elementos constitutivos del delito, de otro lado, la sanción habrá de individualizarse del siguiente modo: Del mínimo de quince años de presidio señalados por el artículo 363 del C. P. se disminuirán solo tres años, conforme al artículo 366 del mismo estatuto, dada la innegable gravedad hecho criminoso y la índole de la concausa, quedando así una sanción de doce años de presidio. Y se conservará la condena en abstracto al pago de los perjuicios y la orden de regularlos de acuerdo con el artículo 553 del C. J.

No procede conceder la rebaja de pena acordada por la Ley 40 de 1968, por cuanto —como lo expresa la sentencia recurrida— "no se cumple la condición exigida por el artículo 3º del Decreto 2953 del mismo año, reglamentario de esa ley, ya que no se han llenado los requisitos exigidos en tal estatuto, entre los cuales ocupa lugar preferente el cerfificado de buena conducta expedido por el Consejo de Disciplina o en su defecto, por el Director del Establecimiento carcelario".

Decisión

Fundada en las razones que preceden, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, INVALIDA la sentencia de fecha trece (13) de diciembre de mil novecientos sesenta y nueve (1969), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja y, en su lugar,

Resuelve

1º Condenar a Luis Alcides Vega Holguín, cuyas condiciones civiles y personales cons-

tan en autos, a la pena principal de doce (12) años de presidio, que debe cumplir en el establecimiento carcelario que señale el Gobierno Nacional, como autor responsable del delito de homicidio (asesinato), cometido en la persona de su suegro, Edilberto Macías Barreto, hecho ocurrido en las últimas horas de la tarde del seis (6) de diciembre de mil novecientos sesenta y tres (1963), en el sitio denominado "El Crucero", Vereda de "La Mesa", comprensión del Municipio de Macanal, Departamento de Boyacá. De la pena señalada se le deducirá al procesado el tiempo cumplido en detención preventiva.

2º Condenar a Luis Alcides Vega Holguín a las siguientes penas accesorias: a) Interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas por un período de diez (10) años; b) Pérdida de la patria potestad (Art. 12 de la Ley 16 de 1969).

3º Condenar en abstracto a Luis Alcides Vega Holguín a pagar el valor de los perjuicios civiles causados con la infracción, que serán estimados mediante los trámites previstos por el artículo 553 del Código Judicial.

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

José María Velasco Guerrero, Mario Alario Di Filippo, Humbero Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta.

J. Evencio Posada V. Secretario.

FALSEDAD EN DOCUMENTOS PUBLICOS

Los delitos sociales son de carácter formal, no siendo necesaria para su consumación, que se logre el fin especial buscado, pero este fin no debe estar ausente de la intención de dañar o del ánimo de obtener provecho ilícito. Cuando se produce la falsedad en documentos a sabiendas de que es inocua, no se puede hablar que el funcionario la ejecutó "abusando de sus funciones".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, 19 de febrero de 1971.

(Magistrado Ponente Dr. José María Velasco Guerrero).

(Aprobado: Acta Número 5 de 1971).

Vistos

El Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo consulta su providencia de 30 de octubre de 1970 mediante la cual sobreseyó definitivamente en favor de Guillermo Díaz Estrada, ex-juez primero promiscuo municipal de Yopal, acusado por un presunto ilícito de falsedad en documentos públicos.

Hechos y actuación procesal

Alicia Prieto —la denunciante— cuenta que cuando regresó al juzgado, después de sus vacaciones, el señor Esteban Medina le ordenó que redactara las actas de posesión de él, como secretario y de la señorita Yolanda Farías, como auxiliar judicial. Afirma que se negó a cumplir las órdenes impartidas por Medina "porque en la carpeta de decretos" no encontró los nombramientos ni las destituciones correspondientes. Que el propio Medina debió redactar las actas de posesión, pues en la tarde del mismo día —21 de abril de 1966— las encontró inscritas en el libro respectivo. En ellas se decía que por decreto 007 de 18 de abril habían sido nombrados Medina y la Farías como nuevos secretario y auxiliar del juzgado. El hecho llamó la atención de la denunciante, ya que el juez se encontraba ausente en Bogotá. Amplió su denuncia el día 28 inmediatamente siguiente y pidió se investigara si el decreto en mención fue elaborado posteriormente.

Por comisión del procurador encargado de Sogamoso el juez 2º promiscuo municipal de Yopal practicó inspección ocular al juzgado primero de la misma categoría de dicha población, y comprobó lo siguiente:

a) El decreto 007, entregado en la visita por el juez, no estaba legajado en el libro de decretos.

b) Las actas de posesión de Esteban Medina y Yolanda Farías, de fecha 21 de abril, carecían de firmas. La primera aparecía suscrita solamente por Medina.

c) Pedro Antonio Sierra —oficinista judicial— dijo que firmó el decreto 007, como secretario ad hoc el día 25 de abril.

El 25 de mayo de 1966 se realizó por el comisionado inspección ocular en las oficinas de recaudación de hacienda nacional de Yopal y se demostró que Esteban Medina había cobrado los días correspondientes a la última década del mes de abril, y que Yolanda Farías no figuró en nómina, por

ser menor de edad, y su caso se encontraba en consulta con la sección de contabilidad de Tunja. Se constató igualmente la existencia de las copias de las actas de posesión, compulsadas el 27 de abril por el oficinista judicial Pedro Antonio Sierra.

Perfeccionada la investigación administrativa el procurador judicial dio traslado de su actuación al Tribunal Superior de Sogamoso. Se dictó auto cabeza de proceso el 22 de julio de 1966. Se practicaron varias diligencias y se allegaron al informativo copias del Acuerdo Nº 20 de 28 de julio de 1965, por medio del cual Guillermo Díaz Estrada fue nombrado juez promiscuo municipal de Yopal. Estuvo en ejercicio de sus funciones hasta el 28 de mayo de 1966. Durante su permanencia en el juzgado obtuvo licencia —no remunerada— desde el 20 de enero hasta el 12 de abril de 1965. Una nueva inspección ocular al juzgado permitió comprobar que efectivamente el decreto 007 de fecha 18 de abril de 1966, mediante el cual fueron nombrados Esteban Medina y Yolanda Farías, aparecía firmado por el juez y por el secretario ad hoc, lo mismo que las actas de posesión, el día 21 de abril. El secretario Esteban Medina dijo que las actas de posesión fueron elaboradas por él personalmente y firmadas por el juez en su oportunidad. En cuanto al decreto de nombramientos afirmó que no estaba seguro de haberlo redactado, ya que para la fecha de su expedición él aún no se encontraba en ejercicio de su cargo.

El ex-juez Díaz Estrada manifestó que el decreto de nombramiento fue dictado el día 18 de abril, con la condición de que los designados tomaran posesión el día 21. Pero que tuvo que viajar a Bogotá a recibir la dotación de muebles asignada a su Despacho y que solo regresó a Yopal el día 23 de abril. En su indagatoria no recordó con precisión los hechos pero advirtió que oportunamente ordenó a Esteban Medina redactar el decreto de nombramientos y las actas de posesión. El informativo pasó al Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo el día 17 de julio de 1970 en obedecimiento al decreto 900 de 1969.

No obstante la comprobación de que la verdad formal había sido alterada en relación con las fechas en que el decreto de nombramientos y las actas de posesión fueron realmente suscritos por el juez acusado y por el secretario ad hoc, el juzgador de primer grado sobreseyó definitivamente en su favor porque "si bien se echa de ver que la verdad fue alterada, en lo que se refiere a la presencia del juez en la dilgencia de posesión, de la misma manera no se advierte el dolo o conciencia por parte del citado funcionario de ocasionar un perjuicio haciendo tal mutación. Nadie recibió daño alguno. Ni siquiera se dedujo perjuicio potencial. Los empleados efectivamente comenzaron a laborar el día que fueron extendidas las actas. El tiempo que figuró en ellas fue el que realmente sirvieron. No existió entonces, un cambio de la verdad real".

"La inexactitud relativa a la no presencia del funcionario apenas constituye una 'omisión formal' que no alcanza a estructurar el delito de falsedad, porque, se repite, la intención dolosa de faltar a la verdad, causando perjuicio, no tuvo existencia".

Rituada en forma legal la segunda instancia se corrió traslado al Agente del Ministerio Público.

Concepto del Procurador

Dice en lo pertinente: "Este Despacho no comparte el criterio del Juzgador de primera instancia por estimar que hay mérito suficiente para llamar a juicio al ex-Juez Díaz Estrada, por un delito contra la fe pública.

"El análisis de los hechos enseña lo siguiente:

"Primero. Los presupuestos para que haya delito de falsedad en documentos públicos están comprobados en el informativo así:

"a) Se trata de un funcionario público.

"b) Dicho funcionario público se encontraba en ejercicio de funciones y realizó actos jurídicos dentro de la esfera de su competencia: remoción de la señorita Alicia

Prieto Rivera y del señor Orlando Reina y nombramiento, en su reemplazo, del señor Esteban Medina y de la señorita Yolanda Farías (artículo 119 atribución 6ª, del C. P. C.) y posesión de estos últimos.

"c) Respecto de documentos públicos, ya que tanto el decreto de remoción y nombramiento como el acta de posesión son actos escritos otorgados por el funcionario acusado en ejercicio de sus funciones.

"Segundo. Cumplidos dichos presupuestos, los hechos descritos corresponden al tipo delictivo previsto en el artículo 231, ordinal 4º del C. P., porque el ex-Juez Díaz Estrada faltó a la verdad en la narración de los hechos ya que las actas de posesión de los nombrados se firmaron con posterioridad a la fecha en ellas indicada.

"Respecto del ordinal 4º se reúnen los dos requisitos fundamentales:

"a) Consignó en los aludidos escritos hechos de relevancia jurídica como son destituir, nombrar y dar posesión.

"b) Estaba rigurosamente obligado a la verdad formal y faltó a ella, porque las respectivas posesiones se hallaron fechadas el 21 de abril pero para el 25 solo aparecía la firma de Esteban Medina y en las copias de esas piezas enviadas a la Recaudación de Yopal el 27 del mismo mes, ya resultaban firmadas por todos los que debían intervenir en ese acto.

"Tercero. La alteración de la verdad causó perjuicio de evidente trascendencia jurídica pues los nombrados no tomaron posesión el 21 de abril sino con posterioridad a esta fecha y por tanto se menoscabó el patrimonio económico de los destituidos. Así, Esteban Medina quien reemplazó a la demandante cobró el sueldo correspondiente a la última década de abril (fl. 27).

"Cuarto. El dolo, elemento esencial de la falsedad, también aparece comprobado en el informativo pues el funcionario acusado, con pleno conocimiento, faltó a la verdad en cuanto a la fecha de posesión de los nombrados en perjuicio de la fe pública y de los intereses de los destituidos. Se estableció que el acta fechada el 21 de abril, la cual produjo efectos jurídicos y finales a partir de ese día, se firmó después de la inspección ocular practicada por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de la misma localidad el 25 de ese mes (fl. 8 y 9).

"Quinto. Conforme a lo dispuesto por el artículo 429 del C. de P. P. de una parte, se encuentra comprobado el cuerpo del delito de falsedad en documento público y de otra, aparece como autor de este ilícito el ex-Juez Díaz Estrada". (fs. 8 a 10 C. Nº 3º).

Pide en consecuencia revocar el auto consultado y que se llame al funcionario acusado para que responda en juicio por el delito de falsedad en documentos públicos.

Se considera

Los presupuestos de hecho que sirven de fundamento al Ministerio Público para solicitar la revocatoria del sobreseimento definitivo dictado por el Tribunal de Santa Rosa de Viterbo en favor del juez acusado, son inobjetables. Efectivamente Guillermo Díaz Estrada, en su condición de funcionario público, en ejercicio de sus atribuciones, realizó actos jurídicos dentro de la esfera de su competencia: nombramiento de unos funcionarios subalternos, remoción de otros, posesión de los designados. Las actas de posesión fueron firmadas por él con posterioridad a la fecha en ellas indicada. Destituyó, nombró y posesionó funcionarios —como lo afirma el Procurador Delegado en lo Penal— y todos estos actos son jurídicamente significativos. Estaba obligado a la verdad material en sus actuaciones, pero también a la verdad formal. Esta fue contrariada por el juez acusado, con pleno conocimiento.

Es dudoso, sin embargo, que al proceder así, lo hubiese hecho con la clara intención de perjudicar a los destituidos. Podía nombrar y destituir subalternos de su libre nombramiento y remoción.

De autos aparece demostrado que el juez interino que reemplazó a Díaz Estrada, durante su licencia, destituyó al secretario Es-

teban Medina, por razones desconocidas. Los cargos que el incriminado hizo en su indagatoria contra la denunciante no fueron desvirtuados. El traslado común a las partes (art. 3º del decreto 1358 de 1964) "venció en silencio" como lo dice el Tribunal sentenciador.

Doctrina y jurisprudencia reconocen la regla invariable según la cual los delitos sociales son delitos de carácter formal, para cuya consumación no es necesario que se logre el fin especial buscado por el culpable. Pero este fin no debe estar ausente de su intención de dañar o de su ánimo de obtener un provecho ilícito, sin los cuales no existe el dolo. Dice Carrara que la ley no castiga toda falsedad sino únicamente la que hace daño o tiene potencia para hacerlo. No basta que el agente conozca que su falsedad es contraria a la ley. Es preciso —dice— que obre a sabiendas de que su falsedad es dañosa, por lo menos potencialmente. Sin estas precisiones tendrá el agente conocimiento de que realiza un acto falso, pero no contrario a la ley. Y asegura que el dolo es la intención de verificar un acto que se sabe contrario a derecho.

La verdad sustancial afirmada por el juez en el decreto de nombramientos y en las actas cuyas fechas aparecen adulteradas, no está en contradicción palmar con la verdad formal certificada por el juez. Podría argüirse no obstante que es doctrina universalmente aceptada la de que el delito de falsedad pública se considera agotado y perfecto desde el instante mismo en que el instrumento público es alterado por el culpable, sin que importe que haya logrado o no los fines que se proponía con la adulteración. Basta pues al caso que el derecho general comprometido o atacado por el agente haya sufrido menoscabo para que el delito se consume. Y es indiferente que el funcionario haya hecho uso o no del instrumento en busca del fin último perseguido por su medio. Pero no es irrelevante para la ponderación de la ilicitud el que la intención de dañar el interés general, legalmente protegido, o de obtener el provecho ilegítimo, hayan estado presentes, así sean potencialmente, como estímulos o motivaciones de la adulteración.

Cuando la falsedad se produce en documentos a sabiendas de que se trata de una falsedad inocua, no se puede hablar de que el funcionario ejecutó el acto "abusando de sus funciones".

El abuso que agrava la responsabilidad en algunos delitos y simplemente la configura en otros, consiste en la infidelidad que burla la confianza perjudicando un derecho legalmente reconocido.

En el caso sub examine resulta evidente, como lo afirma el Tribunal a-quo, que la inexactitud relativa a la ausencia del funcionario, en la fecha misma en que certifica el acta de posesión de los subalternos nombrados por el decreto 007 de 18 de abril de 1966, constituye simplemente una "omisión formal" porque la intención dolosa de faltar a la verdad causando perjuicio, no tuvo existencia. El caso de autos es de común ocurrencia en el tráfico ordinario de los negocios públicos. No es otro ni distinto el del funcionario que en su condición de jefe de oficina o por estar obligado legalmente, certifica anticipadamente, con el solo objeto de facilitar operaciones contables o de tesorería, los días laborados por sus dependientes. La verdad formal se altera en este caso. No la verdad sustancial. El funcionario sabe que certifica un hecho menguado, todavía no perfecto a cabalidad. Pero no por ello predicable ni exigible a título de dolo. Tampoco se da en este supuesto la intención de traicionar la fe pública, depositada en el funcionario que autentica el documento, ni de obtener para sí, ni para nadie, provecho alguno.

Tanto el secretario como la oficinista judicial del Despacho a cargo del ex-juez promiscuo municipal de Yopal, Guillermo Díaz Estrada, trabajaron realmente los días, certificados en la nómina, correspondientes a la última década del mes de abril de 1966. Comenzaron a laborar en la fecha indicada en las actas de posesión, o sea el 21 de abril del mismo año. Fueron efectivamente nombrados para el desempeño de sus funciones por el decreto 007 del día 18 de dicho mes. El perjuicio recibido por los fun-

cionarios destituidos es hipotético. Eran de libre nombramiento y remoción por el juez acusado. Este no obtuvo ningún provecho. El interés general protegido legalmente —la fe pública— no fue menoscabada sustancialmente. El hecho atribuido a Guillermo Díaz Estrada configura irregularidad, o mentira inocua, no reprochables penalmente.

Decisión

Bastan las consideraciones anteriores para que la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRME en todas sus partes la providencia consultada, proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, en la causa seguida a Guillermo Díaz Estrada, ex-juez promiscuo municipal de Yopal.

Cópiese, notifíquese y devuélvase a la oficina de origen.

José María Velasco Guerrero, Mario Alario Di Filippo, Humbero Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta.

J. Evencio Posada V. Secretario.

INDICIOS Y CONTRAINDICIOS

En unos y otros deben aparecer comprobados los hechos o circunstancias en que se fundan y la conclusión ha de ser única. Los indicios contingentes constituyen prueba semiplena o incompleta y varios indicios contingentes en ciertas circunstancias constituyen plena prueba.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, primero de marzo de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Mario Alario Di Filippo).

(Aprobado: Acta Nº 5 de 19 de febrero de 1971).

Vistos

Corresponde a la Corte en esta oportunidad, agotados como han sido los trámites legales pertinentes, resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por el Dr. Carlos María Lozano, en su carácter de defensor del procesado, contra la sentencia de 27 de mayo de 1970, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga condenó, como responsable del delito de peculado, a Fernando Montoya Ossa a la pena de cuatro años de presidio, imponiéndole, además, las penas accesorias del caso.

Hechos y actuación procesal

Se resumen así en la sentencia de segunda instancia:

"Se inició la investigación en virtud de denuncia presentada por el Sr. Jesús Jaramillo Uribe, en su carácter de Administrador de Impuestos Nacionales de Tuluá, según los cuales el día 14 de mayo de 1964 a eso de las 11 de la noche había sido informado que las puertas de la Administración de Impuestos se encontraban abiertas; que al hacerse presente allí, en compañía de los informantes, el vigilante local le había manifestado que a eso de las nueve y media de esa noche, había encontrado abiertos los candados de la puerta principal. Que acto seguido y una vez localizado el cajero principal de la Administración Sr. Fernando Montoya Ossa, se constató que la totalidad de las puertas se encontraban abiertas, inclusive la de la Caja Fuerte, en donde habían sido depositados unos Doce mil Cuatrocientos pesos en dinero efectivo, los cuales habían sido sustraídos.

"La materialidad del ilícito se comprobó en el plenario, con los siguientes documentos: a) Acta de visita fiscal a fols. 57 a 63, en la cual consta que el faltante ascendió a la suma de $ 15.443.65 m/c; b) Inspección Ocular practicada en las oficinas de la Administración de Hacienda de Tuluá, por la Inspección Segunda Superior de Policía, fol. 13; c) Informe Nº 0575 de mayo 20/64, rendido por los Agentes del DAS fol. 27, ante el Jefe de la Subseccional de la ciudad dicha, en el cual se informa sobre la sustracción de los valores correspondientes; y d) Con la afirmación hecha por el cajero principal —encargado—, Sr. Fernando Montoya Ossa, en su diligencia indagatoria; en la cual afirma haber dejado depositado el dinero en la caja fuerte, y no haberlo encontrado allí, cuando se presentó en las respectivas oficinas.

"Con base en lo anotado en el dicho informe a fol. 28, en relación con las huellas vistas sobre la puerta de entrada a la oficina de la Secretaría de la Administración, se descarta la posibilidad de que el hecho

hubiese sido agotado con escalamiento, ya que, como bien reza él mismo, no se encontró rastro o seña en el guardaluz que indicara haber pasado por allí persona alguna. También aparece en este documento, a igual que en la Inspección Ocular, que ninguna de las puertas ni sus respectivas cerraduras, constitutivas de medios de seguridad, presentaban señales de haber sido forzadas; por lo que se concluye que la ilícita conducta investigada, fue ejecutada por quien o quienes poseían la noche de los hechos todas las llaves y medios necesarios para efectuar la sustracción del dinero sin violencia; o al menos con su concurso.

"Los perjuicios materiales ocasionados con la infracción, fueron tasados en legal forma en la cantidad de $ 15.443.65 m/cte., como aparece a fol. 283 del cuaderno principal.

"Desde un principio y en razón de que el Sr. Fernando Montoya Ossa desempeñaba a la sazón el cargo de Cajero Principal, y fue la última persona en salir de la oficina en donde se encontraba ubicada la Caja Fuerte, fue vinculado a la investigación, y después de ser oído en diligencia injurada, vista a fol. 80 ss., se decretó su detención preventiva, según consta en providencia de mayo 12 de 1966, proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Tuluá, que milita a fols. 198 y ss. del cuaderno principal.

"Agotada la investigación, el Juez competente al calificar el mérito del sumario, abrió causa criminal contra el sindicado referido, por considerar que éste aparecía gravemente implicado, como posible autor o coautor material del delito investigado, con fundamento en los varios indicios que calificó de graves en su contra. En la misma providencia el delito fue calificado de "PECULADO", que define y sanciona el Título III —Capítulo Primero— Libro Segundo del C. Penal, en armonía con el Decreto 1858 de 1951, en razón de la calidad de funcionario público por parte del sindicado, debidamente comprobado esto en el expediente con las correspondientes copias del acta de posesión, y ser el dinero objeto material del ilícito de propiedad del Estado.

"Terminado el juicio, el Sr. Juez del conocimiento absolvió al encausado referido, por no encontrar reunidas en su contra las exigencias del art. 203 del C. de P. P.; en concordancia con el art. 204 ibídem, por estimar desvirtuados los indicios que dieron fundamento al llamamiento a juicio".

Y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, en sentencia de 27 de mayo de 1970, revocando la decisión del Juez, condenó a Fernando Montoya Ossa a la pena principal de cuatro años de presidio y a las accesorias correspondientes.

Demanda de casación

La acusación a la sentencia recurrida, sustentada por el apoderado especial de Fernando Montoya Ossa, se formula al través de las causales de casación que el artículo 56 del decreto 528 de 1964 consagra en sus ordinales 1º y 4º, cuyo estudio se realizará en el orden adoptado por el actor, vale decir, empezando por la primera causal invocada, porque la última que es la del nombrado ordinal 4º, la invoca expresamente como subsidiaria.

Causal primera

Con apoyo en el ordinal 1º del art. 56 del citado decreto, se formulan al fallo acusado, por violación indirecta de la ley sustancial, los siguientes cargos:

Primero

"La sentencia proferida por el Honorable Tribunal Superior de Buga, por medio de la cual se le impuso al procesado recurrente, señor Fernando Montoya Ossa, la pena corporal de cuatro años de presidio e incorporales anexas, como responsable del delito de peculado, es violatoria de la ley sustancial por violación INDIRECTA de la misma, en razón de que la prueba tenida en cuenta por el H. Tribunal sentenciador no alcanza a reunir las exigencias del artículo 203 del C. de P. P., por haberle atribuído a un solo indicio no necesario el valor de plena prueba".

Para demostrar el cargo, el actor transcribe lo pertinente del análisis que de la

prueba indirecta o circunstancial hace el Tribunal, prueba constituída por cinco indicios, el primero de los cuales consiste "en la oportunidad para delinquir y configurado en la posibilidad material que tenía Fernando Montoya Ossa para agotar los actos en la forma en que éstos tuvieran ocurrencia, es decir sin violencia alguna. En efecto, éste tenía en su poder el ejemplar de la llave de la puerta en tenor de la caja fuerte, cuyo duplicado reposa según constancias del expediente, en un sobre sellado y lacrado en depósito en el Banco Popular de la misma localidad. Este hecho indiciario si bien es cierto que no alcanza a tener el carácter de indicio necesario, sí es cierto que configura un indicio muy grave en contra del encausado Montoya Ossa, ya que según el dictamen pericial, no es muy posible que el duplicado de dicha llave estuviera en poder de persona distinta de éste, pues de lo contrario sería superflua la medida precautelativa del depósito del duplicado en la entidad y forma ya dicha, es decir, que si de dicha llave fuera fácil obtener una réplica, carecería de razón y fundamento custodiar el duplicado en sobre sellado y lacrado en poder de una institución bancaria. No puede, por tanto, aceptarse la tesis expuesta por la defensa, consistente en que siendo posible que otras personas tuvieran en su poder la totalidad de las llaves y medios de acceso al dinero, se desvirtúan los indicios que inicialmente gravitaron sobre el encausado Montoya Ossa y que sirvieron de fundamento para su llamamiento a juicio".

El segundo indicio, también consistente en la oportunidad para delinquir, se halla configurado por el resto de posibilidades materiales que tenía el encausado por cumplir el hecho sin violencia, porque conocía la clave de la caja fuerte, tenía las llaves de las puertas, excepto la de la Secretaría, si bien esta la había pedido prestada antes y la puerta no tenía mayor seguridad, pues era posible abrirla con un pequeño esfuerzo. Este indicio, según el fallador ad-quem, es contingente, porque cajeros anteriores a Montoya Ossa conocían la clave y podían haber obtenido las llaves de los candados y puertas.

El tercer indicio, relacionado con la capacidad para delinquir, consiste en que el procesado fue despedido del Banco Popular "por haberse comprobado que disponía de dinero de la sección a su cargo" y tener en su contra un auto de detención preventiva.

El 4º indicio, relacionado con "el móvil para delinquir", consiste en que "el encausado era sabedor de que al día siguiente, de ocho a ocho y media de la mañana, sería cambiada la clave de la caja fuerte sometida a su manejo, de modo que de allí en adelante solo quedaría él como conocer de dicha clave", lo cual lo imposibilitaría para "hacer recaer sobre terceras personas responsabilidad alguna" o "para aprovechar la última posibilidad de agotar el propósito criminoso". Indicio éste también contingente, según el fallador ad-quem.

El quinto indicio, correspondiente a la clase de los materiales, "consiste en el hecho de haber pasado el encausado por las oficinas de la Administración de Hacienda Nacional, en el lapso de tiempo en que los hechos fueron consumados". Y solo el procesado y tres empleados más tenían conocimiento de la caja donde se guardaba el dinero desaparecido, y en la caja pequeña a cargo de la señorita Nidia Medina no se comprobó faltante alguno, según la diligencia de inspección ocular que se llevó a cabo.

Apunta el actor que además de los anteriores cinco indicios valorados por el Tribunal sentenciador, éste "analiza otras circunstancias deducidas del auto de llamamiento a juicio, como son las aparentes contradicciones en que incurrió el procesado entre la declaración jurada rendida ante el DAS, fol. 35, y la versión sobre los mismos hechos vertida en la indagatoria, visible a folios 224 del expediente"; la contradicción consistente "en que el procesado afirmó a folios 219, que cuando se presentó a las oficinas donde funciona la Administración de Hacienda Nacional, encontró los cheques en el suelo, y que cuando se practicó la inspección ocular con asistencia del mismo sindicado, afirmó que tales cheques estaban sobre el escritorio del señor Hernán Mena Lozano"; y la contradicción

"existente dentro del proceso... entre lo afirmado por el procesado y la testificación del testigo Ezequiel Roa en relación con el hecho de haber sido acompañado por Roa a su casa de habitación a su regreso del Salón hípico".

Luego se refiere el demandante a los "contra-indicios que militan a favor del procesado para desvirtuar los indicios primero y segundo valorados por el H. Tribunal sentenciador". Previa una cita del tratadista Pietro Ellero, anota que el indicio de la "oportunidad para delinquir" "queda debilitado con el hecho suficientemente probado dentro del expediente de que durante nueve años la clave de la caja fuerte de la Administración de Hacienda de Tuluá no había sido cambiada", y de que, "teniendo en cuenta que el mismo Tribunal acepta que diez personas 'eran conocedoras de la clave de la caja fuerte', existe la posibilidad de que tales personas hubieran mandado fabricar todas las llaves necesarias para lograr la entrada en forma subrepticia a la Administración de Hacienda Nacional y también han podido mandar fabricar la llave de la caja fuerte cuando esta llave estuvo en su poder cuando desempeñaron las funciones de cajeros de la Administración de Hacienda Nacional. También está probado que Montoya Ossa no fue el único empleado que estaba enterado de que al siguiente día se iría a cambiar la clave de la caja fuerte, pues también sabían de tal cambio, el propio técnico de Olivetti y el señor Hernán Mena Lozano".

A continuación transcribe el actor las declaraciones de María Castaño Rodríguez, de Eugenia López Perea, de Olinda López Ortiz, de Hernando Correa Paredes, de Hernán Arango Arias, de Nubia Cardozo Victoria, de Carlina Hernández Loaiza, de Norberto Patiño y de Holmes Ocampo Gutiérrez, y lo pertinente del acta de la visita practicada por la Contraloría General de la República (fols. 64 y siguientes), para inferir que "otras personas también podían entrar a la Administración de Hacienda Nacional de Tuluá por tener en su poder las llaves correspondientes para hacer su ingreso cuando quisieran hacerlo", y de este modo "se demuestra que Fernando Montoya Ossa estaba en la imposibilidad de ser el único autor del delito, por existir la posibilidad de que un tercero lo haya realizado, como ya se dijo, por tener todas las llaves correspondientes y conocer la clave de la caja".

"Los testimonios anteriormente relacionados —dice el demandante— constituyen plena prueba para demostrar que más de diez personas poseían la clave de la caja fuerte de la Administración de Hacienda de Tuluá y que dicha clave tampoco se haba cambiado durante nueve años, tal como quedó demostrado en el acta de inspección ocular levantada por la Contraloría General de la República, visible a folios 64 del cuaderno principal. Por manera que los testimonios transcritos en su parte pertinente y el acta de visita fiscal de la Contraloría General de la República, vienen a constituir un CONTRAINDICIO poderoso encaminado a desvirtuar la imputación penal derivada de los dos indicios, primero y segundo de la sentencia recurrida".

Respecto del segundo indicio, expresa el actor que "con diferentes palabras se refiere el fallador ad-quem a unos mismos hechos ya expuestos en el indicio primero, sólo que en este segundo indicio hace mención a las 'posibilidades materiales' que tenía el encausado Fernando Montoya Ossa, para agotar los actos en la forma en que éstos tuvieron ocurrencia", con lo cual se viola el artículo 222 del C. de P. P., conforme al cual "los indicios referentes a uno solo, por numerosos que sean, no constituyen más que un solo indicio".

En lo que concierne al cuarto indicio, anota que "no significa ningún indicio contingente sino viene a ser una mera sospecha, en razón de que la proximidad del cambio de la clave de la caja fuerte, especialmente porque tal cambio se iba a realizar el día siguiente, viene a ser una mera expectativa por tratarse de un hecho material que está próximo a producirse, y las expectativas no son más que probabilidades que están sujetas a inumerables contingencias del mundo físico".

En cuanto al quinto indicio, observa "que según el H. Tribunal, no fue solamente Fernando Montoya Ossa quien se dio cuenta dónde quedaba el dinero del producto del recaudo del día, sino que también se dieron cuenta de tal hecho Hernán Mena Lozano, Nubia Cardozo Victoria, Nidia Medina, es decir, que de conformidad con este razonamiento, la responsabilidad del ilícito también recae sobre las personas anteriormente citadas, por la potísima razón de estar perfectamente enteradas en cuál de las dos cajas reposaba el dinero hurtado o robado. Si únicamente hubiera sido Fernando Montoya Ossa la persona que estaba enterada del sitio donde quedó guardado el dinero, este hecho podría tener visos de verosimilitud, pero debido a que otras personas eran sabedoras del sitio donde quedó el dinero, el pretendido indicio desaparece". Y en lo que atañe al hecho de haber pasado Montoya Ossa por la calle en donde está situada la Administración de Hacienda Nacional de Tuluá, siendo aproximadamente las 9 p. m., dice que, como los tres indicos anteriores, carece de significación jurídica para probar un hecho indiciario, "porque llegando a ese extremo, resultaría que todas las personas que circulan por una calle en donde está situado un edificio en cuyo interior se comete un delito, serían responsables penalmente por el solo hecho de haber pasado por cerca al edificio, y todo el mundo temblaría ante la posibilidad de verse mezclado en la comisión de un delito por este solo hecho".

"Tratar de derivar responsabilidad penal —continúa el demandante— a un sujeto por el simple hecho de pasar por frente al edificio donde posteriormente se comprobó la comisión de un ilícito es algo muy grave que tiene proyecciones en la libertad ciudadana, o estimar como indicio el hecho de que como se iba a cambiar la clave de la caja fuerte al día siguiente, la persona que estaba informada de tal hecho tiene que ser la responsable del delito, sin valorar también en contra del supuesto hecho indiciario que tal cambio de clave no podía tener significación alguna para él, en el posible evento de que éste hubiera sido el responsable, por cuanto que él como cajero vendría a ser el poseedor de la nueva clave. Lo que pudo suceder fue que las otras personas que estaban enteradas del cambio de clave y que eran poseedoras del secreto anterior, con el cambio producido al siguiente día quedaban en imposibilidad de obrar, y aprovecharon la coyuntura que se les presentó y se alzaron con los caudales. Esta viene a ser una razón muy poderosa que viene a favorecer a Montoya Ossa, pues a él no le importaba este cambio de clave, ya que él, por razón de sus funciones, iba a ser el depositario del secreto de la nueva clave. Por manera que los únicos interesados en la obtención del aprovechamiento ilícito del dinero no podían ser otros que los antiguos cajeros que tenían la clave de la caja fuerte, por cuanto que ellos al día siguiente iban a quedar imposibilitados para abrirla. También es necesario tener en cuenta que los empleados de la Administración de Hacienda de Tuluá no eran propiamente un ejemplo de virtudes, como que algunas empleadas fueron detenidas por los delitos de falsedad en documentos, entre los cuales se cuenta la señorita Gloria Rojas Díaz, quien llegó hasta el extremo de afirmar ante el señor Juez Primero Superior de Buga que el doctor Héctor Helí Orozco C. le había solicitado la suma de diez mil pesos, por arreglarle su situación jurídica".

Los cuatro indicios tenidos en cuenta por el Tribunal no constituyen en conjunto ni siquiera uno solo, "por cuanto que el Tribunal involucró en cada uno de los supuestos indicios unos mismos hechos dándoles denominación y alcance diferente". Según el artículo 203 del C. de P. P., para condenar se requiere que en el proceso obren, legalmente producidas, la prueba plena completa de la infracción y la de que el procesado es responsable de ella. La base de la sentencia son los cargos puntualizados en el auto de proceder, "el que de conformidad con el artículo 429 del C. de P. P. requiere para su basamento legal el concurso de varios indicios que tengan la categoría de graves, o la declaración de un testigo que ofrezca serios motivos de credibilidad. Y estos presupuestos procesales no fueron recaudados al proceso y a pesar de ello se produjo el fallo que hoy es motivo de im-

pugnación ante la H. Corte Suprema de Justicia".

Previa cita del tratadista Eduardo Bonnier, anota que el Tribunal "le dio valor de plena prueba a un solo indicio no necesario, lo que implica que por error de derecho el fallador ad-quem aplicó indebidamente la ley sustancial, esto es, el decreto 1858 de 1951, que prevé el delito de peculado", sin tener en cuenta lo previsto por los artículos 217, 222 y 223 del C. de P. P. que regulan la prueba indiciaria.

Segundo.

Consiste en que el Tribunal "incurrió en errónea apreciación de la prueba de cargo contra el acusado al tomar en cuenta una prueba que ya había sido desvirtuada en el curso del proceso".

Manifiesta el demandante que el Tribunal, al tratar del tercer indicio relacionado con "la capacidad para delinquir", anotó, con base en un documento aportado a los autos, que existía en contra del procesado un auto de detención preventiva, según información del Gerente del Banco Popular, en proceso en el que fue denunciante un funcionario de esta entidad; mas el Tribunal incurrió en error de hecho en la apreciación de la prueba, porque no tuvo en cuenta que dentro del proceso se halla también una comunicación proveniente de la misma entidad bancaria que rectifica el anterior informe en el sentido de que no existe en sus archivos constancia de tal providencia, existiendo solamente la de que se formuló denuncia en contra de Montoya Ossa por el Gerente de la Oficina "ante la Inspección 2ª Municipal de esta ciudad, responsabilizando a dicho señor como encargado de la Sección de Cartera, en razón de haber recibido sumas de dinero de clientes deudores del Banco, y de las cuales se venía apropiando, ocurrencia que sucedió durante un lapso más o menos largo, hecho que quedó plenamente establecido por la Sucursal, hasta el punto de que fue necesario poner en conocimiento de las autoridades lo acontecido, para efecto de las averiguaciones del caso...", cuyos resultados desconoce el informante.

De este modo el Tribunal "incurrió en error de hecho en la apreciación de la prueba y ese error de hecho condujo al sentenciador a aplicar indebidamente la ley sustancial, en razón de que en el tercer indicio plasmado en la sentencia se da por establecido el hecho de que contra Fernando Montoya Ossa, le reposa en el fólder que se lleva en el Banco Popular de Tuluá un auto de detención, prueba que como ya vimos fue desvirtuada por el mismo Banco Popular..." Y si el Tribunal "refuerza la prueba de acriminación con la constancia de que en la Alcaldía Mayor de Tuluá, radicado bajo el número 180 y con fecha 9 de septiembre de 1959, se encuentra un sumario contra Fernando Montoya Ossa por el delito de 'abuso de confianza y falsificación de firmas', entonces "es necesario tener en cuenta que esta constancia no puede servir de fundamento a una condena, en razón de que no se ha producido sentencia condenatoria por este delito contra Fernando Montoya Ossa, pues no existe dentro del proceso ninguna copia expedida con las formalidades legales para que sirvan de refuerzo a la prueba de responsabilidad, o presunción legal. La constancia expedida por la Alcaldía Mayor de Tuluá no significa más que contra Fernando Montoya Ossa cursó un sumario pero cuyas consecuencias jurídicas se ignoran". Incurrió, pues, el fallador ad-quem, además, en error de derecho, "al apreciar en forma errónea la constancia expedida por el Alcalde Mayor de Tuluá en la que sostiene que en su despacho cursa un sumario por el delito de 'abuso de confianza y falsificación de firmas', pues de conformidad con la doctrina de la H. Corte anteriormente anotada, este hecho no es prueba de mala conducta del procesado".

Tercero

Consiste este cargo en que el Tribunal "incurrió en error de hecho, en la apreciación de la prueba exculpativa vertida por los señores peritos Arturo Vacca y Hernando Yepes Rojas".

Para fundamentar el cargo el recurrente transcribe apartes del referido dictamen conforme al cual como las puertas de la ofi-

cina quedaron debidamente cerradas, "... el autor de tal hecho debió utilizar llaves falsas, por tanto hubo violencia en la consumación de los hechos que originaron la presente investigación..."; la caja fuerte se hallaba en un local pequeño, en donde, además del cajero había otros empleados, de suerte que estos pudieron darse cuenta de los movimientos al abrir tal caja y "...el cajero principal debía abrir su caja sin temor a que sus compañeros de oficina lo estuvieran observando..."; cuando el cajero Montoya Ossa salió de la oficina con Mena Lozano, no podía portar en sus bolsillos, sin que se advirtiera por su volumen, la cantidad sustraída (punto I); y actualmente se puede obtener duplicados de llaves mediante las máquinas apropiadas que poseen los establecimientos de ferretería (punto j). "La prueba anterior legalmente llegada al proceso fue completamente desconocida por el H. Tribunal en la sentencia recurrida, lo que implica que por error de hecho en la apreciación de esta prueba, el H. Tribunal aplicó indebidamente la ley sustancial incurriendo por este aspecto en violación indirecta de la misma". Si tal prueba hubiera sido valorada por el fallador ad-quem "en su justa eficacia probatoria, habría traído como consecuencia de ello la eximencia de responsabilidad penal del procesado o cuando menos se hubiera planteado la duda que por mandato del art. 204 del C. de P. P. debe resolverse a favor del procesado cuando no haya manera de eliminarla".

Asimismo el Tribunal fundamentó el fallo acusado en "las aparentes contradicciones en que incurrió el procesado, la primera de ellas cuando rindió declaración jurada ante los funcionarios del DAS la que está en evidente contradicción con lo expuesto en la pieza procesal de su indagatoria visible a folio 224 del cuaderno original. Y la segunda de ellas, cuando a folio 219, afirma que cuando se presentó a las oficinas de la Administración de Hacienda Nacional y más concretamente en el sitio donde funciona la caja fuerte, encontró los cheques en el suelo, versión que en sentir del Tribunal se encuentra en desacuerdo con lo expuesto en la inspección ocular en donde dice que los cheques estaban sobre el escritorio del señor Hernán Mena Lozano". En cuanto a la primera contradicción, anota el recurrente que las versiones ante funcionarios del DAS "carecen por completo de valor en estricto derecho" y en lo que respecta a la segunda, dice que no tiene mayor significación.

Analiza a continuación los contraindicios no tenidos en cuenta por el Tribunal y que a su juicio son los siguientes:

"A. La presunción de inocencia que ampara a todo procesado.

"B. La declaración de la señorita Gloria Rojas Díaz, visible a folios 148, vuelto, del cuaderno original, de la cual surge la posibilidad de que el delito lo haya cometido el auditor fiscal, señor Mena Lozano, porque es costumbre suya llevar una vida de juego, y por existir el indicio vehemente de que con posterioridad a la pérdida del dinero de la Administración de Hacienda Nacional, había cancelado la hipoteca de la casa de su propiedad.

"¿De dónde sacó el dinero necesario el señor Mena Lozano para cancelar la hipoteca de la casa de su propiedad? El estaba en imposibilidad física de cancelar tal hipoteca, pues como lo afirma la señorita Gloria Rojas Díaz, "...llevaba una vida de juego y de embriaguez y se jactaba de que era el que mandaba en la Administración y que contra él nada se podía hacer porque él lo arreglaba todo ... él era un jugador empedernido ... tenía deudas de juego y las cancelaba vendiendo las nóminas de pago ... El señor Mena tenía una hipoteca en una casa de su propiedad la cual figuraba con escritura a nombre de su señora Violet de Lozano la cual había sido deshipotecada más o menos durante el mes de junio de 1964. Y es necesario tener en cuenta que la sustracción del dinero de la Administración de Hacienda Nacional de Tuluá tuvo ocurrencia en el mes de mayo de 1964.

"En consecuencia, el H. Tribunal sentenciador incurrió en error de hecho por omisión en valorar las dos pruebas antes cita-

das, factor que condujo al fallador ad-quem a darle indebida aplicación de la ley sustancial".

Resume el demandante su alegación en los siguientes términos:

"El conjunto de indicios estimados por el H. Tribunal sentenciador no constituye ni siquiera un indicio necesario, razón por la cual la sentencia impugnada no se ajusta a derecho, en razón de que para fundar una sentencia se requieren varios indicios graves, precisos, concordantes, y en el caso del señor Montoya Ossa, no existe ni siquiera uno solo de los indicios denominados graves. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 429 del C. de P. P., para el auto de vocación a juicio se requiere la demostración de varios indicios GRAVES y con mayor razón para dictar sentencia condenatoria.

"Incurrió en error evidenciable el H. Tribunal sentenciador al tomar como indicio de responsabilidad penal del procesado un conjunto de hechos que no configuran de manera alguna ningún indicio necesario, motivo por el cual el H. Tribunal quebrantó los artículos 217 y 222 del C. de P. P., al tomar en diversas formas diversos hechos que en conjunto no son más que un solo indicio no necesario, ni elevado a la categoría de presunción legal, quebrantando en esa forma el artículo 203 del C. de P. P.".

Causal cuarta

Con base en la causal prevista en el ordinal 4º del artículo 56 del decreto 528 de 1964, se le formulan a la sentencia los siguientes cargos:

Primero

Consiste en que la sentencia recurrida se dictó en un juicio viciado de nulidad "por error evidenciable en la denominación jurídica de la infracción, pues de conformidad con las pruebas existentes dentro del proceso, el delito investigado y fallado no sería peculado sino robo".

Conforme al dictamen de peritos (fls. 269, cuad. 1º), como el autor del hecho debió de utilizar llaves falsas, hubo violencia; en el delito de peculado, se debe establecer la intención criminosa, ya que de otra manera sería necesario establecer si los caudales a cargo del empleado se perdieron por culpa del mismo. El fallador ad-quem aplicó "una presunción no establecida por la ley", consistente en que a un empleado de manejo de caudales públicos, por el solo hecho de su pérdida y sin otras pruebas, se le deduce responsabilidad; así ocurrió con el procesado en este caso, a quien no se le comprobó la apropiación, ni el uso indebido de los dineros, pero sí está probado "que los autores del ilícito hicieron uso de llaves falsas, o de llaves legítimas pero cuyo uso tuvo ocurrencia en forma indebida. En ambos eventos se configura el delito de robo" y como tienen "más fuerza demostrativa los elementos tipificadores del delito de robo que el de peculado, se incurrió en error de la denominación jurídica de la infracción" (ord. 5º del artículo 37 del decreto 1358 de 1964).

Segundo

Consiste este cargo en que como en el auto de proceder se "omitió analizar en forma detenida la prueba de acriminación que militaba contra el procesado, para establecer que si éste había cometido un delito de peculado doloso o culposo", se incurrió en violación del numeral 2º del artículo 431 del C. de P. P. y en la correspondiente nulidad supralegal. "... Se quebrantó el sistema procesal imperante en nuestra vida institucional que manda al juzgador efectuar un análisis de las pruebas existentes dentro del proceso a fin de determinar la responsabilidad del procesado especificando en forma detallada las pruebas base de la imputación que se le hace. Esta omisión genera nulidad constitucional por inobservancia de la 'plenitud de formas propias de cada juicio', especialmente prevista en el artículo 26 de la Constitución Nacional'," respecto de lo cual cita el recurrente la sentencia de la H. Corte de 23 de enero de 1970 (ponente Dr. Luis Eduardo Mesa Velásquez).

"En vista de la defectuosa presentación del cargo en el auto de proceder, al defensor se le imposibilitó saber de qué clase de peculado tenía que defender a su cliente, esto es, si de un peculado doloso o culposo. Y esa notoria deficiencia en la presentación del cargo en el auto de proceder condujo al entrabamiento del normal ejercicio de la defensa".

Otro cargo que formula el demandante consiste "en que siendo ley anterior al hecho que se le imputó al procesado la Ley 40 de 1968 que consagra especial rebaja de pena, era de obligatorio cumplimiento para el H. Tribunal conceder dicha rebaja en la sentencia recurrida, pero como tal rebaja se omitió siendo deber imperioso del Tribunal tenerla en cuenta en el fallo ameritado, razón por la cual se quebrantó este derecho especial".

Trátase, según el recurrente, de una violación directa de la ley sustancial, mas no la invoca dentro de la causal primera por haber expresado la H. Corte que se incurre en contradicción al proponer violación directa e indirecta, por lo que la propone como nulidad constitucional, por tratarse de un derecho del procesado que era de obligatorio reconocimiento.

Concepto del Procurador

El Procurador Primero Delegado en lo Penal estudia detenidamente los cargos hechos al fallo condenatorio y concluye rechazándolos, para pedir a la Corte que deseche el recurso y ordene la devolución del expediente al Tribunal de origen.

Al revisar la alegación del demandante, se hará referencia a algunos de los aportes de la Procuraduría en la solución del recurso.

Consideraciones de la Corte

Primera causal

Primer cargo

Al amparo de la causal de casación contemplada en el ordinal 1º del artículo 56 del decreto 528 de 1964, el recurrente impugna la sentencia de segundo grado formulándole diversos cargos, el primero de los cuales consiste en que se violó indirectamente la ley sustancial, "en razón de que la prueba tenida en cuenta por el H. Tribunal sentenciador no alcanza a reunir las exigencias del artículo 203 del C. de P. P., por haberle atribuído a un solo indicio no necesario el valor de plena prueba.

El juzgador ad-quem fundamenta su fallo condenatorio en cinco indicios que se expusieron en su oportunidad. De ellos el primero consiste en la "oportunidad para delinquir y configurado en el caso sub-judice en la posibilidad material que tenía Fernando Montoya Ossa para agotar los actos en forma en que éstos tuvieran ocurrencia, es decir, sin violencia alguna. En efecto, éste tenía en su poder el ejemplar de la llave de la puerta en tenor de la caja fuerte, cuyo duplicado reposa según constancias del expediente, en un sobre sellado y lacrado en depósito en el Banco Popular de la misma localidad". El segundo de tales indicios "corresponde a la misma clase y grupo anterior, es decir, que se relaciona con la 'oportunidad para delinquir' y configurado en el caso sub-judice en el resto de posibilidades materiales que tenía el encausado Fernando Montoya Ossa para agotar los actos en la forma en que éstos tuvieron ocurrencia, es decir, sin violencia alguna. En efecto, éste sabía de memoria la clave de la caja fuerte y tenía a su favor la total facilidad de llegar a ella, pues como se anotó antes poseía las llaves de las puertas de entrada principal y del resto de oficinas".

Alega el demandante que el indicio número dos, a juicio del Tribunal, se relaciona con la "oportunidad para delinquir", esto es, "con diferentes palabras se refiere el fallador ad-quem a unos mismos hechos ya expuestos en el indicio primero, solo que en este segundo indicio hace mención a las 'posibilidades materiales' que tenía el encausado Fernando Montoya Ossa, para agotar los actos en la forma en que éstos tuvieron ocurrencia". Por manera que se viola así lo dispuesto en el artículo 222 del C. de P. P., según el cual "los indicios referen-

tes a uno solo, por numerosos que sean, no constituyen más que un solo indicio".

A la verdad, la pluralidad de las circunstancias a que alude el artículo transcrito, se refiere más exactamente a la exigencia relacionada con la conclusión del indicio, que ha de ser única. Si se toman varias circunstancias como hechos indicadores, se podrían construir varios silogismos y sacar varias conclusiones. Los hechos indicadores serían diversos, mas las conclusiones pueden ser distintas o existir una sola, según que se fundamenten en circunstancias diversas o no. Si es la misma, se tratará de un solo indicio, aunque sean múltiples los hechos indicadores. Mittermaier lo aclara así: "Solo se consideran como tales, entre el número de los indicios, aquellos que se apoyan en circunstancias distintas e independientes; de manera que un mismo hecho no puede tenerse en cuenta más que para una sola vez, y aunque presente diversos aspectos o pueda tener una aplicación o significación múltiples, no constituye nunca más que un solo indicio. A ha sido muerto de un pistoletazo, pero antes del homicidio B tenía una pistola, y en el momento del mismo la tenía en su poder. He aquí una circunstancia considerada bajo varios aspectos diferentes; pero no por eso deja de ser una, y no da origen sino a un solo indicio" (Prueba en materia criminal, Madrid, Edit. Reus, 1929, pág. 315.

En verdad, todos los hechos relativos a lo que el Tribunal sentenciador denomina "oportunidad para delinquir" no son constitutivos sino de un indicio, porque realmente se refieren a uno solo. En efecto, el conocer el procesado la clave de la caja fuerte y el tener en su poder la llave de la misma y las de todas las puertas que daban acceso a las diversas oficinas, son constitutivas de las 'posibilidades materiales' para agotar los actos delictuosos en la forma en que ocurrieron.

De suerte que los dos primeros indicios deben reducirse a uno solo, tal como lo pretende el recurrente.

Mas éste alega que tal indicio se encuentra gravemente debilitado o enervado, porque la clave de la caja fuerte no había sido cambiada hacía nueve años y los cajeros anteriores al procesado eran conocedores de la misma, existiendo, además, la posibilidad de que estos mismos hubieran mandado fabricar todas las llaves necesarias, incluso la de la caja, para entrar subrepticiamente, cuando desempeñaban sus funciones.

Ciertamente se encuentra acreditado, como se colige de los testimonios citados por el recurrente, que diversas personas, además de Montoya Ossa, eran conocedoras de la clave de la caja fuerte; mas ha de observarse que esto no era suficiente para lograr sin violencia la consumación del delito, porque era preciso violar otras seguridades mediante el uso de las correspondientes llaves, en epecial la de la caja fuerte, y no se ha comprobado en modo alguno que otras personas las hubieran obtenido.

A este propósito conviene recordar que el contraindicio es un indicio y, por lo mismo, una circunstancia o un hecho, solo que ya no indicador sino contraindicador. Esta es la razón por la que debe hacérsele iguales exigencias en el orden lógico demostrativo a las que se le formulan al indicio. En otras palabras, así como se exige la prueba en que se apoya el hecho indicador —por mandato del artículo 223 del C. de P. P.—, del mismo modo debe exigirse la prueba del hecho contraindicador. Trátase —dice Gustavo Humberto Rodríguez R.— de un mandato legal que estriba en una exigencia lógica: el indicio —y por lo tanto el contraindicio— es un silogismo cuya conclusión resulta válida si son válidas sus premisas (Pruebas penales colombianas, Tomo II, Editorial Temis, Bogotá, pág. 30).

Por otra parte, como apunta el Procurador, el Tribunal tuvo en cuenta el hecho anotado por el demandante, y que consiste en que la clave no había sido cambiada recientemente, pues era la misma desde varios años atrás y, por ende, era conocida de los diversos cajeros de la Administración de Impuestos de Tuluá, en atención a lo cual dio a este indicio un valor de contingente, vale decir, que no pasó por alto esta circunstancia, la que, por lo demás, debe

analizarse en relación con las otras circunstancias constitutivas del indicio, para lo cual tiene atinencia considerar que no bastaba poseer simplemente la clave, sino que era indispensable obtener las llaves que tenía el cajero, una de las cuales, la de la caja, se guardaba con especiales seguridades; y al respecto debe insistirse en el argumento del Tribunal, de que se confronta en este caso un hecho comprobado —el estar la llave de la caja y las otras en poder del cajero— con una simple posibilidad, cual es la de que cajeros anteriores hubieran obtenido dichas llaves.

La circunstancia de haberse operado la sustracción solamente de la caja donde se guardaba el dinero recaudado durante el día y que permite colegir que los autores del delito sabían donde se guardaba, conserva su fuerza, porque si bien es cierto —como lo anota el demandante— que otras personas como el auditor Mena Lozano y dos empleadas de la administración eran sabedoras del lugar en que el dinero quedó, estas personas no tenían las llaves, ni se ha demostrado que sabían la clave, como sí ocurre respecto del procesado.

Aduce también el demandante que pudo ocurrir que otras personas enteradas del cambio de clave que se proyectaba, aprovecharan esta oportunidad para sustraerse el dinero, pues con posterioridad a tal hecho no podrían actuar, siendo los únicos interesados en ello los cajeros anteriores, porque Montoya conocería, por su cargo, la nueva clave. A esto se responde diciendo que en el caso del cajero Montoya el cambio de clave dificultaría su actuación, en razón de que lo haría directa y exclusivamente responsable, una vez que aquella no sería conocida sino por él; y en lo que concierne a los otros cajeros, no se ha demostrado que tuvieran las llaves y si en peritación obrante en autos se dijo que éstas podían también fabricarse, no resulta establecida esa circunstancia, de lo que se infiere que se trataría de una posibilidad frente a un hecho plenamente acreditado.

En lo que respecta al indicio denominado por el Tribunal "móvil para delinquir", que es el número cuatro, alega el recurrente que no era Montoya Ossa la única persona conocedora de que al día siguiente se cambiaría la clave. Sin embargo, este indicio no desaparece ni se enerva, porque si es verdad que también sabían el técnico respectivo y el auditor Mena del proyectado cambio de clave, contra éstos —como apunta el Procurador— no se ha formulado cargo, ni en ningún momento se ha aseverado que fueran autores de la sustracción, pues no ha obrado contra ellos el indicio de la oportunidad para delinquir, no estableciéndose, ni deduciéndose en forma alguna, que tuvieran las llaves ni conocieran la clave, como sí acontece respecto del cajero. Por modo que este mero conocimiento del proyectado cambio de la clave, solicitado por otra parte por el propio cajero, no se invalida, sino que eliminada la duda en la forma expresada, conserva el valor asignado por el fallador.

Para restarle fuerza probatoria a este indicio, alega asimismo el recurrente que el conocimiento de que se cambiaría al día siguiente la clave de la caja no es propiamente un hecho indicador, sino una mera expectativa o probabilidad. Mas ello no es óbice para la subsistencia del indicio, porque no hacía desaparecer el hecho de que cambiada dicha clave se dificultaba la sustracción, una vez que aquella solo sería del conocimiento del cajero y evitaría la sindicación de otras personas.

En lo que concierne al indicio de haber transitado el procesado en las horas de los hechos por la calle donde se encuentra la oficina, debe tenerse en cuenta que él se analiza en relación con los otros indicios anotados y particularmente con el de la capacidad para delinquir, sin que en esta forma resulte tan arbitrario e inadmisible como lo pretende el recurrente. "En la valoración de la prueba indiciaria, el juzgador no debe considerar aisladamente cada hecho, con independencia absoluta los unos de los otros, pues su resultado, para los fines del proceso, no se obtiene sino por la coordinación de los indicios entre sí, y por la relación de dependencia que ofrecen los unos con los otros para llegar a la comprobación del hecho que se trata de demos-

trar". (Sent., 16 de junio de 1950, LXVII, 520).

Sabido es que un indicio necesario produce certeza, porque la relación de causalidad es necesaria. Por tanto, es plena prueba (art. 217 del C. de P. P.). Mas un indicio contingente no produce sino duda o probabilidad, porque la relación de causalidad es contingente. De donde se sigue que es apenás prueba semiplena o imperfecta. Sin embargo, un conjunto de indicios contingentes —dos o más—, a despecho de ser contingentes, en ciertas condiciones constituyen plena prueba, porque se llega así también a la certidumbre. Cuando se está en presencia de este último caso, se dice que hay prueba por concurso de indicios.

En la legislación penal colombiana está consagrada expresamente la admisibilidad de la prueba por concurso de indicios y con la calidad de plena.

Así el C. de P. P., en sus arts. 206 y 217, dispone:

"Art. 206. Dos o más pruebas incompletas son plena prueba si los hechos que las constituyen están probados plenamente y su coexistencia no es posible sin la del hecho que trata de probarse.

"Art. 217. Un solo indicio no hará jamás plena prueba, a no ser, que sea necesario o presunción legal no desvirtuada".

En el caso sub-judice, el fallador de segunda instancia le dio a un concurso indiciario el valor de prueba plena.

Preciso es recordar que la única calificación legal del indicio está contenida en el artículo 217 del C. de P. P. que dice:

"Un solo indicio no hará jamás plena prueba, a no ser que sea necesario o presunción legal no desvirtuada.

De esta norma se infieren las siguientes consecuencias:

a) El valor que la ley nacional le atribuye al indicio necesario es el de plena prueba.

b) Según la ley colombiana, en sentido contrario, un solo indicio contingente, no erigido en presunción legal, recibe la calificación de prueba imperfecta o semiplena. Ello se deduce lógicamente de la aseveración de que "un solo indicio no hace jamás plena prueba, a no ser que sea necesario o presunción legal no desvirtuada", pues que si no es necesario es contingente, y si la calificación no es de prueba plena lo será de prueba semiplena.

c) La prueba plena puede estar constituída por un conjunto unánime de indicios, por cuanto el art. 206 dispone:

"Dos o más pruebas incompletas son prueba plena si los hechos que las constituyen están probados plenamente y su coexistencia no es posible sin la del hecho que trata de probarse.

Según el artículo 218 del C. de P. P., "el indicio es necesario cuando es tal la correspondencia y relación entre los hechos, que existiendo el uno no puede menos que haber existido el otro".

Por modo que para que se presente el concurso indiciario con valor de plena prueba se requiere que los hechos indicadores estén plenamente probados y que haya coexistencia necesaria de ellos. En otros términos, tales hechos deben ser varios, deben estar probados plenamente, ser distintos, o diversos, o independientes y concordantes. Es lo que dijo la Corte en sentencia de 2 de diciembre de 1944: "Los indicios no necesarios pueden constituir plena prueba de la responsabilidad cuando, analizados en su conjunto, pluralidad, precisión, gravedad y conexión, inequívocamente señalan al procesado como autor de la infracción".

Del análisis que se ha hecho se deduce que el demandante no ha demostrado que los indicios en que fundamentó el Tribunal su fallo condenatorio no constituyen sino un indicio sin gravedad, puesto que, descontados el primero y el segundo que constituyen uno solo, ellos son plurales, distintos, concretos y convergentes. Téngase presente que "la estimación de la Corte en ca-

sos de la estimación de la prueba se limita a aquellos en que es protuberante el error, porque no se ajusta en nada esa estimación a lo que el proceso narra, pues de otro modo a un criterio se podría oponer sin mayor fundamento otro distinto y así se acabaría con la libertad de apreciación de la prueba de parte de los tribunales" (Sent., 21 de mayo de 1956, LXXXII, 650, entre otros), que ha sido sustentada en constante jurisprudencia de esta Corporación (Sentencias de 15 de marzo de 1893 y de 16 de marzo de 1947, entre otras, especialmente en lo relativo a la apreciación de los indicios).

De suerte que no ha habido violación de los artículos 217, 222 y 223 del C. de P. P. Por consiguiente este cargo debe rechazarse.

Segundo cargo

Consiste en que "El H. Tribunal incurrió en errónea apreciación de la prueba de cargo contra el acusado al tomar en cuenta una prueba que ya había sido desvirtuada en el curso del proceso". Hay en ello, según el recurrente, un error de hecho. Y como "el Tribunal refuerza la prueba de acriminación con la constancia de que en la Alcaldía Mayor de Tuluá radicado bajo el número 180 y con fecha 9 de septiembre de 1959, se encuentra un sumario contra Fernando Montoya Ossa por el delito de abuso de confianza y falsificación de firmas", síguese de ahí que esta constancia no puede servir de base a una condena, porque solo demuestra la existencia de un sumario cuyas consecuencias jurídicas se desconocen y de conformidad con la doctrina de la H. Corte no es prueba de la mala conducta del procesado. Hay en ello, según el recurrente, error de derecho.

A la verdad, el Tribunal incurrió en error al no tener en cuenta la segunda comunicación del Banco Popular según la cual no existía auto de detención contra el procesado, como primeramente lo había informado en relación con la denuncia presentada por la entidad bancaria citada.

Mas si no existía tal proveído, no hay lugar a duda que el procesado Montoya Ossa fue despedido del Banco por "...haber recibido sumas de dinero de clientes deudores del Banco, y de las cuales se venía apropiando...", hecho ocurrido en un lapso más o menos dilatado y que originó la presentación de la denuncia.

Esta denuncia se produjo efectivamente, y en ello están de acuerdo el Tribunal y el demandante; y aunque no se hubiera producido el auto de detención —según anota con acierto el Procurador—, como la actuación ilícita del empleado se consideró suficientemente demostrada, en forma que dio lugar a la destitución del cargo que desempeñaba, basta esta circunstancia para dejar subsistente el indicio denominado por el fallador ad-quem capacidad para delinquir, habida cuenta de la seriedad de la institución bancaria, que hace admisibles el informe dicho y la solución adoptada, como también por haberse formulado denuncia, lo cual implica un cargo grave ante la autoridad.

Verdad es que no es bastante la simple constancia de la existencia de un sumario para entender que ante la autoridad se comprobó mala conducta; pero dada la fuente de que proviene tal información y considerando que las medidas adoptadas (despido del empleado y consiguiente denuncia) son bastantes para sustentar el indicio, el hecho puede reputarse plenamente establecido, a despecho del error anotado. Por otra parte, el actor no ha demostrado que el fallador estimó el mérito de este elemento de juicio contrariando las normas que regulan el valor de los diferentes medios de convicción; porque ni siquiera ha indicado qué disposición legal contravino el Tribunal al atribuirle a la constancia sobre la existencia de un sumario el valor que le dio. Fundamenta el demandante la impugnación en una jurisprudencia de la Corte, mas es obvio que con ello no prueba que ha habido violación de una norma.

Por consiguiente, este cargo también debe rechazarse.

Tercer cargo

Consiste en que el Tribunal sentenciador "incurrió en error de hecho, en la aprecia-

ción de la prueba exculpativa vertida por los señores peritos Arturo Vacca y Hernando Yepes Rojas".

En relación con este cargo la Sala prohija las consideraciones irrefutables de su colaborador fiscal, que se transcriben a continuación:

"Las conclusiones presentadas por los peritos referidos, no son suficientes, en concepto de este despacho, para infirmar los indicios tenidos en cuenta por el Tribunal para fundar su decisión; efectivamente, en cuanto al primer aspecto mencionado, cabe anotar que sí hubo violencia en cuanto se logró burlar las seguridades existentes, aunque sin necesidad de forzar ninguna de las mismas, lo cual permite deducir que se emplearon las llaves adecuadas, las cuales estaban a disposición del procesado y así no desaparece el indicio a este respecto, suficientemente examinado; en cuanto a la posibilidad de que otros empleados conocieran la clave, cabe advertir que no bastaba con esto para tener acceso a los depósitos contenidos en la misma, sino que se necesitaba la llave de la caja y de las puertas; en cuanto al momento mismo de la sustracción, no ha afirmado el Tribunal que hubiera ocurrido únicamente cuando salió con el Auditor Mena, sino que pudo ocurrir con posterioridad; y de la llave de la caja, ya se dijo, que se trata de una simple posibilidad de que según se deduce, ésta no puede fabricarse tan fácilmente como otras, y el conocimiento que otros ex-empleados tuvieran de la clave de la caja, ya fue examinado.

"Por tanto, no se deduce el error en que incurriera el Tribunal; y en cuanto a la duda, cabe anotar que la Corporación al examinar los indicios encontró que éstos eran suficientes para fundar la responsabilidad del procesado.

"Las contradicciones anotadas por el Tribunal subsisten, sin que baste para desconocer la primera que una de las afirmaciones se hiciera ante funcionarios del D.A.S. ya que no ha sido desconocida en forma alguna dicha diligencia; y en cuanto a la segunda si no tiene mayor significación indicaría una variación en la versión correspondiente.

"Frente a los indicios analizados, consideró el Tribunal establecida la responsabilidad y consecuentemente, desvirtuada la presunción de inocencia; y la imputación al señor Mena Lozano, no vinculado a la investigación, no tiene mayor asidero, ya que no conocía la clave, ni poseía las llaves de las oficinas y de la caja..."

De lo expuesto se colige que este cargo tampoco puede prosperar.

Causal cuarta

Primer cargo

Al amparo de la causal prevista en el ordinal 4º del artículo 56 del decreto 528 de 1964 (cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad), el recurrente le formula a la sentencia varios cargos, el primero de los cuales consiste en que se incurrió en nulidad "por error evidenciable en la denominación jurídica de la infracción", pues "... el delito investigado y fallado no sería peculado sino robo".

En este proceso se reputó plenamente comprobada la sustracción de los dineros de la Administración de Impuestos de Tuluá y con fundamento en la prueba indiciaria se le imputó la autoría de tal hecho y consecuencialmente se le dedujo responsabilidad al cajero correspondiente, empleado de manejo. De suerte que concurren los dos elementos que exige la ley para que se estructure el delito de peculado: 1º) que el infractor sea funcionario público y 2º) que a los efectos o caudales que administre les dé una aplicación diferente de aquella a que están destinados, o en cualquier forma haga uso indebido de los mismos.

De suerte que no existe el error en la denominación jurídica del delito.

Por lo demás, según observa el Procurador, el cargo en cuanto niega la responsabilidad del cajero, no acepta los hechos considerados probados por el fallador, impug-

nando así la fundamentación fáctica de la sentencia recurrida y, consecuencialmente, penetra en el ámbito de la causal primera de casación (aparte 2º del ordinal 1º del artículo 56 del decreto 528 de 1964).

Segundo cargo

Consiste en que el Tribunal "no tuvo en cuenta que en el auto de llamamiento a juicio proferido en contra del procesado se había omitido por parte del fallador de primer grado el cumplimiento de lo establecido en el literal 2º del artículo 431 del C. de P. P.".

Realmente este cargo resulta inane con la sola lectura del auto de proceder, pues con ella obviamente se verifica que en tal proveído, en su parte motiva, se hace clara determinación de los cargos, con indicación de la calificación jurídica genérica de los hechos delictuosos y de las circunstancias y características individualizantes de las inculpaciones; asimismo se estudian los elementos subjetivos y objetivos de la infracción dentro del tipo legal correspondiente.

En cuanto a que se "omitió analizar en forma detenida la prueba de acriminación que militaba contra el procesado, para establecer si éste había cometido un delito de peculado doloso o culposo", es suficiente anotar que en el auto de llamamiento a juicio se dice: "De acuerdo con lo visto anteriormente, vemos de (sic) que contra Fernando Ossa Montoya hay indicios graves de haber sido él el autor de la SUSTRACCION del dinero que se perdió el día 13 de mayo de 1964 de la Administración de Hacienda Nacional. Así, tenemos que en la SUSTRACCION de esa cantidad de dinero no hubo violencia..." (fol. 252 del cuaderno principal; las mayúsculas son de la Sala). En otra parte del mismo proveído se lee: "...lo que quiere decir que perfectamente el cajero Montoya Ossa tuvo el tiempo suficiente para apoderarse del dinero..." (fol. 254 del mismo cuaderno). En el propio folio se lee: "Respecto al hecho de la SUSTRACCION del dinero, dice el apoderado del sindicado de (sic) que es imposible que una persona pueda sacar $ 15.400.00..."

Palmar es que la imputación que se le hizo a Montoya Ossa fue de peculado doloso. El verbo sustraer, según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, significa, en su segunda acepción, hurtar, robar fraudulentamente.

De suerte que en el auto de proceder no hubo "imperfección sustancial", ni por "imprecisa o ambigua o anfibológica definición del delito imputado", ni por "notoria deficiencia en la presentación del cargo", en forma tal que por ello se imposibilitara o entrabara el normal ejercicio de la defensa o se hiciera imposible o difícil la aplicación del derecho en la sentencia.

Este cargo tampoco prospera.

En lo que respecta al último que le formula el recurrente a la sentencia impugnada, la Sala, por obvias, acoge las razones expuestas por el Procurador y que a continuación se transcriben:

"El segundo aspecto hace referencia a la omisión en reconocer una rebaja de pena a que tendría derecho el procesado, es decir, desconocimiento de un derecho. Este aspecto, como lo considera el señor apoderado, daría lugar a la violación directa de la ley, la cual se abstiene de proponer en razón de la jurisprudencia citada de esa H. Corte. Sin embargo, se considera que sí ha podido proponerse en tal forma el cargo, por cuanto se trata de un aspecto que no ha sido presentado como violación indirecta, a lo cual se refiere la jurisprudencia, para evitar esta contradictoria posición.

"Pero como el recurrente se abstiene de proponer el cargo con relación a dicha causal, es necesario determinar si procede como nulidad, según lo presenta.

"La ley 40 de 1968 reconoce la rebaja de pena para los delitos cometidos con anterioridad a su vigencia y el decreto 2953 de 1968, reglamentario de la misma, permite a los falladores hacer la reducción, cumplidos los requisitos necesarios (art. 3º).

"Sin embargo, como la ley consagra una facultad al fallador y exige que previamente compruebe algunos requisitos, no se ha incurrido en nulidad; por lo demás, la rebaja puede ser posteriormente decretada en la forma prevista por el reglamento mencionado".

Obviamente este cargo tampoco prospera.

En conclusión, no pudiendo prosperar las causales primera y cuarta de casación, invocadas en la demanda, habrá de aplicarse el artículo 569 del Código de Procedimiento Penal.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el concepto del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga el 27 de mayo de 1970, a que expresamente se refiere la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen. Publíquese.

José María Velasco Guerrero, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta.

J. Evencio Posada V., Secretario.

NULIDAD CONSTITUCIONAL

Se ratifica la doctrina de la Corte, de 27 de febrero de 1970, sobre las cuatro garantías, consagradas por el art. 26 de la Constitución Nacional, y en casación ha de invocarse una de esas garantías que ha sido quebrantada en el juzgamiento, cuando se invoca la nulidad supralegal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, primero de marzo de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Doctor Mario Alario Di Filippo).

(Aprobado: Acta número 6).

Vistos

Héctor Gabriel Cáceres Bermúdez y Ramiro Vargas Bohórquez interpusieron el recurso extraordinario de casación contra la sentencia de 29 de mayo de 1970, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga los condenó a la pena principal de dieciséis y veinte años de presidio, respectivamente, más las accesorias correspondientes, como responsables del delito de homicidio perpetrado en la persona de Pedro Elías Espinosa Carvajal. A decidirlo procede esta Sala de la Corte, agotado como se halla el trámite propio del asunto.

Hechos y actuación procesal

Los hechos que dieron lugar al proceso los resume así el fallador ad-quem:

"Según lo establecido en las diligencias investigativas aparece que José Alvaro González Jerez llegó a esta ciudad de Bucaramanga, procedente de Bogotá, el día lunes 30 de mayo de 1966, hospedándose en la casa de un hermano suyo, de nombre Héctor Julio González. Había amistad entre la familia de los González y Pedro Elías Espinosa Carvajal, por lo cual los González fueron a visitar a Espinosa. Acordaron todos ellos que al día siguiente, 31 de mayo de 1966, irían al vecino municipio de Girón a cumplir una promesa, invitación que fue aceptada por Pedro Elías Espinosa. Los que habían ido a Girón a cumplir la promesa, estando en el pueblo dicho vieron un vehículo dentro del cual se hallaban dos individuos que posteriormente fueron señalados como Ramiro Vargas Bohórquez y un desconocido; los promeseros advirtieron que Ramiro Vargas hizo ademán fingiendo no haber visto a los miembros de las familias González y Espinosa. Poco después estas dos familias se dirigieron al pueblo de Lebrija con el propósito de almorzar, y acto seguido regresaron a Bucaramanga. En las horas de la tarde del expresado 31 de mayo de 1966, los González y Pedro Elías Espinosa estuvieron haciendo algunas compras en los almacenes del centro de la ciudad, y cuando se hallaban en la carrera 15, nuevamente observaron el mismo vehículo que ya habían visto en Girón, y esta vez también notaron que tenía como ocupante a Ramiro Vargas Bohórquez.

"Hechas las diligencias y compras, los González se dirigieron a sus respectivas habitaciones, y Pedro Elías Espinosa se encaminó a su casa, siendo acompañado por José Alvaro González Jerez. González comió en la casa de Pedro Elías Espinosa, y después de que charlaron un rato convinieron ambos en ir a visitar a un señor Castellanos, paisano y amigo de ellos. Ya esto

ocurría pasadas las siete de la noche. Para hacer su visita Espinosa y Alvaro González salieron de la casa en busca de un carro que los trasladara a la casa del señor Castellanos, y al efecto iban por la calle 51 hacia arriba, en dirección a la carrera 17, cuando sintieron un vehículo que transitaba a bastante velocidad, que iba subiendo, y notando González que el vehículo marchaba muy orillado contra el andén, éste buscó protección lanzándose sobre unos bultos de ladrillos o junto a ellos; cuando esto hacía Alvaro González Jerez pasaba a gran velocidad el vehículo, muy orillado contra el andén como se ha dicho, y en ese instante sintió Alvaro González tres disparos; González vio en ese momento que junto a él cayó boca abajo su amigo Pedro Elías Espinosa Carvajal.

"Alvaro González inmediatamente hizo averiguaciones sobre el vehículo que había protagonizado la escena, pero no logró ningún dato positivo, y a continuación se dirigió al lugar en que yacía su amigo Pedro Elías Espinosa, advirtiendo que éste se hallaba moribundo.

"Dio González aviso a los familiares de Espinosa sobre lo que acababa de ocurrir y se llamó a un auto patrulla. La víctima Espinosa fue trasladada al hospital de San Juan de Dios, de Bucaramanga, pero parece que falleció antes de llegar al hospital.

"El DAS y la Oficina de Circulación y Tránsito tuvieron pistas sobre las características del vehículo que había ocasionado los hechos, y fue así como se dispuso la captura del propietario de tal vehículo y la retención de este último.

"Consta en autos que la Dirección de Transportes y Tránsito de Santander pone a disposición de la autoridad investigativa, tanto el vehículo buscado, como a los presuntos responsables Luis Enrique Cáceres Bermúdez y Héctor Gabriel Cáceres Bermúdez, ocurriendo esto dos días después de sucedido el acto criminoso".

El Juzgado Tercero Superior de Bucaramanga, mediante auto de 7 de marzo de 1967, llamó a juicio, con intervención del jurado de conciencia, a Ramiro Vargas Bohórquez y Héctor Gabriel Cáceres, por el delito de homicidio en la persona de Pedro Elías Espinosa, con las circunstancias agravantes de la premeditación acompañada de motivos innobles o bajos, de la asechanza y la alevosía.

El Tribunal popular contestó afirmativamente los cuestionarios que se sometieron a su consideración conforme al auto de vocación a juicio, negando solo la circunstancia agravante de la premeditación respecto del procesado Cáceres Bermúdez.

El Juzgado Tercero Superior de Bucaramanga, en sentencia de 14 de enero de 1970, condenó a Vargas Bohórquez y a Cáceres Bermúdez a veintidós años y ocho meses y quince años de presidio, respectivamente, como coautores del nombrado delito. El juzgador de segunda instancia rebajó la pena principal impuesta a Vargas Bohórquez y la aumentó en un año en relación con Cáceres Bermúdez, confirmando el fallo condenatorio en lo demás.

Demandas de casación

La Corte examinará las acusaciones a la sentencia recurrida siguiendo el orden en que las respectivas demandas fueron definitivamente presentadas.

Demanda a nombre de Héctor Gabriel Cáceres Bermúdez

A través de la causal de casación prevista por el ordinal 4º del artículo 56 del decreto 528 de 1964, el apoderado de Héctor Gabriel Cáceres Bermúdez formula diversos cargos al fallo recurrido, a saber:

Primer cargo

"Este proceso está viciado de nulidad de orden constitucional, por desconocimiento del artículo 26 de la Carta Fundamental..." En primer término, porque "en el auto de proceder dictado el 7 de marzo de 1967, por el juzgador de primera instancia, se dijo en realidad que se trataba de una 'aberratio delicti'; que los procesados

se propusieron dar muerte a Alvaro González, con la infortunada consecuencia de que ultimaron a Pedro Elías Espinosa Carvajal...

"Como en la aberratio delicti 'no se apreciarán las circunstancias que se derivan de la calidad del ofendido o perjudicado, pero sí las que se habrían tenido en cuenta si el delito se hubiera cometido en la persona contra quien se dirigía la acción', habría que prescindir de proferir llamamiento a juicio o sobreseimiento por razón del supuesto homicidio en la persona de Alvaro González.

"Sin embargo, en el cuestionario no se preguntó sobre esta circunstancia consignada en el auto de llamamiento a juicio; al jurado se le interrogó como si la actividad de los procesados se hubiera encaminado desde un principio, con pleno conocimiento de causa, contra Pedro Elías Espinosa, con el propósito de eliminar precisamente a éste.

"Esto, como es obvio, imposibilitó al suscrito defensor para proponer al Tribunal Popular una tesis de ira o intenso dolor actualizados, a favor de Cáceres Bermúdez, que había visto morir a un hermano suyo a manos de González Jerez, como consta en autos; esto, Honorables Magistrados, restringió arbitrariamente el derecho de defensa de mi mandante; esto llevó confusión al Jurado hasta tal punto que uno de sus miembros, durante el debate oral, incurrió en un acto de pre-juzgamiento al interpelarme, antes de proferir el veredicto, diciéndome que si había un muerto mal podía hablarse de homicidio frustrado...

"La discordancia entre el auto de proceder, los cuestionarios y el fallo cobra un inusitado relieve si se considera que en la providencia se admite la 'aberratio delicti', esto es, que los procesados tuvieron el propósito de matar a Alvaro González pero, por error, ocasionaron la muerte de Pedro Elías Espinosa Carvajal.

"En el cuestionario se dice, por el contrario, que ocasionaron la muerte de Pedro Elías Espinosa Carvajal, con el propósito de matar, pero no se indaga con el propósito de matar a quién, a qué persona.

"Ellos, según el auto de proceder, no tuvieron el propósito de matar a Espinosa Carvajal, sino a González Jerez. He aquí la importancia que tiene la omisión de la circunstancia de la 'aberratio delicti' y que autoriza a afirmar que al Jurado se le preguntó por algo distinto de lo que motivó el enjuiciamiento, sin que sea válido pretender que de todos modos y conforme al artículo 14 del Código Penal las sanciones punitivas serían las mismas para el caso de resultar condenados".

Segundo cargo

El juicio está viciado de nulidad de orden constitucional, porque, además, en el cuestionario se incluyeron circunstancias de agravación del homicidio previstas en los ordinales 5º y 6º del artículo 363 del C. P., siendo así que ellas son contradictorias, pues la una proviene de la actividad deliberada del agente, en tanto que la otra depende de la condición de indefensión en que se encuentra el sujeto pasivo. "En uno u otro caso —dice el actor— el cargo está mal formulado, porque es evidente que las circunstancias previstas en el numeral 5º provienen de la actividad antelada del sujeto activo de la infracción, mientras que las del 6º constituyen un aprovechamiento de las condiciones de inferioridad en que se encuentra la víctima. Una cosa es poner a la víctima en condiciones de inferioridad y otra cosa es sorprenderla, aprovechando las ya existentes". "Y para confundir aún más a los Jueces de conciencia, luego de hablar de premeditación acompañada de motivos innobles o bajos y de asegurar que el procesado puso o sorprendió a la víctima en condiciones de inferioridad o indefensión, el señor Juez agregó la asechanza y la alevosía. La asechanza es un medio incidioso (sic) consistente en el ocultamiento para atacar. La alevosía se presenta cuando el delincuente oculta sus propósitos agresivos y simula frente a la víctima una actitud amistosa e inofensiva. De modo que tampoco por este aspecto podían

concurrir las dos circunstancias como para que al Jurado se le indagara en esos términos".

Tercer cargo

"El procedimiento seguido en la diligencia de audiencia pública adolece también de nulidad, porque, en ella, se dejó intervenir, a la manera de una agencia oficiosa, a quien no podía intervenir, con flagrante desmedro del derecho de defensa". Y es que el abogado Luis Jesús Osorio no fue designado vocero por el procesado Cáceres Bermúdez para la audiencia realizada en octubre de 1969 y, por consiguiente, su intervención fue ilegal, además de que, en concepto del demandante, fue infortunada, todo lo cual redundó en menoscabo del derecho de defensa y en quebrantamiento de las formas propias del juicio.

Demanda a nombre de Ramiro Vargas Bohórquez

Al través de las causales de casación previstas por los ordinales 4º, 2º y 1º del artículo 56 del decreto 528 de 1964, el apoderado de Ramiro Vargas Bohórquez le formula diversos cargos al fallo recurrido, a saber:

Causal cuarta

"Varios son los cargos que por motivos de nulidad cabe hacer a la sentencia impugnada, tocantes unos al régimen legal del proceso y atinentes otros al quebrantamiento de las garantías de la persona dentro del juicio criminal, como sujeto pasivo de la acción, consagradas expresamente en el artículo 26 de la Constitución Nacional, disposición sobre la cual descansa para su estricto cumplimiento el procedimiento penal".

Primer cargo

"Tiene que ver éste con la figura penal de que trata el artículo 14 del Código Sustantivo..."

"Está reconocido por el sentenciador de segunda instancia que 'en el auto de proceder no se habló con la claridad que fuera de desear en torno a la modalidad del aberratio delicti que contempla el artículo 14 del C. P., razón por la cual en el cuestionario que se elaboró para la audiencia no se contempló dicha figura', y aunque el adquem disculpa al inferior expresando en el fallo que 'no cabe duda que ese fue el pensamiento del funcionario calificador', lo cierto es que la única referencia al problema contenida en la providencia de vocación a juicio es la que pasa a transcribirse, carente de contenido, anodina y sin efectos en las secuencias del juzgamiento, pues de otro modo no se habrían afirmado en la calificación circunstancias que jurídica y procesalmente repelen..."

"En estas condiciones, y para fiel cumplimiento de lo que dispone el artículo 431 del C. de P. P. el Juzgado en el auto de proceder, debió referirse no únicamente a la calificación genérica del hecho y a las presuntas circunstancias de asesinato, sino también a esa circunstancia especial conocida de que la acción imputada al recurrente iba dirigida contra Alvaro González y no contra Elías Espinosa Carvajal, variante psicofísica que puede modificar sustancialmente, aunque el género del delito sea el mismo, sus condiciones y los presupuestos de responsabilidad, tal como lo establece el ya nombrado artículo 14 del C. P...."

"Surge de bulto el error en el auto de llamamiento a juicio porque jurídicamente el Juzgado no podía deducir la premeditación, que tiene operancia en la ley penal colombiana para calificar de asesinato el homicidio cuando esa premeditación va acompañada de motivos innobles o bajos..."

"En el caso de autos no era deducible, ni podía someterse al jurado la circunstancia contemplada en el ordinal 2º del artículo 363 del C. P. Esto porque, aun admitida la premeditación, no se la podía adobar con los motivos determinantes que la norma exige".

Segundo cargo

"En el mismo orden de ideas, conocidos los hechos y los antecedentes, por hacer ca-

so omiso el Juzgado del artículo 14 del C. P., incurrió en error en la parte motiva del auto de proceder al no aceptar o reconocer, sentándolo así en el auto, que el homicida obró en las circunstancias específicas del artículo 28 del C. P.

"Evidentemente hay que plantear que la conducta de Ramiro Vargas Bohórquez se acomoda al artículo 28 porque obró en estado de intenso dolor, sentimiento eminentemente subjetivo, según criterio de la propia Corte, pero que tiene su asidero objetivo en todos los antecedentes del homicidio. Ese sentimiento hay que admitir lo causó una grave provocación —la más grave de todas— como la muerte dada a su padre, calificable de injusta en el fuero interno del homicida puesto que dentro de los sentimientos humanos resulta absurdo para una persona admitir la justicia de un hecho de la naturaleza del que aquí se comenta como antecedente del caso sub-judice.

"Esta circunstancia aminorante de la responsabilidad penal, específica del delito no la tuvo en cuenta el juzgador, y de ahí por qué quepa afirmar que, por este otro aspecto hubo error es la denominación jurídica del delito, conforme a la misma disposición que antes se invocó y en relación con las también citadas del Código Penal".

Tercer cargo

Consiste en que se afirma en la demanda que al momento de iniciarse la audiencia pública "se dio lectura a un memorial presentado por el doctor Jorge González Aranda, en que manifiesta que el JURADO PRINCIPAL doctor Enrique Serrano B. es casado con una hermana de la esposa del doctor González Aranda" y que "ante esta circunstancia el señor Juez llamó al primer suplente con el objeto de subsanar este impedimento, y como se hallaba presente quedó integrado el JURADO... (Fls. 36, cuaderno Nº 7). A juicio del actor, esta determinación del juzgado es ilegal, porque debió realizarse un sorteo parcial para sustituir al jurado impedido. "De lo anterior se colige, así se acepte que fue extemporánea la petición del doctor González Aranda, que no habiéndose decretado previamente el sorteo parcial del Jurado Enrique Serrano, es decir, el sorteo destinado a reemplazar a éste, ya instalado el Jurado e iniciada la audiencia pública, en manera alguna podía desplazarse al doctor Enrique Serrano, puesto que, como lo manda perentoriamente el ya nombrado artículo 27 del Decreto 1358 'El jurado con el cual se inicie la audiencia actuará hasta la terminación de ella".

"Al contravenirse este mandato e incurrir en las irregularidades previas atinentes a impedimentos y sorteos parciales, el acto público de la audiencia como diligencia procesal sustancial dentro del plenario, quedó inválida, fue nula de nulidad absoluta, conforme al ordinal 1º del artículo 38 del Decreto 1358 de 1964, y en particular hay lugar a considerar inexistente el acto, conforme al artículo 39 ibídem, el cual establece: 'Cuando la ley exige expresamente para la validez de determinado acto que se llenen ciertas formalidades y éstas no se observaren, se considerará sin necesidad de resolución especial que tal acto no se ha verificado'."

Cuarto cargo

Consiste en que el agente del Ministerio Público, a fin de interrogar al acusado Cáceres Bermúdez respecto de la persona que lo acompañaba el día de los hechos, solicitó al Juez, en el acto de la audiencia, juramentarlo y el funcionario así lo hizo.

"Al ser inducido (Cáceres Bermúdez) a declarar bajo juramento y habiendo el señor Juez accedido a tomárselo con todas las formalidades propias del testigo, necesariamente las formas del juicio fueron contrariadas en materia grave y el derecho de defensa amenguado no solo para el procesado que rindió ese inadmisible testimonio sino para mi poderdante, pues el carácter coactivo de la declaración juramentada, de poder intimidativo y su misma apreciación tenían que colocar a los acusados del delito en una situación precaria de defensa y hacer más gravosa la causa por lo que a los aspectos de la defensa se refiere.

"Es, pues, también nulo el juicio por las irregularidades a que se contrae el cargo y tiene la nulidad invocada el apoyo constitucional a que se hizo referencia".

Quinto cargo

Consiste este cargo en aseverar que la audiencia en esta causa ocupó siete sesiones y solo se extendió un acta, que corre a folios 36 y siguientes del cuaderno número 7. De donde colige el recurrente que "es impugnable el acto procesal de la audiencia, pues al no haberse firmado cada una de las diligencias correspondientes a las diversas fechas, esas diligencias que en su conjunto integraron el acta, son inválidas, concluyéndose que no hay, legalmente, acta de audiencia pública; ni tampoco puede darse por cumplido el acto de la vista pública de la causa.

Causal segunda

"No estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder o en desacuerdo con el veredicto del Jurado.

"Ya, a través de la causal cuarta, hice los planteamientos pertinentes sobre la incongruencia del auto de llamamiento a juicio, que omitió, con violación del artículo 14 del Codigo Penal, el problema del delito aberrante, cuyos efectos jurídicos tenían que reflejarse en la calificación y proyectarse al cuestionario que habría de proponérsele al Jurado de Conciencia, para que el pronunciamiento de éste se produjera teteniendo en consideración la víctima presunta y no la víctima real del delito.

"El Juzgado sin tener en cuenta que el artículo 498 del C. de P. P., prohibe que en los cuestionarios al concretar los hechos que constituyen materia de la causa se le dé denominación jurídica a las circunstancias que lo constituyen, interrogó al Jurado sobre la participación en los hechos que ocasionaron la muerte de **Espinosa Carvajal** y le agregó a las cuestiones, con su denominación jurídica las circunstancias constitutivas de asesinato, como la asechanza y la alevosía, aparte de la premeditación.

"Examinando las cuestiones se tiene que cada una de ellas es divisible en dos partes, a saber: la primera referida a si el acusado **Ramiro Vargas Bohórquez**, de una parte y **Héctor Gabriel Cáceres** de otra, eran responsables de haber tomado parte en los hechos que ocasionaron la muerte de **Pedro Elías Espinosa Carvajal**, y la segunda, a si en la ejecución de tal hecho los acusados obraron con el propósito de matar, con premeditación acompañada de motivos innobles o bajos, y poniendo o sorprendiendo a la víctima en condiciones de inferioridad (asechanza y alevosía).

"La respuesta del Jurado, en cuanto toca a **Ramiro Vargas**, dice que 'sí es responsable de la muerte de **Pedro Elías Espinosa Carvajal** como coautor del hecho', sin hacer alusión alguna a las circunstancias constitutivas del asesinato. En cambio, en el veredicto dado a **Cáceres Bermúdez**, el Jurado afirmó la responsabilidad de éste en la muerte de **Pedro Elías Espinosa Carvajal**' como coautor del hecho sin circunstancias de premeditación'.

"Estas respuestas parecen no tomar en cuenta las agravantes específicas, o son entre sí contradictorias, pues tratándose de coatuores no resulta lógico hablar en uno de los veredictos de la inexistencia de circunstancias de premeditación y en el otro guardar silencio el jurado.

"Lo anterior lleva a concluir que la sentencia recurrida no está de acuerdo con el veredicto del Jurado, cuyos términos apenas indican la afirmación de la responsabilidad por el hecho del homicidio común".

Causal primera

Respecto de esta causal dice el recurrente que "era mi propósito examinar a través de este motivo de casación la violación de la ley penal sustancial, concretamente de los artículos 14 y 28 del C. P., en armonía con los artículos 362 y 363 ibídem, pero repasando el primer cargo formulado con fundamento en la causal cuarta, he llegado a la conclusión de que es como motivo de nulidad del juicio que debe examinarse este aspecto, dado que se trata de

una falla ritual del juicio contenida en el auto de proceder, que trascendió al cuestionario y al fallo recurrido".

Concepto del Procurador

Después de reseñar y estudiar cuidadosamente los cargos propuestos en cada una de las demandas, el Ministerio Público, representado en esta oportunidad por el Procurador Segundo Delegado en lo Penal, conceptúa que deben desestimarse ambas demandas y, en consecuencia, solicita que no se case la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga que condenó a Ramiro Vargas y a Héctor Gabriel Cáceres por el homicidio agravado en Pedro Elías Espinosa.

Al revisar las alegaciones de los recurrentes, se hará referencia a algunos de los aportes de la Procuraduría en la solución del recurso.

Consideraciones de la Corte

Demanda a nombre de Héctor Gabriel Cáceres Bermúdez

Causal cuarta

Primer cargo

Cierto es —como afirma el Procurador— que la demanda formulada a nombre de Cáceres Bermúdez adolece de fallas fundamentales en cuanto atañe a la técnica de casación, porque el actor no discrimina ni explica cuál de las previsiones del artículo 26 de la Constitución fue violada.

La Sala de Casación Penal, en sentencia de 27 de febrero de 1970, expuso:

"El artículo 26 de la Carta determina cuatro garantías, cada una de las cuales tiene naturaleza, objeto y consecuencias propias, y cuyo desconocimiento acarrea sanciones de distintas clases, salvo en los casos excepcionales que describe el artículo 27, así:

"a) Preexistencia de la ley que gobierna el juzgamiento;

b) Legalidad de la jurisdicción;

c) Observancia plena de las formas del juicio, y

d) Aplicación de la ley favorable, aunque sea posterior al acto imputado.

"De todas estas maneras se ejerce el derecho de defensa, bajo la tutela constitucional. Trátase, como puede verse al tomarlas aisladamente para su análisis y comprensión, de situaciones distintas, pues no es lo mismo decidir basándose en una disposición derogada, o en una posterior al acto, que hacerlo sin facultad legal, o salirse del procedimiento prescrito, o no acoger lo permisivo cuando corresponde. Si en el ámbito de las declaraciones pueden permanecer unidas estas garantías, no sucede igual en el momento de impugnar un fallo en casación, recurso que obliga a precisar las violaciones que tienen como consecuencia la negación del derecho. Decir que en un proceso, o en cualquiera de los actos que lo componen, se 'contraviene expresamente el artículo 26 de la Constitución Nacional', sin demostrar de qué clase es la contravención, es adoptar una peligrosa generalidad, dejando de lado las precisiones obligatorias en esta etapa culminatoria del proceso.

"La Corte carece de elementos demostrativos que le permitan conocer el vicio observado y hasta dónde van su profundidad y extensión. La demanda debe indicar cuál o cuáles de las cuatro garantías procesales fueron vulneradas por el juzgador y exponer el concepto de la violación, a fin de que en la casación se hagan los reconocimientos pertinentes. Lo que no puede es, supliendo los vacíos del libelo, efectuar diversidad de apreciaciones excluyentes, buscando con ello desentrañar no solo el fundamento del cargo, sino el cargo mismo.

"Una sanción de nulidad supralegal por violación del derecho de defensa no puede decretarse sin concretar la índole de esa violación, y sin demostrarla. Una subversión normativa de tal gravedad deja al procesado como víctima a quien es ineludible reintegrar su capacidad para la libertad y la vida honrada. Por lo mismo su acepta-

ción solo procede cuando se han puesto en peligro atributos básicos de la persona y partes fundamentales del ordenamiento jurídico".

En el caso presente, la demanda se refiere —como observa el Procurador—, en general, al desconocimiento del derecho de defensa y a la infracción de las normas relativas al juzgamiento; pero, en concreto, no se señala uno u otra, con lo cual no se puntualiza ni demuestra el concepto de la contravención. Además, "algunos motivos de impugnación no se refieren a los cuestionarios sino al auto de proceder y, por consiguiente, si bien pueden proponerse al amparo de la causal cuarta de casación, sin embargo, como es obvio, sus fundamentos jurídicos son diferentes por referirse a actos procesales distintos".

Por otra parte, si es cierto que en los cuestionarios sometidos a la consideración del tribunal popular no se hizo referencia al fenómeno previsto en el artículo 14 del C. P., tal pretermisión no genera nulidad, porque "la aberratio delicti no destruye la esencia misma del delito resultante por causa del error del agente, pues en esos casos se está siempre en presencia de un hecho definitivo que reúne todos los elementos típicos de una infracción penal: sujeto, objeto, acción y daño. Y en el homicidio y las lesiones, el objeto material del ilícito y a su vez sujeto pasivo del mismo, es siempre el hombre y no un hombre determinado en vez de aquel otro a quien se dirigía la acción física del agresor". (Sentencia de 5 de abril de 1948, LXIV, 827).

Por lo demás, —como apunta el Ministerio Público— ninguna circunstancia relativa a la calidad de la víctima se tuvo en cuenta para efectos de la sanción, sino las que se referían a la actividad psicofísica del agente del delito.

En lo que respecta a que la no consideración de la "aberratio delicti" le impidió al actor proponer al Jurado la tesis de la ira o intenso dolor actualizados basta tener en cuenta que el vocero del procesado Héctor Gabriel Cáceres en la audiencia "leyó conceptos del doctor Gaitán en los casos de ira e intenso dolor, pide que se le reconozca la ira y el intenso dolor" (fol. 64 del cuaderno Nº 7). Y que el doctor Narváez Obregón, según se comprueba al folio 35 del citado cuaderno, propuso como tesis subsidiaria la siguiente: "Sí es responsable, sin circunstancias de agravación, como cómplice no necesario y en estado de ira grave e injustamente provocada". Y en el acta de audiencia, en relación con el propio doctor Narváez Obregón, se lee: "Y vuelve a repetir: Hay ya una tesis para esta audiencia de (sic) que dice: **Sí es responsable sin circunstancias de agravación como cómplice no necesario y en estado de ira grave e injustamente provocada**" (fol. 79 del mismo cuaderno).

La alegada discordancia entre el auto de proceder, el veredicto del Jurado y el fallo de segundo grado sería motivo de impugnación, no por la causal invocada, sino por la segunda, de acuerdo con el ordinal 2º del artículo 56 del decreto 528 de 1964.

Por tanto, este cargo debe rechazarse.

Segundo cargo

El interrogatorio sometido a la consideración del tribunal popular se ajustó enteramente al auto de vocación a juicio, razón por la cual las circunstancias específicas agravantes del homicidio deducidas al procesado Cáceres se hallan descritas en el referido cuestionario. Cierto es —como apunta el Procurador— que esta objeción no debe formularse al cuestionario sino al auto de proceder, mas ella resulta inane si se tiene en cuenta que la defensa lo consintió al no interponer contra él recurso alguno y que el jurado, en su soberanía, bien pudo desechar las circunstancias agravantes, en todo o en parte, como realmente ocurrió en lo que toca a la premeditación. Por otra parte, como ya se dijo, de este cargo el recurrente no obtuvo consecuencias jurídicas, es decir, nada alegó con miras a la causal cuarta de casación, porque el mero enunciado de la infracción del artículo 26 de la Carta Fundamental no es bastante para exponer y demostrar el concepto de la violación. Y es que es indispensable, co-

mo lo ha dicho la Corte, que el actor discrimine y explique cuál o cuáles de las previsiones del citado artículo 26 fueron violadas, a fin de confrontar la crítica con los datos del proceso y reconocer o no la validez del alegato. "No es este un alarde de técnica jurídica, lo cual sería ya una justificación suficiente, sino la urgencia de auscultar la génesis del atropello, identificarlo y calcularlo en sus proyecciones destructoras de la tranquilidad ciudadana". (Sentencia de 6 de marzo de 1970).

En lo que concierne a que la asechanza y la alevosía no pueden concurrir y al proponerlas se confundió al jurado, "como en la demanda nada más se arguyó, esto es, se ignora la finalidad que perseguía el demandante al proponer esta cuestión, nada hay que comentar".

En consecuencia, este cargo también debe rechazarse.

Tercer cargo

En cuanto a que "el procedimiento seguido en la diligencia de audiencia pública adolece también de nulidad, porque, en ella, se dejó intervenir, a la manera de agencia oficiosa, a quien no podía intervenir, con flagrante desmedro del derecho de defensa", se observa que tal irregularidad no está erigida en causal de nulidad legal ni genera una de orden constitucional. Por otra parte, el actor no ha acreditado en forma alguna que se quebrantó o menoscabó el derecho de defensa.

Por consiguiente, este cargo ha de rechazarse también, y toda la demanda debe desecharse.

Demanda a nombre de Ramiro Vargas Bohórquez. — Causal cuarta

Primer cargo

Ciertamente que este cargo se halla deficientemente formulado, porque no se puntualiza en la demanda el motivo de nulidad invocado y porque la impugnación estriba en el incumplimiento del artículo 431 del C. de P. P. por pretermisión del fenómeno previsto en el art. 14 del C. P. (aberratio delicti), mas concluye con la alegación de que la circunstancia agravante del homicidio contemplada en el ordinal 2º del artículo 363 del C. P. no podía someterse a la consideración del jurado, pues "aún admitida la premeditación, no se la podía adobar con los motivos determinantes que la norma exige".

El cargo, como observa el representante del Ministerio Público, carece de respaldo jurídico, porque las circunstancias no hacen parte de la estructura del delito, pues éste encuentra su descripción legal en el artículo 362 del C. P. Asimismo hay que tener en cuenta que en la parte resolutiva del auto de enjuiciamiento se dio al delito su denominación genérica y tratándose de un asunto de la competencia del jurado, éste podía reconocer circunstancias, desechar las consignadas en el enjuiciamiento, etc. "Ha explicado la Corte en fallos recientes que la calificación específica que del delito se hace en el auto de proceder es apenas provisional, para que de acuerdo con las probanzas allegadas en el plenario de la causa pueda ser fijada en el veredicto del jurado, y que lo único inmodificable en la sentencia es la denominación genérica que se haya hecho de la infracción en el enjuiciamiento, a menos que se trate del caso de nulidad contemplado en el ord. 8º del art. 198 del C. de P. P. Así lo indican el texto del art. 431 y los antecedentes expuestos por la comisión revisora, según los cuales, si fuera inmodificable la especie o las circunstancias modificadoras del hecho señaladas en el auto de llamamiento a juicio, carecería de objeto el término probatorio de la causa y se crearía una situación de inferioridad para la defensa de los intereses sociales". (Cas., 15 de mayo de 1946, LX, 532).

En conclusión, este cargo debe rechazarse.

Segundo cargo

De este cargo cumple decir lo mismo que se dijo del anterior, esto es, que no se puntualiza el motivo de nulidad invocado y que la circunstancia atenuante de la responsabilidad prevista en el artículo 28 del

C. P. no hace parte del tipo delictivo del homicidio y, por consiguiente, es irrelevante para la denominación jurídica de la infracción. Además, el cargo penetra en el ámbito propio de la causal primera de casación, al impugnar la fundamentación fáctica del fallo recurrido.

Por modo que este cargo también debe rechazarse.

Tercer cargo

En relación con este cargo el Procurador expone razones que por lo irrebatibles la Sala prohija y transcribe a continuación:

"El sorteo general de jurados en esta causa se efectuó el 4 de junio de 1969 y el abogado Jorge González Aranda se notificó de la designación el 6 de ese mes. En agosto del mismo año se realizó un sorteo parcial y de él se enteró el doctor González el 11 de dicho mes. Por auto del 17 de septiembre se señaló el 16 de octubre para iniciar la audiencia pública y el primero de este mes el doctor González hizo saber al Juzgado que una hermana de su esposa estaba casada con el jurado Enrique Serrano. Al instalarse la audiencia y antes de cualquiera actuación, el Juez Superior resolvió el memorial del doctor González Aranda en el sentido de separar al jurado principal Enrique Serrano y sustituirlo por el primer suplente.

"El artículo 511 del Código de Procedimiento Penal otorga a las partes el derecho de pedir el reemplazo de los jurados que se hallaren legalmente impedidos y el Juez, si encontrare justificada la solicitud, ordenará que por medio de sorteo parcial se sustituya al impedido.

"La última disposición en su parte final prescribe que el Juez, en todo caso, debe tener presente la absoluta imparcialidad de los jurados y '... es necesario evitar que haya en ellos cualquier motivo que perturbe la imparcialidad de conciencia'.

"En cumplimiento de este mandato el Juez decidió sustituir al jurado impedido pero no había necesidad de efectuar un sorteo parcial, pues los suplentes sustituyen a los principales 'Cuando al iniciarse la audiencia pública faltare alguno o algunos de los tres jurados principales...' (Decreto 1358, artículo 27). El estatuto mencionado, como es bien sabido, dispuso el sorteo de jurados suplentes junto con los principales para que aquellos sustituyeran a éstos en el caso de faltar alguno o algunos al iniciarse el acto de la audiencia y evitar las frecuentes demoras por esta causa, antes de la vigencia del citado Decreto.

"En el presente caso el Juez dio aplicación a la norma últimamente mencionada en razón de que las oportunidades procesales a que se refieren los artículos 510 y 511 del Código de Procedimiento Penal ya habían pasado y la situación planteada se acomodaba a la prevista en el artículo 27 del Decreto 1358 de 1964.

"En consecuencia, en opinión de este Despacho, no hubo desconocimiento de norma procesal alguna y, aún en el caso de admitir el cargo, el concepto de la violación está ausente pues el actor no demostró el motivo de nulidad invocado y menos el perjuicio causado al derecho de defensa o a las normas esenciales relativas al juzgamiento".

En conclusión, este cargo también ha de rechazarse.

Cuarto cargo

Si bien es cierto que el Agente del Ministerio Público, a fin de interrogar al acusado Cáceres Bermúdez respecto de la persona que lo acompañaba el día de los hechos, solicitó al Juez, en el acto de la audiencia, juramentarlo y el funcionario así lo hizo, importa registrar que este procesado, desde su primera declaración indagatoria, señaló a Ramiro Vargas Bohórquez, como autor de los disparos que hicieron impacto en el cuerpo de Pedro Elías Espinosa (fl. 74 del cuaderno 1º), acriminación que sustentó en el careo llevado a cabo el 7 de junio de 1966 (fl. 84 ibídem). Por consiguiente, la respuesta que Cáceres dio al Ministerio Público en la diligencia de audiencia era conocida de los apoderados de Vargas desde los inicios de las instructivas.

De donde se sigue que el derecho de defensa no sufrió ningún menoscabo, ni se quebrantaron las normas sobre el juzgamiento.

Quinto cargo

A este cargo se responde diciendo que el hecho de que no se hubiesen firmado las actas parciales de las diversas sesiones que integraron la audiencia, no puede ser motivo de nulidad, porque si la audiencia pública es una sola, cualquiera que sea el número de sesiones en que ella se verifique, es lógico que las varias actas formen también una unidad procesal, que si aparece autenticada, tiene todo el valor probatorio que la ley le atribuye. De este modo se cumple la exigencia del artículo 475 del C. de P. P., pues el acto procesal realmente es uno solo, la audiencia pública, y de ella, en el caso sub judice, se extendió el acta correspondiente.

Por tanto, este cargo también debe rechazarse.

Causal segunda

El Jurado respondió al cuestionario referente a Vargas Bohórquez en los siguientes términos: "Sí es responsable de la muerte de Pedro Elías Espinosa Carvajal como coautor del hecho". La sentencia impugnada en perfecta consonancia con la de primer grado entendió que el veredicto del jurado había sido totalmente afirmativo respecto de los hechos contemplados en el cuestionario. La expresión "en calidad de coautor", que también aparece en la respuesta al cuestionario relativo a Héctor Gabriel Cáceres, en nada —como observa el representante del Ministerio Público— modifica la afirmación. En relación con este último el jurado negó la premeditación, con lo que se evidencia que en lo que toca a Vargas Bohórquez el tribunal popular dio respuesta al cuestionario en un sentido plenamente afirmativo.

En lo que atañe a que en los cuestionarios se dio denominación jurídica a las circunstancias agravantes, es pertinente transcribir lo que ya ha expuesto esta Corporación:

"En cuanto al cuestionario o preguntas que se hacen al jurado advierte la ley que no ha de darles el juez denominación jurídica a los hechos sobre los cuales lo interrogue. Esa es una pauta general que tiene por objeto evitar que los jueces de conciencia puedan equivocarse sobre el alcance de sus respuestas, por ignorar el contenido jurídico de términos técnicos; pero si el sentido de las palabras con las cuales se pregunta al jurado es de comprensión corriente, no se ve por qué no haya de emplearlas el juez, máxime cuando la tarea del Ministerio Público y del defensor, sobre todo del segundo, se concreta a explicar el valor que puedan tener los vocablos del veredicto que se pronuncia" (Sentencia de 4 de agosto de 1948, LXIV, 538, entre otras).

De suerte que este cargo tampoco prospera.

Como consecuencia de todo lo expuesto, habrá de aplicarse el artículo 569 del C. de P. P.

En mérito de las precedentes consideraciones, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, oído el concepto del Ministerio Público y de acuerdo con él y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga el 29 de mayo de 1970, a que expresamente se refiere la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

José María Velasco Guerrero, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta.

J. Evencio Posada V. Secretario.

DE LOS DELITOS DE REBELION Y SEDICION.

Los constituyen el alzamiento en armas. La instigación para que se cometan estos delitos, es directa en el primero e indirecta en el segundo y la invitación a la rebelión o sedición ha de ser inequívoca, indubitable, seria y capaz de determinar a quienes está dirigida. La mera agitación política en contra del Gobierno no entraña la infracción del artículo 149 del C. P. La buena fe del funcionario que ordena la encarcelación de una persona, por error sustancial de derecho, lo releva de toda responsabilidad.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, cinco de marzo de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Mario Alario Di Filippo).

(Aprobado: Acta Nº 7 de 3 de marzo de 1971).

Vistos

Cumplida la tramitación de rigor, procede la Sala a calificar el mérito del sumario adelantado contra el Dr. Jorge Arango Mejía, en su carácter de Gobernador del Quindío, en razón de los cargos que le formularon los parlamentarios Dres. Ovidio Rincón y Carlos Daniel Roca en su denuncia ante el Procurador General de la Nación de 30 de junio de 1970, en la cual dicen lo siguiente:

"... El 28 de este mes de junio, previa solicitud del permiso correspondiente y lograda la autorización del señor Alcalde de Armenia, se verificó una manifestación pública en la Plaza de Bolívar, de la ciudad de Armenia. Sin que se haya explicado el hecho, todas las vías de acceso a la plaza habían sido taponadas previamente por fuerzas de la policía, y la penetración de la muchedumbre al lugar de la manifestación solo se logró, parcialmente, después de una violenta reacción de los agentes, que golpearon a muchos de los manifestantes.

"La disposición de la tropa en la Plaza de Bolívar fue estratégicamente planeada para llevar a cabo la detención. Y después de que varios oradores habían hablado, el senador Vives Echeverría inició su discurso. Sorpresivamente se dio orden de detenerlo, interrumpiendo su oración, y provocando un peligroso enfrentamiento entre las fuerzas armadas y quienes acompañaban, en la tribuna pública, al senador Vives Echeverría. Lo que siguió luego fue una manifestación de barbarie, que gracias a Dios, no causó una tragedia colectiva por la condición inerme de los manifestantes.

"Posteriormente, en la reclamación que adelantamos ante el comandante de la Brigada, el Gobernador del Quindío afirmó que se responsabilizaba por la detención del Senador Vives y trató de explicar las razones de su detención. Consideramos, señor Procurador, que el Gobernador del Quindío, violó las normas constitucionales y que la detención del Senador Vives merece la sanción de las autoridades colombianas que garantizan los derechos ciudadanos. Nosotros demandamos de Usted, que tan alto ejemplo ha dado al país, la sanción pertinente para el funcionario seccional, que ha puesto su mandato al servicio de los intereses partidistas y que, respaldado como dice, por la decisión presidencial, ha creado un clima de peligro en un departamento que, como el Quindío, ha padecido, por muchos años, una atroz e inicua violencia".

Ratificada la denuncia bajo la gravedad del juramento, el Procurador, por razón de competencia, la remitió a la Sala de Casación Penal de la Corte.

Antes de dictar el auto cabeza de proceso, el Magistrado sustanciador, "con el fin de proceder con mejores elementos de juicio", solicitó al Gobernador del Departamento del Quindío "una información completa y detallada acerca de la aprehensión del Senador Dr. José Ignacio Vives Echeverría, ocurrida el 28 de junio último, los motivos de la misma, las circunstancias que la rodearon, con indicación de la autoridad que impartió la orden correspondiente y la copia de toda la documentación que se hubiere allegado sobre el particular".

El Gobernador Arango Mejía dio respuesta a la anterior solicitud y remitió a este Despacho la documentación reseñada en su oficio. Su respuesta fue del tenor que sigue:

"Bogotá, D. E., julio 16, 1970.
"Honorable
"Corte Suprema de Justicia
"Sala de Casación Penal
"Honorable
"Magistrado Sustanciador Dr.
"Mario Alario Di Filippo
"La Ciudad.

"En respuesta al oficio Nº 516 de julio 7 de 1970, en el cual se me transcribe el auto de julio 6 de 1970, dictado dentro de las diligencias que contra el Gobernador del Quindío se adelantan en esa Corporación, me permito con todo respeto, manifestar lo siguiente:

"1º La detención del señor Senador doctor José Ignacio Vives Echeverría, ocurrida en Armenia el día 27 de junio de 1970, se originó en orden impartida por mí, bajo mi absoluta responsabilidad.

"2º Ordené la detención como lógica consecuencia de la relación existente entre los hechos que en ese momento realizaba el señor Senador Vives Echeverría y las normas establecidas en los artículos 16 y 107 de la Constitución Nacional, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 16. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. (Artículo 9º del Acto Legislativo número 1 de 1936).

"Artículo 107. Ningún miembro del Congreso podrá ser aprehendido ni llamado a juicio criminal sin permiso de la Cámara a que pertenezca, durante el período de las sesiones, cuarenta días antes y veinte después de éstas. En caso de flagrante delito, podrá ser detenido el delincuente y será puesto inmediatamente a disposición de la Cámara respectiva. (Artículo 26 del Acto Legislativo número 1 de 1936)".

"3º De suerte que la detención que ordené del señor Senador José Ignacio Vives Echeverría tuvo su motivo y se apoyó en el hecho de que, a mi juicio, dicho congresista estaba en el caso de flagrante delito, expresamente exceptuado en la Carta Fundamental del beneficio de la inmunidad. (Ultima parte del artículo 107 transcrito).

"Como en el auto al cual doy cumplimiento se solicita el envío de la copia de toda la documentación que se hubiere allegado sobre el particular, y como esa documentación es la más clara exposición de los motivos y las circunstancias que rodearon la detención del señor Senador Vives Echeverría; acompaño a esta comunicación las copias solicitadas, las cuales, considero, me relevan de cualquier explicación adicional. Sin que sobre advertir que estoy dispuesto a ampliar esta información o a aclararla, si el H. Magistrado lo estimare conveniente o necesario.

"Los documentos que acompaño son:

"1º Oficio del Gobernador del Quindío al señor General Comandante de la Octava Brigada;

"2º Comunicado del Gobernador del Quindío;

"3º Comunicado del señor Comandante de la Octava Brigada;

"4º Comunicación dirigida a Bogotá, que contiene el texto de la alocución del señor Senador Vives Echeverría;

"5º Memorial presentado por el Gobernador al señor Juez Tercero Penal del Circuito de Armenia, en solicitud de la recepción de unos testimonios;

"6º Denuncio presentado ante el señor Juez Primero de Instrucción Criminal de Armenia por el Gobernador;

"7º Copia de la Resolución número 156 de 1970 dictada por el Gobierno Nacional;

"8º Carta a la Mesa Directiva del H. Senado de la República, dirigida por el señor Presidente de la República y el señor Ministro de Gobierno; de fecha 30 de junio;

"9º Respuesta de la Mesa Directiva del H. Senado, con fecha 2 de julio;

"10. Comunicación a la Mesa Directiva del H. Senado, dirigida por el señor Presidente de la República y el señor Ministro de Gobierno, con fecha julio 2;

"11. Respuesta de la Mesa Directiva del H. Senado, de fecha julio 3, dirigida al señor Presidente de la República;

"12. Comunicación del señor Presidente de la República y del señor Ministro de Gobierno, a la Mesa Directiva del H. Senado, de fecha julio 3;

"13. Resolución Nº 160 de 1970, dictada por el Gobierno Nacional.

"Del señor Magistrado, respetuosamente,

"JORGE ARANGO MEJIA
"Gobernador del Quindío".

Mediante auto de 23 de julio de 1970 se tuvo la denuncia presentada por los Dres. Ovidio Rincón y Carlos Daniel Roca como cabeza de proceso y, en consecuencia, se abrió la correspondiente investigación. En el mismo proveído se ordenó la práctica de varias pruebas y se comisionó para el recibo de algunas al Juez Primero Superior del Distrito de Armenia.

En cumplimiento de lo anterior, se trajeron al informativo las siguientes pruebas:

a) Documentarias

1º Copia del decreto por el cual fue nombrado Gobernador del Departamento del Quindío el Dr. Jorge Arango Mejía (fol. 60); 2º Certificación expedida por el Ministro de Gobierno y Secretario General del mismo Ministerio acerca de que el Dr. Jorge Arango Mejía se hallaba en ejercicio del cargo de Gobernador del Departamento del Quindío el 27 de junio de 1970 (fol. 61); y 3º Copia del acta de posesión del Dr. Jorge Arango Mejía como Gobernador del nombrado departamento.

b) Testimonios

Se recibieron las declaraciones bajo la gravedad del juramento de las siguientes personas: Antonio José Botero (fol. 64), Miguel Angel Capacho Rodríguez (fols. 65 y 66), Mario Mesa Jaramillo (fol. 67), Agente de la Policía Nacional José Francisco López Osorio (fol. 68), Sargento de la Policía Nacional Tomás Bernate (fol. 69), Dr. Jorge Arango Mejía (fols. 74 y 75), Carlos Javier Arango Mosquera (fol. 98), Arturo Alvarez (fol. 102), Dr. Telmo Vásquez Vega (fol. 103), Omar Giraldo Ramírez (fol. 104) y Dr. Alfonso Tamayo Tamayo (fol. 105).

c) Inspección ocular

Se llevó a cabo sobre el libro "minuta de guardia" en dependencias del Batallón San Mateo en la ciudad de Pereira para comprobar la llegada a tal Batallón, en calidad de detenido, del senador José Ignacio Vives, así como la hora de salida del mismo (fol. 90).

d) Indagatoria

Con respecto a los motivos que tuvo el acusado para realizar los hechos de que se

le sindica, dice lo siguiente (fols. 99 v., 100 y 100 v.):

"... De conformidad con el artículo 107 de la Constitución Nacional en concordancia con el artículo 195 de la misma Constitución, requerí al señor General Agustín Angarita Niño para que detuviera al Senador José Ignacio Vives Echeverría, en momentos en que éste, ante una manifestación pública en la plaza de Bolívar de Armenia, calumniaba e injuriaba al Gobierno, al señor Presidente de la República e incitaba al desconocimiento del régimen constitucional y de las autoridades que representan éste. Considero que cumplí con mi deber al defender el honor del Gobierno, del señor Presidente de la República e impedir que el Senador Vives continuara incitando al desconocimiento de la Constitución y predicando la resistencia, como él decía, contra las autoridades legítimamente constituídas. Leída la aprobó. Preguntado: ¿Existe constancia en el proceso en el sentido de que antes de iniciarse la manifestación en la plaza de Bolívar ya existía orden de detener al doctor José Ignacio Vives Echeverría cuando éste estuviera haciendo uso de la palabra, orden que precisamente provenía del señor Gobernador del Departamento del Quindío. ¿Qué nos puede decir a ese respecto? Contestó: Si existe alguna constancia en el proceso sobre el hecho por el cual se me pregunta, se ha hecho constar una falsedad. El requerimiento que hice al señor General Angarita Niño, lo fue a las diez y ocho horas y cuarenta y cinco minutos, precisamente ante la actitud asumida por el señor Vives en su intervención. Antes no di y no podía haber dado lógica ni jurídicamente tal orden. Es bueno recordar cómo el señor Vives decía en ese momento que había venido al Quindío más que a presidir una manifestación, a organizar "la resistencia contra el fraude y la infamia". Que ya había estado en Medellín la semana pasada "organizando también la resistencia" y agregaba que esa era oportunidad propicia "para decirle al pueblo hasta donde podemos decir públicamente las cosas que vamos a hacer, qué es lo que va a suceder en Colombia, hacia dónde vamos nosotros y cómo vamos a defender como hombres nuestra victoria". Manifestaba después que había provocado el más caudaloso movimiento popular que el 19 de abril le dio la victoria al caudillo de los pobres y que el presidente de los ricos quiere robarle como los hampones que saquean la hacienda y la bolsa de las gentes humildes". Para terminar diciendo que cuando se aprestaban a defender con las armas "la victoria tan limpiamente conquistada, este sietemesino degenerado que habita en el palacio de San Carlos y que deshonra a la República gobernándola, impuso el estado de sitio y el toque de queda para impedir que los dirigentes de la Anapo llegaran hasta los escrutinios..." Mal habría podido yo tolerar esta clase de desmanes que configuraban y configuran el flagrante delito previsto en el artículo 107. Actué bien, con absoluta buena fe, con la convicción de obrar conforme a derecho, y si la ocasión volviera a presentarse obraría en la misma forma. La majestad de la República se encarna en el señor Presidente, y esto es más cierto en tratándose de un presidente que como Carlos Lleras Restrepo, honra a Colombia y América. Leída la aprobó. Preguntado: ¿Sírvase decirnos, si es su voluntad, si Ud. personalmente oyó el discurso que en la fecha porque se le viene preguntando pronunciaba el doctor José Ignacio Vives Echeverría cuando fue aprehendido por las autoridades? Contestó: Sí, yo personalmente estaba escuchando el discurso. Me encontraba en la plaza de Bolívar en compañía del señor General Agustín Angarita Niño, Comandante de la Octava Brigada, y de don Omar Giraldo Ramírez, en ese entonces Alcalde de Armenia. Había ido allí con el General Angarita con el fin de vigilar el desarrollo de la manifestación, tomar las medidas que las circunstancias indicaran. Paréceme conveniente rememorar la situación que vivía el país en esos días. Un grupo político, el denominado Alianza Popular Nacional, al cual pertenecía el señor Vives, había anunciado públicamente su voluntad de desconocer cualquier resultado que la jurisdicción electoral declarara distinto al triunfo de su candidato presidencial, General Gustavo Rojas Pinilla. Esas circunstancias de anormalidad fueron reconocidas por el H. Consejo de Estado en

oficio número 76 de 15 de julio de 1970, dirigido a los señores Presidente de la República y Ministro de Gobierno, que corre publicado en la Memoria del Ministro de Gobierno al Congreso Nacional, libro que casualmente encuentro aquí en este Despacho, comunicación que en su parte pertinente dice: "El Consejo de Estado ... ha llegado a la conclusión de que el país ya está padeciendo de grave conmoción que de no ser remediada puede conducir a irreparables desórdenes y en opinión del Consejo se han cumplido las condiciones para declarar que el orden está turbado y por tanto para decretar en estado de sitio a toda la República o parte de ella" (pág. 498). El deber del Gobierno era defender el orden constitucional e impedir que el país se precipitara en el caos. Leída la aprobó. **Preguntado:** ¿Sírvase decirnos, si es su voluntad, si sabe quién o quiénes, son autor, autores, cómplices o auxiliadores de los hechos que se investigan en este sumario y relacionados con la detención del doctor José Ignacio Vives Echeverría, ocurrida en esta ciudad durante una manifestación que se llevaba a efecto en la plaza de Bolívar el día veintisiete de junio del actual calendario? **Contestó:** El autor de la orden para que se detuviera al señor Vives fui yo, exclusivamente yo. Estimo, con el debido respeto, que aquí no puede hablarse de cómplices o auxiliares, conceptos que en cierta forma presuponen la existencia de un delito, pues aquí no se investiga ningún delito. Solamente se está escribiendo un capítulo en la modesta vida de un hombre honesto, que como funcionario cumplió con su deber y que si no reclama recompensa alguna por haberlo cumplido, tampoco entendería jamás, como ciudadano y como abogado, que se le sancionara o castigara por haber sabido cumplir con su deber".

El Gobernador Arango Mejía informó al Presidente de la República acerca de los hechos ocurridos en la ciudad de Armenia y que dieron motivo a la detención del Senador Vives, en los siguientes términos (fol. 39):

"Respetuosamente permíteme informarle en la tarde de hoy y siendo las 18 horas y 45 minutos expresamente requerí al Sr. General Agustín Angarita Niño Cdte. Octava Brigada para que ordenara y practicara la detención del Sr. Senador José Ignacio Vives Echeverría requerimiento que el Sr. General atendió en forma inmediata.

"El requerimiento lo hice en el preciso instante en que el Senador José Ignacio Vives Echeverría, ante una manifestación pública en la plaza de Bolívar de Armenia incitaba a la subversión e injuriaba al Sr. Pdte. de la República consideré y sigo considerando que los hechos cometidos por el Senador Vives son delictuosos y que su caso configura el flagrante delito contemplado en el art. 107 de la Constitución Nacional".

Al anterior informe acompañó el texto del discurso del Dr. Vives Echeverría, tomado de una grabación magnetofónica (fols. 39 y 40).

A fin de demostrar la autenticidad de las palabras dichas por el Dr. Vives Echeverría en la plaza de Bolívar de Armenia y transcritas al primer mandatario por el Gobernador sindicado, se oyeron los testimonios juramentados de varios periodistas de la referida ciudad, los que depusieron así:

Declaración de Carlos Gaitán Melo (fol. 34):

"Efectivamente el día veintisiete del presente mes y año estuve presente en una manifestación llevada a cabo por miembros de "la Alianza Nacional" (Anapo), en la plaza de Bolívar de esta ciudad y escuché toda la alocución del Dr. José Ignacio Vives Echeverría, que es precisamente la misma que se me leyó en estos momentos en este Despacho, todo lo escrito en el mismo memorial lo dijo el parlamentario en toda su integridad, por lo tanto él está ceñido a la verdad". **Al numeral cuarto expuso:** "Lo anterior lo escuché porque como miembro del "Círculo de Periodistas del Quindío", y perteneciente a la Asociación Nacional de Periodismo de Colombia, estuve presente en el acto para cumplir con la misión encomendada a mi profesión. Estuve ubicado en la Tribuna principal, desde donde se di-

rigía el Senador José Ignacio Vives Echeverría y pude grabarle su alocución en los precisos momentos en que se dirigía al pueblo allí congregado. Para comprobar esto, está la cinta magnetofónica, todas y cada una de las frases que él esbozó cuando se produjo su detención y no es más lo que tengo para agregar. Como la prueba fehaciente puedo afirmar, además, que por orden del General Agustín Angarita Niño, Comandante de la Octava Brigada y del señor Gobernador, hice entrega del material grabado no solamente al Senador Vives sino a otros que se dirigieron a los presentes, pues todo el material, como se dijo, se encuentra en poder del señor Gobernador y que yo no opuse la menor resistencia a hacer entrega de este material que iba a ser para la Prensa hablada y escrita, es decir, la Nacional y la Radial".

Declaración de Octavio García Ramírez (fol. 36):

"Efectivamente el sábado pasado en las horas de la tarde estuve en la plaza de Bolívar de esta ciudad de Armenia escuchando los oradores del Movimiento de Alianza Nacional Popular y escuché todo el discurso del Senador José Ignacio Vives Echeverría". Al punto tercero: "He oído detenidamente la transcripción del discurso de Vives Echeverría y creo que está ajustado a las palabras textuales del mismo, pues no creo que exista diferencia alguna entre lo expresado por Vives Echeverría y lo que aquí he leído". Al punto cuarto: "Personalmente, estuve como ya lo dije, en la Plaza de Bolívar de Armenia, el sábado próximo pasado en las horas de la tarde. Como tantos otros curiosos me acerqué a escuchar los oradores y puedo atestiguar que todos ellos estuvieron lanzando expresiones que atentan contra el orden público. Personalmente y cuando estaba hablando Vives Echeverría, me le acerqué al señor Gobernador del Departamento y le manifesté que si yo fuese el Gobernador o el Alcalde de Armenia ya había ordenado la detención de todos y cada uno de los oradores, por cuanto estaban irrespetando en una forma bastante diciente al señor Presidente de la República y a las autoridades legalmente constituídas y que no me explicaba la razón para permitirle a estas gentes que buscaran crear un clima de zozobra y de intranquilidad. El señor Gobernador me manifestó que había que esperar el desarrollo de los hechos. Posteriormente se presentó la detención de Vives Echeverría y esto es cuanto tengo para manifestar por haberlo presenciado dicho sábado".

Declaración de Ernesto Acero Cadena (fol. 37):

"El día veintisiete de junio de mil novecientos setenta hacia las cuatro y treinta de la tarde acudí a la plaza de Bolívar de Armenia en mi condición de Periodista y con el propósito de asistir a la Manifestación Pública anunciada por el Movimiento Político denominado "Alianza Nacional Popular", y sabedor de que, en dicha concentración se haría presente, entre otros, el Senador José Ignacio Vives Echeverría. Provisto de un aparato de grabación magnetofónica de propiedad de "La Voz del Comercio" a mi cargo para el desempeño de mi labor periodística, me ubiqué en un balcón del edificio en donde se había instalado la tribuna de oradores. Desde aquel sitio escuché el discurso pronunciado por el Senador José Ignacio Vives Echeverría y obtuve un registro magnetofónico que es propiedad de "La Voz del Comercio" y reposa en los actuales momentos en dicha Empresa". Al punto tercero: "Teniendo en mis manos la versión escrita del discurso pronunciado por el Senador Ignacio Vives Echeverría en la fecha y horas citadas en este mismo oficio estoy en capacidad de afirmar que corresponde textualmente en toda su extensión a las palabras pronunciadas por el citado Vives Echeverría y que coincide íntegramente con la grabación magnetofónica por mí obtenida en el sitio en que fueron pronunciadas". Al punto cuarto: "Como lo dije en el punto segundo, me encontraba en la tribuna que ocuparon los oradores anapistas, desde las cuarto y treinta de la tarde aproximadamente cumpliendo con las obligaciones y tareas que imponen mi profesión periodística. Hacia las seis y treinta más o menos y después de que hablaran entre otros señores Ovidio

Rincón, Helmer González, Gerardo Londoño, Carlos Daniel Roca y Mario Carrillo ocupó los micrófonos del sistema de amplificación allí instalado el Senador Vives Echeverría ante una audiencia de aproximadamente tres mil personas. Lo por él dicho queda consignado en el memorial presentado por el Dr. Arango Mejía. En el momento en que pronunciaba las palabras "... este sietemesino degenerado que habita en el Palacio de San Carlos y que deshonra a la República gobernándola...", observé movimiento de tropa y segundos más tarde una patrulla de Policía Militar solicitaba a Vives Echeverría "le acompañara". Esto lo interpreté como una captura o detención militar por orden superior. El conocimiento de lo anteriormente expuesto poseo se basa en el hecho de encontrarme presente en el sitio de los acontecimientos y a la hora en que se sucedieron, como periodista objetivo, veraz e imparcial".

En atención a que se había aseverado que uno de los agentes de la policía que prestaron servicio de orden público en la ciudad de Armenia el día en que el Senador Vives Echeverría fue privado de la libertad, les dijo a unos amigos suyos que se había impartido la orden de detener al nombrado congresista antes de iniciarse la manifestación política, se le llamó a rendir declaración, lo propio que al Suboficial que comandaba a los uniformados, y ambos expusieron:

Declaración del Agente de la Policía Nacional José Francisco López Osorio (fls. 68 y 68 v.):

"Ese sábado veintisiete de junio me encontraba prestando servicio por los lados del DAS en compañía de unos diez o quince compañeros cuando nos comunicaron que había orden de detener al doctor "Nacho" Vives, orden que provenía del señor Gobernador y la cual consistía en aprehenderlo apenas estuviera hablando en una manifestación que se iba a llevar a efecto en esa fecha. Después de que nos enteraron de esa orden yo le pedí permiso al Sargento Bernate para venir al Bar Bochica con el fin de ocupar el orinal y cuando salía me llamaron Mario Mesa y Ariel cuyo apellido ignoro y me brindaron tinto, les respondí que no porque estaba en un servicio; ellos me preguntaron que si era verdad que había una manifestación esa tarde y que si como estaba, entonces yo les respondí que hasta el momento no había sucedido nada pero que había la orden de detenerlo cuando estuviera hablando; también me parece haberles dicho que esa orden la había dado el Gobernador. Eso es todo. **Preguntado:** ¿A Ud. le correspondió intervenir en la captura del doctor José Ignacio Vives Echeverría? **Contestó:** No me correspondió porque estábamos tapando la bocacalle. Esa captura me parece que la hizo el ejército. **Preguntado:** Sírvase decirnos ¿quién le comunicó a Ud. que había orden de detener al Senador Vives Echeverría? **Contestó:** Eso se estaba comentando ahí entre todos los Agentes, no sé cómo se darían cuenta pero seguro fue en el Comando donde se enteraron ellos. **Preguntado:** Sírvase darnos los nombres de los Agentes que estaban en su compañía prestando servicio cuando se hizo el comentario a que viene haciendo alusión. **Contestó:** Yo no me recuerdo del nombre de ninguno de los Agentes, sólo tengo presente al Sargento **Alonso Tomás Bernate** quien fue quien me dio el permiso para ir al Bar Bochica. **Preguntado:** Sírvase decirnos ¿qué instrucciones les dieron a Uds. en relación con la manifestación que se iba a llevar a cabo en la plaza de Bolívar? **Contestó:** A nosotros únicamente se nos dio orden de taponar las bocacalles para no dejar salir a nadie de la plaza de Bolívar. **Preguntado:** ¿Qué más tiene que agregar a su declaración? **Contestó:** No es más. **Preguntado.** ¿Díganos a qué horas oyó Ud. el comentario referente a que el doctor José Ignacio Vives Echeverría iba a ser aprehendido cuando estuviera hablando por orden del señor Gobernador? **Contestó:** Eran por ahí las cuatro y media o cinco de la tarde".

Declaración del Sargento de la Policía Nacional Tomás Bernate Alonso (fols. 69 y 69 v.):

"El día porque se me pregunta me asignaron servicio en la carrera 14 con calle 22, en compañía de ocho agentes y cuando subí a la plaza de Bolívar esa captura ya la

habían efectuado y por ello nada me consta al respecto. Preguntado: ¿Sírvase decirnos si entre los agentes que bajo su mando prestaban el servicio en la dirección anotada, se encontraba el Agente José Francisco López Osorio? Contestó: Sí se encontraba. Preguntado: Sírvase decirnos ¿qué clase de servicio les fue asignado en esa fecha? Contestó. El servicio que me fue asignado fue el de taponar esa calle o mejor la carrera que conduce a la plaza de Bolívar, pues tenía orden de no dejar entrar ni salir a nadie de la mencionada plaza. Preguntado: ¿Estando Ud. con los Agentes prestando ese servicio se enteró que existiera alguna orden de captura contra el Senador José Ignacio Vives Echeverría, caso afirmativo sírvase decirnos de qué autoridad provenía? Contestó: Solo me di cuenta después de que había sido capturado. Preguntado: Existe constancia en el proceso en el sentido de que en la fecha porque se le pregunta y cuando Ud. en compañía de los agentes prestaban servicio en la calle 22 con carrera 14 se comentaba entre ustedes, a eso de las cuatro y media de la tarde, que el Gobernador del Departamento del Quindío había impartido orden de detener al Senador José Ignacio Vives Echeverría cuando estuviera hablando en una manifestación que se iba a llevar a cabo ese día en la plaza de Bolívar. ¿Qué nos puede decir sobre el particular? Contestó: Yo no me di cuenta de nada de eso, solo me enteré que lo habían capturado y que la orden la había impartido el señor Gobernador. Pero repito, eso lo supe después de habérselo llevado para la Octava Brigada. Preguntado: ¿Recuerda Ud. el nombre de los agentes que prestaban servicio ese día en su compañía? Contestó: A excepción de Francisco no recuerdo a ninguno porque había personal de Calarcá, Circasia, Montenegro, en fin, de todo el Departamento. Preguntado: ¿En el Comando de la Policía quedó constancia referente a los agentes que prestaron en su compañía el servicio que menciona en esta diligencia? Contestó: No doctor, allá no quedó ninguna constancia porque fue una cosa rápida, pues llegó el personal y ahí mismo lo hicieron formar y me asignaron esos agentes para el servicio sin anotación alguna. Preguntado: Sírvase decirnos ¿qué más tiene que agregar a la presente? Contestó: No es más".

Concepto del Ministerio Público

Dentro del término señalado en el art. 3º del decreto 1358 de 1964, el Procurador Primero Delegado en lo Penal, después de hacer un detenido análisis del recaudo probatorio, solicita que se profiera en favor del Dr. Jorge Arango Mejía sobreseimento de carácter definitivo, con fundamento en lo previsto en el ordinal 2º del artículo 437 del C. de P. P., porque "todos los elementos de convicción recibidos en la etapa sumaria demuestran palmariamente la inocencia del Gobernador indagado por estar ajustada su conducta estrictamente a mandatos constitucionales y legales pertinentes".

Consideraciones de la Sala

Los cargos que se le formularon a Jorge Arango Mejía como Gobernador del Quindío configurarían el delito de detención arbitraria (art. 295 del C. P.)

Sabido es que los elementos básicos de esta infracción, en su modalidad típica, son:

a) que el responsable tenga carácter de funcionario o empleado público:

b) que se prive a alguien de su libertad, sin que sea necesario que este acto se realice en lugares especialmente destinados a cumplir la detención. Basta que se cumplan determinadas formas de procedimiento;

c) que el agente obre con abuso de sus atribuciones, "vale decir, cuando la ley no autoriza u ordena aquella privación de la libertad individual, sino que depende únicamente del capricho del funcionario" (C. S. J., auto de 27 de febrero de 1946, LX, 205, entre otros).

El primer elemento básico está acreditado plenamente con la copia del decreto por el cual se nombró como Gobernador del Departamento del Quindío al doctor Jorge Arango Mejía (fol. 60), con la certifica-

ción expedida por el Ministro de Gobierno y el Secretario General del mismo Ministerio (fol. 61) y con la copia del acta de posesión (fol. 93).

El segundo elemento básico se halla asimismo probado plenamente con las múltiples declaraciones que obran en el informativo, con la inspección ocular y con la confesión del sindicado hecha en su indagatoria.

Resta analizar el tercer elemento, es decir, que el hecho de la privación de la libertad del doctor Vives Echeverría se realizó por el procesado abusando de sus funciones de Gobernador.

Manifiesta el funcionario acusado en su indagatoria que ordenó la detención del Senador José Ignacio Vives Echeverría, porque "calumniaba e injuriaba al Gobierno, al señor Presidente de la República e incitaba al desconocimiento del régimen constitucional y de las autoridades que representan éste. Considero que cumplí con mi deber al defender el honor del Gobierno, del señor Presidente de la República e impedir que el Senador Vives continuara incitando al desconocimiento de la Constitución y predicando la resistencia, como él decía, contra las autoridades legítimamente constituídas".

Y el Procurador, en su alegación, dice: "Es innegable que el discurso que el senador Vives pronunció en la Plaza de Bolívar de la ciudad de Armenia el día 27 de junio del año próximo pasado y el cual está transcrito en el plenario, tomado de cintas magnetofónicas con prueba idónea que garantiza su autenticidad, tenía como finalidad clara y precisa incitar a los militantes del grupo político a que pertenecía y en cuyo nombre hablaba el Senador, a actos de los reseñados por el legislador para tipificar el delito 'de la rebelión' según lo acredita el contenido del art. 139 de nuestro Estatuto penal. Las locuciones o términos con que se expresó el senador Vives desde la tribuna pública, como también el espíritu mismo de la intervención oratoria, analizada en su todo integral, aun para el más desprevenido observador o analítico de ella, lleva a formarse la misma convicción que alentó al señor Gobernador para creer que se estaba ante un hecho delictuoso que amenazaba el orden público, no solo en la ciudad de Armenia sino en todo el país" (fols. 142 y 143).

De lo anterior colige el Procurador que el sindicado procedió enteramente de acuerdo con la ley al ordenar la detención del senador Vives Echeverría, porque éste, al ser aprehendido, se hallaba perpetrando el delito previsto en el artículo 149 del C. P. que es el de la instigación a cometer rebelión o sedición, por lo cual era procedente dar aplicación al artículo 107 de la Carta Fundamental.

Para puntualizar los elementos básicos de la instigación específica para delinquir, prevista en el citado artículo 149, preciso es determinar qué es la rebelión y la sedición (arts. 139 y 142 del C. P.); mas para lo que concierne al caso sub judice, importa establecer solamente que el núcleo de la acción delictiva de las distintas modalidades de la rebelión así como de la sedición lo constituye el alzamiento en armas. De suerte que quien instigue a cometer el delito de rebelión o sedición, ha de invitar formal y directamente a un alzamiento en armas o comunicar instrucciones o indicar los medios para consumarlo. La primera forma de la infracción implica una instigación directa, e indirecta la segunda. Pero tal instigación debe surgir de los discursos o proclamas o de los escritos publicados, con carácter inequívoco, en forma clara, pues tal es la exigencia que hacen los términos invitación formal y directa, que es tanto como indubitable, seria y capaz de determinar a quienes está dirigida. Por ello —como observa un autor— no todo discurso tendrá carácter subversivo y la mera agitación política contra el gobierno no entraña la modalidad de que trata el precepto del art. 149.

Ahora bien, el senador Vives Echeverría, según la versión de su discurso tomada auténticamente de la grabación magnetofónica, dijo en la plaza de Bolívar de Armenia que había ido a "las valerosas tierras

del Quindío, más que a presidir esta manifestación a organizar la resistencia contra el fraude y la infamia".

A juicio de la Sala, estas palabras del doctor Vives no constituyen una invitación formal y directa a la rebelión o a la sedición, pues son equívocas, pudiendo interpretarse, entre otros sentidos, como enderezadas a provocar la agitación política contra el gobierno. Y es que de ellas no se desprende inequívocamente que el citado parlamentario invitara al alzamiento en armas para derrocar al Gobierno Nacional, legalmente constituído, o para cambiar o suspender en todo o en parte el régimen constitucional existente, o para impedir el cumplimiento de alguna sentencia, ley, decreto o providencia obligatoria, o para deponer a alguno de los funcionarios o empleados públicos, o para arrancarles alguna medida o concesión, o, en general, para impedir en cualquier forma el libre funcionamiento del régimen constitucional o legal vigentes.

Por modo que el Gobernador Arango Mejía, al ordenar la detención del doctor Vives, no procedió en consonancia con el artículo 107 de la Carta, pues no se trataba de un caso de flagrante delito. De ahí se infiere que cometió, objetiva o materialmente, lo que ante la ley penal colombiana constituye el delito de detención arbitraria.

Mas importa analizar el elemento subjetivo de dicha infracción. Este elemento consiste en la intención o propósito de privar de su libertad a una persona, sabiendo el funcionario o empleado público que su acto es contrario a las normas reguladoras de la propia actividad oficial y, por consiguiente, que viola los derechos ajenos.

Dice el Doctor Arango Mejía en su indagatoria (fol. 100 v.): "El autor de la orden para que se detuviera al Senador Vives fui yo, exclusivamente yo. Estimo, con el debido respeto, que aquí no puede hablarse de cómplices o auxiliadores, conceptos que en cierta forma presuponen la existencia de un delito. Solamente se está escribiendo un capítulo en la modesta vida de un hombre honesto, que como funcionario cumplió con su deber y que si no reclama recompensa alguna por haberlo cumplido, tampoco entendería jamás, como ciudadano y como abogado, que se le sancionara o castigara por haber sabido cumplir su deber".

Esta aseveración, que aparece manifiestamente sincera, plantea un obrar de buena fe por error esencial de derecho que excluye el dolo, y encuentra respaldo en las siguientes circunstancias:

a) Personalidad del funcionario acusado, quien a lo largo del informativo y por los testimonios de elevada prestancia intelectual, social, etc., se presenta como un individuo de aquilatada pulcritud y ejemplares virtudes, públicas y privadas. Este factor, excluyente de la capacidad para delinquir, es también contraindicio de responsabilidad en un caso como el sub judice.

b) La situación de orden público que vivía la nación en la época a que se contraen los hechos investigados, porque, como expresa el Procurador, a raíz de los acontecimientos que se produjeron con posterioridad al 19 de abril de 1970, fecha en la cual se llevaron a cabo los comicios electorales para elegir Presidente de la República y miembros de los Cuerpos Colegiados, el Gobierno, previo concepto del Consejo de Estado, declaró en estado de sitio todo el territorio nacional, por perturbación del orden público. Esta situación, de todos conocida, demandaba ciertamente de las autoridades suma vigilancia para la represión del más pequeño brote de agitación que estuviera destinado a alterar la tranquilidad ciudadana y con mayor razón en un departamento como el Quindío, "en el cual, no obstante haber cesado 'la guerra civil no declarada', en forma latente permanecen factores sociopolíticos que de no controlarse y vigilarse permanentemente pueden producir caótica y destructora situación en la normal y pacífica convivencia a que tienen derecho los ciudadanos y obligación de conservar y garantizar las autoridades".

c) Las propias palabras del Senador Vives Echeverría, que si ciertamente no constituyen una inequívoca instigación a la rebelión o a la sedición —como se ha dicho—,

porque no son una invitación formal y directa al alzamiento en armas, sí eran susceptibles de ser consideradas así en el momento y circunstancias especiales en que las estimó el Gobernador, dadas las condiciones que vivía el país, todo ello "acumulado a otras manifestaciones escritas de las directivas del grupo político en que militaba el Senador Vives y en las cuales figuraba su firma como autor de ellas". A la verdad, la expresión "la resistencia contra el fraude y la infamia", aunada a las circunstancias dichas, por su sentido multívoco en cuanto a su naturaleza e implicaciones, bien podía interpretarla un funcionario sobre cuyos hombres pesaba la responsabilidad de defender el orden social en estado de sitio como una incitación a la subversión:

De manera que puede afirmarse que el doctor Arango Mejía, al ordenar la detención del doctor Vives Echeverría, no procedió con la conciencia de que su acto era contrario a las normas reguladoras de su propia actividad oficial, sino creyendo que era el cumplimiento de algo indispensable al interés colectivo: garantizar el orden público.

Obró, en consecuencia, con plena buena fe, determinada por error esencial de derecho y prevista como causal de irresponsabilidad por el ordinal 2º del artículo 23 del C. P. No hubo dolo en la conducta del funcionario acusado y, por tanto, es procedente sobreseer con carácter definitivo en su favor, de acuerdo con el ordinal 3º del artículo 437 del C. de P. P.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, oído el concepto del Ministerio Público y de acuerdo en lo sustancial con él y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, SOBRESEE DEFINITIVAMENTE en favor del doctor Jorge Arango Mejía, de condiciones civiles conocidas, con respecto a los cargos que se le hicieron en este proceso como Gobernador del Departamento del Quindío.

Cópiese y notifíquese. Archívese.

José María Velasco Guerrero, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta.

J. Evencio Posada V., Secretario.

ABUSO DE AUTORIDAD

Los errores en el procedimiento o en la forma de aplicar las normas que lo señalan para resolver un caso dado y aun en la aplicación de la ley sustancial, no permiten por sí solos, estructurar el elemento subjetivo del delito de abuso de autoridad.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, dieciséis de marzo de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Doctor Mario Alario Di Filippo).

(Aprobado: Acta número 9 de 12 de marzo de 1971).

Vistos

Cumplida la tramitación de rigor, procede la Corte a decidir sobre la consulta del auto de 3 de diciembre último, dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga en el proceso seguido contra Esteban Arocha Díaz, Juez Promiscuo Municipal de Macaravita, por los delitos de abuso de autoridad y de prevaricato. El auto consultado sobresee definitivamente en favor del sindicado, de acuerdo con el ordinal 1º del artículo 437 del C. de P. P., porque los hechos investigados no son constitutivos de delito.

Hechos y actuación procesal

Los primeros los resume así la providencia materia de la consulta:

"El sindicado Arocha Díaz fue denunciado por el señor Luis Antonio Vásquez ante el H. Tribunal Superior del Distrito de Málaga, por cuanto en ese entonces la entidad en cuestión, actualmente extinguida, era la competente para conocer del asunto; en desarrollo de las últimas disposiciones sobre demarcación judicial hubo de continuar la tramitación del proceso esta Corporación.

"Los sucesos que dieron motivo al sumario pueden reseñarse así: el denunciante Luis Antonio Vásquez en predios de su propiedal denominados 'Juaniza', 'Juncal', o 'Villeta', ubicados en Macaravita (Santander), tenía un viviente o aparcero, de nombre Juvenal Arismendi, quien residía con su mujer Ascensión Silva de Arismendi, e hijos, en una pequeña casa pajiza o rancho. El denunciante Vásquez consideró necesario que su viviente Juvenal Arismendi saliera de sus predios, y con respecto a este último realizó las correspondientes diligencias ante la Alcaldía Municipal de Macaravita para ese fin. Transcurrió el término acordado para que Arismendi abandonara las tierras de Vásquez, y como Arismendi continuara residiendo en la pequeña casa pajiza o rancho, resolvió Luis Antonio Vásquez, en asocio de varios obreros suyos llamados Crisanto Vásquez, Salustiano Vargas, Benigno Ramírez y Bernabé Duarte, trasladarse al sitio donde estaba ubicada la casa pajiza o rancho en que vivía Arismendi, y ya allí, Luis Antonio Vásquez informó a Arismendi sobre su propósito de proceder inmediatamente a derribar la casa o rancho, ya que Arismendi había sido renuente a desocupar con anterioridad. Hecha esa prevención por Vásquez, éste y sus obreros ya nombrados procedieron a cumplir lo que acababa de informar a Arismendi, y en efecto derribaron la casa pa-

jiza o rancho. Esto ocurrió en las horas de la mañana del 22 de abril de 1969.

"Juvenal Arismendi, afectado por los actos realizados por Luis Antonio Vásquez y sus obreros, procedió a denunciar ante la Alcaldía Municipal de Macaravita la destrucción de su vivienda; la Alcaldía de Macaravita, sin ninguna actuación envió el denuncio formulado por Juvenal Arismendi, al Juzgado Municipal de Macaravita, despacho este último que procedió a tramitar el aludido denuncio y a adelantar el respectivo sumario. Dentro del sumario fueron indagatoriados Benigno Ramírez, Salustiano Vargas, Bernabé Duarte y Crisanto Vásquez, siendo estos los obreros que habían intervenido en la demolición de la vivienda de Arismendi. Luis Antonio Vásquez no fue indagatoriado por no haberse obtenido su comparecencia. El Juez Promiscuo Municipal de Macaravita, señor Esteban Arocha Díaz, dentro del sumario a que se viene aludiendo profirió auto de detención de los ya nombrados, Crisanto Vásquez, Salustiano Vargas, Benigno Ramírez, Bernabé Duarte, y también de Luis Antonio Vásquez, con fecha mayo 22 de 1969; quedaron detenidos, pues, los citados Crisanto Vásquez, Salustiano Vargas, Benigno Ramírez y Bernabé Duarte; por no haberse obtenido la captura de Luis Antonio Vásquez, no fue sometido éste a detención preventiva".

En lo que respecta a la actuación procesal, el Procurador Segundo Delegado en lo Penal hace un recuento de ella en los siguientes términos:

"Ratificada la denuncia se dictó auto cabeza de proceso, se ordenó la práctica de varias pruebas y de ellas se estableció:

"a) Por Acuerdo número 20 del 7 de julio de 1967, el acusado fue nombrado Juez Promiscuo Municipal de Macaravita en interinidad, posesionado del cargo el 12 de julio del mismo año, ejercía funciones por la época de los hechos (fl. 87 y 88).

"b) En su indagatoria el acusado hizo una relación de antecedentes entre el denunciante y su concubina Rosa Elena Torres, como también de los varios sumarios promovidos por ellos, y agregó que no se excedió en su funciones porque los detenidos habían sido acusados de destruir una vivienda campesina que albergaba numerosa familia.

"Acompañó copia de los antecedentes del denunciante y de la Resolución número 08 del 25 de marzo de 1969 por medio de la cual la Procuraduría del Distrito Judicial de Málaga declaró sin fundamento una queja elevada contra el acusado por el mismo Luis Antonio Vásquez.

"c) Juvenal Arismendi a folio 35 dijo:

"Yo estaba viviendo en tierras de Luis Antonio Vásquez y entonces don Luis Antonio me tumbó la casita donde yo vivía y el motivo de tumbarme la casa fue porque yo me trataba con la señora Elena Torres ... Yo fui dos veces a la Alcaldía a dar la queja pero el Alcalde no quiso atenderme, entonces como a los tres días fui al juzgado y le dije a don Esteban que era el Juez y entonces él me recibió el denuncio que fue contra don Luis Antonio Vásquez y los obreros que llevó para tumbarme la casita..."

"d) Las copias del sumario adelantado contra Luis Antonio Vásquez y otros, enseña que se inició el 8 de mayo de 1969 por el Alcalde de Macaravita, se remitió al Juzgado Municipal donde se ratificó y cumplió la denuncia, se recibieron los testimonios de Isidro Arismendi, Blanca Nieves Arismendi, Ascensión Silva, se practicó inspección judicial y en ella se estableció que la casa habitada por Arismendi con su familia había sido completamente destruída, se indagó a los denunciados y con base en lo anterior, el 22 de mayo del mismo año, el Juzgado dictó auto de detención contra Luis Antonio Vásquez, Crisanto Vásquez, Salustiano Vargas Mesa, Benigno Ramírez Mojica y Bernabé Duarte S. como responsables del delito de despojo. Negada la revocatoria de este auto, se pidió al Juez aplicar el artículo 153 del C. P. P. por inexistencia del delito y lo negó, el 26 de julio de 1969, interpuesto el recurso de apelación el Tribunal de Bucaramanga, el 21 de octu-

bre del mismo año, revocó la decisión del Juez acusado y declaró que los hechos investigados no eran constitutivos de delito (fl. 24 a 58).

"El 24 de octubre de 1970 declaró cerrada la investigación y el H. Tribunal Superior de Bucaramanga sobreseyó definitivamente en favor del funcionario, porque los hechos a él atribuídos no eran constitutivos de delito".

Concepto del Procurador

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal solicita que se confirme el auto consultado, porque "la resolución tomada por el acusado al dictar auto de detención, no revocarlo y negar la aplicación del artículo 153 del C. de P. P. no fue arbitraria o injusta. Honestamente creyó encontrar motivo suficiente para deducir responsabilidad a los sindicados y observó las formalidades prescritas por el Código de Procedimiento Penal. Tampoco aparecen demostrados los elementos que tipifican el delito de abuso de autoridad de que trata el artículo 171 del C. P.".

Se considera:

Corresponde acoger, en su integridad, el concepto del Agente del Ministerio Público, porque la actuación del acusado, señor Arocha Díaz, no da base al delito de prevaricato ni al de abuso de autoridad.

Esta última infracción implica que se "cometa o haga cometer un acto arbitrario o injusto contra una persona o contra una propiedad".

En el caso sub judice, aun suponiendo que se hubiese incurrido en un yerro al dictar auto de detención, no revocarlo y negar la aplicación del artículo 153 del C. de P. P., debe recordarse que los errores en el procedimiento o en la forma de aplicar las normas que lo señalan para resolver en un caso dado y aun en la aplicación de la ley sustancial, no permiten, por sí solos, conformar el elemento subjetivo del delito de abuso de autoridad, en la hipótesis prevista en el artículo 171 del C. P., cuando la buena fe preside aquella equivocación y no resulta prueba alguna que desvirtúe esa buena fe. Esa condición psíquica de esta infracción penal obliga, cuando no resulta demostrada, a considerar que no cabe reprimir penalmente al funcionario por abuso de autoridad.

El error, por sí mismo, no demuestra el propósito de obrar contra derecho. Es indispensable que "otras circunstancias acrediten la intención criminosa en las actuaciones judiciales", como lo señala la Corte, en providencias de 22 de octubre de 1945 (G. J. t. LIX, pág. 998), de 1º de febrero de 1949 (G. J. t. LXV, pág. 420) y de 24 de octubre de 1966 (G. J. t. CXVIII-bis, pág. 38), a saber:

"El elemento material de la infracción, es, pues, la ejecución de actos arbitrarios o injustos, contra las personas o las propiedades. En este sentido cabe explicar que lo arbitrario es lo que no tiene respaldo legal alguno, lo que depende únicamente del capricho del actor, y que lo injusto es algo más, es lo que va directamente contra la ley y la razón, violando la equidad. Pero hay que tener presente que no basta la comprobación del elemento material u objetivo de la infracción, porque como en todo delito (y salvo en casos de inconsciencia) es indispensable acreditar el elemento psíquico, esto es, el dolo, que consiste, en ese evento, en la voluntad o propósito de 'cumplir u ordenar el acto de que se trata sabiéndolo contrario a las normas reguladoras de la propia actividad funcional y a los intereses ajenos', como dice Mancini. Es verdad que el Código no requiere, en este caso, el dolo específico del prevaricato, vale decir, el proceder 'a sabiendas', pero sí el dolo genérico y este elemento psíquico debe aparecer suficientemente demostrado, según los artículos 429 y otros del Código de Procedimiento Penal. En este orden, no basta la disparidad de criterios entre los juzgadores de las instancias, ni entre éstos y los litigantes, para deducir el abuso de autoridad, porque los jueces tienen que aplicar los preceptos legales a los casos particulares por medio de juicios que no pueden

ser uniformes, dada la organización racional humana. Ni basta tampoco el error en la aplicación de la ley, porque si los hombres son falibles en sus apreciaciones y si la buena fe se presume, mayormente ha de suponerse por razón de su oficio en los encargados de administrar justicia, y ni la disparidad de apreciaciones ni el error demuestran, por sí solos, el propósito doloso de obrar contra el derecho. Será necesario, pues, que otras circunstancias acrediten la intención criminosa en las actuaciones judiciales".

Y si no tiene demostración alguna, como se dejó anotado, el delito de abuso de autoridad, con menos razón puede pensarse en que sea imputable al señor Arocha Díaz el delito de prevaricato, si se atiende que en esta última infracción, de acuerdo con el artículo 2º del decreto 2525 de 1963, que modificó el artículo 168 del C. P., expresamente se exige el elemento 'a sabiendas', en el funcionario o empleado público o en el que transitoriamente desempeñe funciones públicas, en cuanto al dictamen, resolución, auto o setencia que profieran, en forma contraria a la ley.

De lo expuesto se colige que corresponde sobreseer con carácter definitivo en favor del acusado, con arreglo a lo que señala el ordinal 1º del artículo 437 del C. de P. P.

Con fundamento en las precedentes consideraciones, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, oído el concepto del Ministerio Público y de acuerdo con él y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA el auto de sobreseimiento definitivo consultado, de fecha y procedencia indicadas en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

José María Velasco Guerrero, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta.

J. Evencio Posada V., Secretario.

NULIDADES

Decretada la nulidad procesal, mientras no se subsane el procedimiento, no puede el a-quo hacer pronunciamiento de fondo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, dieciséis de marzo de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Doctor Mario Alario Di Filippo).

(Aprobado: Acta número 9 de 12 de marzo de 1971).

Vistos

Cumplida la tramitación de rigor, procede la Corte a decidir sobre la consulta de la providencia de 7 de diciembre último, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto sobresee definitivamente en favor de Efraín F. Mejía Pazmiño, en su carácter de Juez Promiscuo Municipal de El Charco, en el proceso seguido contra él por el delito de abuso de autoridad ("denegación de justicia").

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal solicita en su vista que se confirme la providencia materia de la consulta.

Pero esta Sala de la Corte se abstendrá de considerar los fundamentos de tal proveído, porque observa que éste no podía ser dictado en el momento procesal en que lo fue. En efecto, en auto de 19 de noviembre anterior, el mismo Tribunal (f. 58) declaró nulo lo actuado a partir del de fecha 29 de septiembre de 1970 (f. 53), que declaró cerrada la investigación, y ordenó "a la Secretaría la elaboración de las copias pertinentes, para que en proceso separado se investiguen los cargos relativos a la intervención en política" imputados al mencionado ex-Juez; y posteriormente dictó el de sobreseimiento definitivo, sin que hubiera sido repuesta la actuación afectada de nulidad que incluía el auto de clausura de la investigación, vale decir, que ésta permanece abierta, de manera que no podía producirse el pronunciamiento del a-quo sometido a consideración de la Corte, porque se pretermitieron las previas formalidades esenciales.

Por 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, DECLARA NULA la providencia sometida a consulta.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de procedencia.

José María Velasco Guerrero, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta.

J. Evencio Posada V., Secretario.

ESTADO DE IRA E INTENSO DOLOR

Para que constituya la atenuante de responsabilidad de que trata el artículo 28 del Código Penal, debe calificarlo el Jurado, como grave e injusto, pues no todo estado de ira o de intenso dolor conforma la atenuante antes citada.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, dieciséis de marzo de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Doctor Mario Alario Di Filippo).

(Aprobado: Acta número 9 de 12 de marzo de 1971).

Vistos

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, mediante sentencia calendada el 24 de agosto de 1970, condenó a Tiberio Cartagena Arias, como responsable del delito de homicidio agravado en la persona de Mariela Vera, a la pena principal de quince años de presidio así como a las sanciones accesorias correspondientes.

Contra el referido fallo interpuso recurso de casación el procesado, quien por intermedio de apoderado presentó la condigna demanda que se declaró formalmente ajustada a las exigencias de rigor legal.

Hechos y actuación procesal

Los primeros, conforme a la verdad procesal, los resume en la siguiente forma la vista de la Procuraduría Segunda Delegada en lo Penal:

"En el mes de enero de 1968 las autoridades de la Inspección Departamental de Puerto Rico (Meta) fueron informadas que cerca al caño de Yamú, Tiberio Cartagena había dado muerte a su compañera Mariela Vera.

"En relación con el desarrollo de los hechos investigados en este proceso hay dos versiones. El acusado en la indagatoria explicó que convivía con Mariela Vera desde hacía doce años y tenía tres hijos de seis, cuatro y un año y medio de edad para enero del año citado, mes este en el cual la mujer abandonó el hogar y obtuvo alojamiento en la habitación de Tadeo González. En tres ocasiones requirió a Mariela para que volviera al hogar, pero la mujer se negó alegando que deseaba estar sola. Agregó el sindicado Cartagena que una tarde se dirigió a la casa donde se alojaba Mariela con el fin de arreglar unos jornales con el propietario del inmueble y al pasar por la montaña encontró a Mariela y a Santiago N. ejecutando el acto carnal y de inmediato disparó a ella una escopeta causándole la muerte en forma inmediata.

"Tadeo González, propietario del rancho donde se alojaba Mariela Vera, anciano de 72 años de edad, manifestó, en síntesis, al Juez de San Martín lo siguiente:

"Que conocía a Tiberio Cartagena hacía dos años y poco tiempo antes de los hechos llegó a su habitación acompañado de su mujer y de los hijos y de dos compañeros de trabajo, uno de los cuales se llamaba Santiago y ante los ruegos de Tiberio accedió a que cultivaran arroz en su compañía.

Agregó el declarante que un día se presentó a su habitación la mujer Mariela Vera a solicitarle alojamiento porque Tiberio la había amenazado pegarle porque una culebra había mordido a un perro. Relató el testigo que al otro día llegó Tiberio e instó a la mujer a regresar al hogar pero ésta replicó que como la había amenazado no regresaría. En ausencia de Tadeo González volvió una vez más Tiberio y pretendió a la fuerza que la mujer lo siguiera pero ésta resistió y entonces el hombre la amenazó con 'meterle un tiro'. El mismo día, mientras Tiberio se alejó de la habitación de González con el fin de conseguir unas yucas, Mariela se internó en la sabana con sus dos menores hijos, hecho este que exacerbó a Tiberio. El declarante aprovechó para hacer a Cartagena reflexiones sobre el acto que pretendía ejecutar, el cual le traería graves consecuencias no solamente a él sino a sus hijos; afirmó el testigo que Cartagena le hizo saber que aunque no abrigaba sospechas de Mariela, sin embargo le habían contado que ella tenía amores con el hombre llamado Santiago. Al día siguiente de esta conversación, a eso del medio día, cuando Mariela ayudaba a unas labores de cocina en casa de González, los habitantes oyeron una detonación y encontraron cerca del inmueble a Mariela muerta como consecuencia de un disparo de arma de fuego hecho por Tiberio.

"El testigo Carlos Julio Sáenz confirmó en parte el relato hecho por el testigo Tadeo González".

Calificóse el mérito de la investigación en auto de 20 de junio de 1968, mediante el cual el Juzgado Segundo Superior de Villavicencio llamó a responder en juicio criminal, con intervención del jurado de conciencia, a Tiberio Cartagena Arias, como autor del delito de homicidio agravado en la persona de Mariela Vera.

Al subir dicho auto en grado de apelación al Tribunal Superior de Villavicencio, esta entidad lo confirmó en el suyo de 5 de septiembre de 1968.

Adelantada la causa y concluída la audiencia pública, con sujeción a los términos y especificaciones del auto de proceder, se sometió a la consideración del tribunal popular el siguiente cuestionario:

"El enjuiciado Tiberio Cartagena Arias, hijo de Eleuterio Cartagena y de Chiquinquirá Arias, de 33 años de edad, natural de 'El Guamo', Tolima, de estado civil soltero, sin documentos de identificación, de profesión agricultor, vecino de Puerto Rico (San Martín), y alfabeto, es responsable SI o NO, de haber dado muerte con intención de matar a Mariela Vera, con premeditación acompañada de motivos innobles o bajos, en circunstancias que pusieron a la víctima en condiciones de indefensión, como la asechanza y la alevosía mediante heridas causadas con arma de fuego de mediano alcance (escopeta), que le produjeron a la víctima su deceso en forma instantánea, de acuerdo a (sic) los testimonios recogidos, en hecho que tuvo ocurrencia el día cuatro de enero de mil novecientos sesenta y ocho, a las doce y media del día en el sitio denominado 'Caño Yamu', casa de propiedad de Tadeo Lozano, en vereda de Puerto Chispas, inspección de Policía de Puerto Rico, en el Municipio de San Martín".

El jurado, unánimemente, respondió así: "Sí es responsable, pero en estado de ira e intenso dolor, motivado por el abandono (sic) del hogar de la víctima".

Con fundamento en el anterior veredicto y mediante sentencia proferida el 19 de enero de 1970, el Juez Superior del conocimiento condenó a Cartagena Arias a la pena principal de 40 meses de presidio, como responsable del delito de homicidio simplemente voluntario, atenuado por la circunstancia de la ira e intenso dolor provocados grave e injustamente por la víctima. Consultado dicho fallo, el Tribunal resolvió, en el que es materia del actual recurso de casación, reformarlo en el sentido de condenar, por el delito de homicidio agravado con las circunstancias de premeditación acompañada de motivos innobles o bajos y de asechanza y alevosía, a Carta-

gena Arias a la pena principal de quince años de presidio, confirmándolo en todo lo demás.

Demanda de casación

El apoderado de Cartagena Arias, después de relatar en forma sucinta los hechos debatidos en el juicio y la actuación judicial cumplida, impugna la sentencia anotada, con invocación de la causal prevista en el numeral 2º del artículo 56 del Decreto legislativo número 528 de 1964, o sea, por estar el fallo en desacuerdo con el veredicto del jurado.

El único cargo que formula el actor puede condensarse en que "el sentenciador de segundo grado incurrió en errores que se refieren precisamente a cuestiones sujetas a los jueces populares, 'ya que fueron imputadas como circunstancias agravantes en el auto de proceder (art. 431 del C. de P. P.) y rechazadas, por la única entidad que tenía facultad para ello'; por tanto, al procesado 'se le estaría condenando por cargos que no fueron aceptados, mediante fallo igualmente afectado de invalidez' (art. 567, numeral 3º C. de P. P.). Lo que es susceptible de enmienda, al tenor de lo establecido por la jurisprudencia de esa H. Sala". E incurrió el fallador de segunda instancia asimismo en error, porque no tuvo en cuenta, como circunstancia modificadora del delito, la prevista en el art. 28 del C. P. y reconocida por el tribunal popular.

Mas este único cargo lo divide el demandante "en aspectos heterogéneos y algunos impertinentes", así:

a) "Nadie, absolutamente nadie, ya que fue descartada la deposición de Tadeo González, dice haber visto cuando mi cliente diera muerte a la interfecta. Por lo tanto, tampoco nadie ha afirmado, ni podía afirmarlo sin incurrir en un absurdo, que él realizó su hecho, con premeditación, acompañada de motivos innobles o bajos, en circunstancias que pusieron a la víctima 'en condiciones de indefensión como la asechanza y la alevosía' (Numerales 2º y 5º del art. 363 del C. P.)

"Sin embargo, el H. Tribunal sentenciador sostiene 'que debe descartarse la ira e intenso dolor que los Jueces de Conciencia reconocieron a Cartagena Arias y tomarlo simplemente como una circunstancia de MENOR PELIGROSIDAD'.

"Salta a los ojos que el fallador de segundo grado incurrió en error gravísimo y protuberante en la apreciación de las diferencias que existen entre las circunstancias modificadoras del delito y las atenuantes y agravantes de la responsabilidad. Pues el criterio doctrinal de la Honorable Corte dice que: 'Entre las circunstancias modificadoras del delito (agravantes o atenuantes) que se encuentran diseminadas en muchas disposiciones tanto de la parte general como de la especial del código de penas, y las de mayor o menor peligrosidad previstas por los artículos 37 y 38 de la misma obra, existen notables diferencias en cuanto a su importancia intrínseca, a la influencia que tienen en la determinación de las sanciones y al régimen procesal a que han de ser sometidas...'

b) "El hecho de que no sea 'conciliable' la circunstancia de menor peligrosidad prevista en el numeral 3º del artículo 38 del C. P. con el art. 28 ibídem, no indica que siempre que se cometa un homicidio u otro delito cualquiera 'en estado de ira e intenso dolor, causado por grave e injusta provocación', debe concurrir dicha circunstancia. Para sugerir ésta al sindicado, no basta que no sea compatible con su hecho, sino que debe establecerse plenamente. Tampoco el incendio, la inundación, el secuestro, etc., ni muchas de las circunstancias de mayor peligrosidad previstas por el artículo 37 del C. Penal, son inconciliables con el homicidio, grave e injustamente provocado; y a nadie se le ha ocurrido aún, cargarle todas aquellas infracciones y circunstancias a todo el que incurre en este último delito, para hacer más grave la conminación.

c) "Gravedad del homicidio cometido por Tiberio. No existe ni el asomo de una prueba indicativa de que el delito perpetrado en la persona de Mariela Vera sea objetivamente más grave que los homicidios comunes y

corrientes. Al contrario, él es de los más leves contemplados por nuestra ley punitiva, como lo establece en forma expresa el artículo 28 del C. P. y se 'atenúa objetivamente —ha dicho esa H. Sala—, porque el autor de la injuria renuncia en cierto modo a las garantías debidas a sus derechos' (Sentencia de 27 de julio de 1945, G. J., tomo LIX, pág. 471).

"Por eso el Jurado Popular no solo no contestó 'afirmativamente el cuestionario como un homicidio agravado', sino que 'calificó la conducta de Tiberio desde el ámbito de la ira y del intenso dolor, causado por grave e injusta provocación', porque encontró plenamente comprobado que el hecho que desató el estado emocional del agente provino de la víctima y por su naturaleza intrínseca reviste especial gravedad y es idóneo para suscitar una descarga motora en una persona de las mismas condiciones del acusado colocada en idénticas circunstancias en las cuales obró...

d) "Grave e injusta provocación. Parece ser tesis fundamental del fallo recurrido la siguiente: siempre que se cometa un homicidio en estado de ira o de intenso dolor, causado por grave e injusta provocación, al cual hubiere concurrido el victimario y su víctima sin haberse casado previamente por los ritos católicos, deberá responder el primero de homicidio agravado (art. 363 C. P.)...

"No es difícil establecer cómo la anterior es una interpretación errónea de las normas de la ley penal colombiana...

"Esto establecido, debe reconocerse la presencia y demostración de la atenuante gobernada por el artículo 28 del C. Penal, por concurrencia de los elementos esenciales que integran esa figura a saber: Que hubo una provocación; que ella fue grave e injusta; y que la provocación y la gravedad e injusticia de la misma repercutieron en el ánimo del procesado y fueron determinantes de la acción homicida. En efecto, el sindicado dijo en el curso de su injurada haber obrado en virtud de una provocación por parte de su víctima, consistente en que la encontró ejecutando el acceso carnal con el Chunco Santiago, ofensa grave e injusta a su dignidad de hombre, a su honra hogareña y a su patrimonio moral que subjetivamente determinó el estado de ira y dolor intenso. La materialidad del hecho, o sea, que el agente fue provocado por la víctima mediante la ejecución del referido acto, es circunstancia que aparece probada. Además para estimar y aceptar la gravedad e injusticia de la provocación debe tenerse en cuenta que Tiberio mantenía relaciones estables extra-matrimoniales con Mariela, con quien había procreado hijos y convivía al calor del mismo hogar, es decir, que el agravio o ultraje hería hondos sentimientos afectivos y humanos del provocado, los cuales hay que apreciar dentro de las condiciones comunes y habituales en que se desenvuelven dicha clase de relaciones entre las gentes que habitan nuestro apartado territorio. Tal la autorizada situación que apreció y tuvo en cuenta el Jurado al decidir la suerte del ofendido Cartagena Arias".

Concluye la demanda con la solicitud de que se invalide la sentencia recurrida y, en su lugar, se condene al procesado a la pena de treinta y dos meses de presidio, teniendo en cuenta que el veredicto reconoció en su favor la circunstancia atenuante prevista en el artículo 28 del C. P.

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal solicita que la Corte deseche el recurso de casación, porque el cargo formulado a la sentencia en cuestión carece de fundamento.

Al revisar la demanda, se hará mérito de las aportaciones del Ministerio Público a la solución del recurso interpuesto.

Consideraciones de la Corte

El cargo único que se formula en la demanda, al amparo de la causal 2ª ya indicada, consiste en que el fallo impugnado se profirió en desacuerdo con el veredicto del Jurado, por dos razones: la primera, porque

el sentenciador de segunda instancia condenó al procesado como responsable del delito de homicidio agravado con las circunstancias de la premeditación y de la asechanza y la alevosía, siendo así que el tribunal popular las desechó; y la segunda, porque el mismo sentenciador no tuvo en cuenta la circunstancia prevista en el artículo 28 del C. P., reconocida por los propios jueces de hecho.

El cuestionario propuesto a la consideración de éstos se redactó con subordinación al auto de vocación a juicio, en el cual claramente se puntualizó que en la consumación del homicidio se había procedido dentro de la modalidad enunciada en el artículo 363 del C. P., es decir, por haberse perpetrado el delito con premeditación acompañada de motivos innobles o bajos y cuando la víctima se hallaba inerme y desprevenida con aprovechamiento de esa situación por el agresor.

Como observa el Procurador, en la audiencia pública el representante del Ministerio Público tomó partido por la versión de los testigos González y Sáenz y solicitó al jurado responder afirmativamente el cuestionario sometido a su consideración. De su parte el defensor del procesado Cartagena Arias, en su primera intervención, explicó que debía descartarse la premeditación por haber actuado el acusado en estado de pasión, de "perturbación psíquica", provocado por "la conducta de Mariela Vera".

En su segunda intervención, el Fiscal del Juzgado refutó la tesis del defensor, descartó la posible aplicación del artículo 382 del C. P., "no solo por inexistencia del estado pasional sino porque los protagonistas de estos hechos no eran casados", y reafirmó su opinión de que la versión del testigo Tadeo González, corroborada en cierto modo por el dicho de Julio Sáenz Ramírez, era la veraz y de que, por tanto, el acusado procedió con premeditación y asechó a su víctima "entre el monte para cumplir su cometido". Concluyó solicitando a los jueces populares que contestaran afirmativamente el cuestionario. "El defensor de Tiberio Cartagena, quien lo representa hoy en el recurso de casación, orientó su última intervención en la audiencia a la demostración de la perturbación psíquica del acusado como consecuencia del estado afectivo en el cual se encontraba, pues no ocultó el propósito de causar la muerte a su compañera ni antes de los acontecimientos ni después frente al funcionario de instrucción. En consecuencia, el defensor solicitó al jurado declarar la irresponsabilidad de Tiberio Cartagena. En síntesis, el acta de audiencia pública enseña que la acusación solicitó al tribunal de conciencia contestar afirmativamente el cuestionario propuesto y la defensa pidió declarar la no responsabilidad del acusado por haber obrado en estado de perturbación mental".

De suerte que el veredicto, al afirmar la responsabilidad del procesado, lo hizo con respecto al homicidio agravado, al homicidio con las circunstancias de la premeditación y de la asechanza y alevosía que constaban claramente en el cuestionario. Si bien el tribunal popular agregó la frase "en estado de ira e intenso dolor, motivado por el abandono del hogar de la víctima", por haber omitido la gravedad e injusticia de tal provocación causativa, el juez en derecho, en la segunda instancia, consideró que la simple referencia a dicho estado no estructuraba la circunstancia específica de atenuación consagrada en el artículo 28 del C. P. En tal virtud, fue condenado el recurrente dentro de la modalidad del asesinato. "Es cosa bien distinta y de consecuencias jurídicas diferentes el que un delito se cometa en estado de ira, y el que ese mismo estado se manifieste como complemento de la provocación injusta y grave, pues esta segunda forma de explosión sí está consagrada como circunstancia modificadora del delito. Pero para ello es forzoso y necesario que esté expresado con absoluta nitidez en la respuesta del jurado" (C. S. J., sentencia de 12 de febrero de 1948, LXIV, 169).

Como observa el Procurador, correspondía al actor demostrar plenamente que la provocación, causa del estado de ira e intenso dolor, revestía el carácter de grave

que exige la ley. "Así, mientras el veredicto encontró el motivo del estado de ira en el abandono del hogar por parte de la víctima, la demanda de casación lo sitúa en el hecho de haber sorprendido el agente a Mariela Vera y a Santiago N. en ilegítimo acceso carnal; por lo demás, la respuesta del jurado está conforme con la realidad, porque la mujer se retiró del hogar pero su muerte ocurrió en las circunstancias señaladas en el auto de enjuiciamiento, de manera que el motivo no resultó suficiente para atenuar la responsabilidad penal del agente".

De otra parte, importa de nuevo relevar que al jurado se le propuso una precisa situación, también planteada en forma concisa en el auto de llamamiento a juicio, en el cual se le imputó al procesado un delito de homicidio con circunstancias específicas de asesinato, pues a la víctima se la ultimó con premeditación acompañada de motivos innobles o bajos y en condiciones de indefensión. Los jueces de hecho afirmaron la existencia de la cuestión propuesta, al declarar responsable a Cartagena Arias de haber dado muerte a Mariela Vera en las condiciones indicadas que agravan el delito, mas ejecutando el hecho en estado de ira e intenso dolor. A ese veredicto se ajusta la sentencia recurrida, sin darle a esta última frase el carácter modificador que pretende el actor, con lo cual acoge ese fallo el criterio doctrinal expuesto por la Corte al aceptar que un raptus de ira no anula la agravación del homicidio. En efecto, esta Corporación "se ha pronunciado ya sobre el tema de si el estado de ira o intenso dolor excluye el asesinato, en el sentido de que sí son compatibles" (Casaciones de 6 de abril de 1943, de 26 de junio de 1944, de 4 de septiembre de 1945 y de 24 de septiembre de 1969). Además, no hubo realmente provocación ninguna, porque el abandono del hogar en este caso concreto fue motivado por las amenazas anteriores del victimario.

En consecuencia, la causal alegada no prospera y, por consiguiente, debe desecharse el recurso con arreglo al artículo 569 del C. de P. P.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, oído el concepto del Ministerio Público y de acuerdo con él y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra el fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio a que expresamente se alude en la motivación de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

José María Velasco Guerrero, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta.

J. Evencio Posada V., Secretario.

AMNISTIA E INDULTO

La concesión de una y otra gracia, según nuestro sistema constitucional, corresponde al Congreso. La aplicación del indulto es privativa del Presidente de la República, en tanto que la amnistía, puede ser aplicada por las autoridades judiciales, pues la Carta, no dice quien debe aplicarla. La amnistía y el indulto fueron consagrados por los decretos legislativos 1823 y 2062 de 1954, para los delitos de carácter político cometidos sin atrocidad, antes del 1º de enero del año citado y aparejan similares consecuencias: la impunidad.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, veintitrés de marzo de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Doctor Luis Eduardo Mesa Velásquez).

(Aprobado Acta número 10).

Vistos

Se decide por la Corte el recurso de apelación interpuesto por el Fiscal Primero del Tribunal Superior Militar contra la providencia de 18 de septiembre de 1970 de esta Corporación, mediante la cual se resolvió:

"Primero. CONCEDER EL BENEFICIO DE LA AMNISTIA al señor Mayor, hoy Coronel en uso de buen retiro, Luis Felipe Acosta Andrade, al ex-Agente de la Policía Nacional José Useche y al particular Luis Eduardo Bernal de condiciones personales conocidas en autos y en consecuencia ordenar la cesación de todo procedimiento seguido contra ellos por el delito de HOMICIDIO en las personas de Ana Anzola, Sofía Hernández, María Dioselina Benito o León, Claudina Avila, María Eugenia de Vega, Mercedes Garzón, María Jesús de Basabe, Blanca Morales, Etelvina N., Susana N., Pablo Téllez, Hernando Téllez y Feliciano León, según hechos ocurridos el 27 de diciembre de 1952 en el sitio de Los Tiestos, del Municipio de La Palma (Cundinamarca).

"Segundo. ABTENERSE de pronunciarse sobre el delito de ROBO de que dan cuenta estas mismas diligencias, por encontrarse prescrita la acción penal.

"Tercero. ABSTENERSE de decidir sobre el beneficio de Amnistía en relación con aquellas personas a las cuales les aparecen cargos en este mismo proceso por no encontrarse establecido si se trata de nacionales colombianos.

"Cuarto. Por la Secretaría cítese a los beneficiados para que suscriban la diligencia a que se refiere el Art. 5º del Decreto 1823 de 1954. Hecho lo anterior expídanse órdenes de libertad a favor de quienes se encuentran detenidos".

Los hechos materia del proceso, la forma como se inició la investigación y los principales resultados de la misma vienen narrados en la resolución recurrida, del siguiente modo:

"El señor Eufracio Ramírez se encontraba legalmente casado con la señora Susana Tovar de Ramírez y su vida discurría

normalmente en la vereda de "Hato" de la comprensión municipal de La Palma. Por razones que no son del caso examinar parece que Ramírez, encontró su amor en una mujer diferente y para solucionar este problema dio muerte a su legítima esposa habiéndola enterrado él mismo en un lugar desconocido. Muy prestamente contrajo matrimonio con la mujer que amaba y esta circunstancia dio lugar a que los familiares de Susana sospecharan que su pariente político le había dado muerte. Por su parte Eufracio Ramírez tratando de disipar cualquier duda que lo hiciera responsable de aquella muerte, se presentó ante las autoridades y dijo que muy posiblemente su esposa había encontrado la muerte a manos de los integrantes del destacamento militar de la Palma en un fusilamiento masivo que tuvo lugar en el sitio llamado Los Tiestos el 27 de diciembre de 1952. Ante esta versión de Ramírez se abrió la correspondiente investigación por estos hechos y fue así como se supo que en el sitio y en la fecha ya indicada perdieron la vida en forma violenta y a manos de unos uniformados los señores Hernando Téllez, Pedro Pablo Téllez, Feliciano León y las mujeres Ana Jesús Anzola, Claudina Avila, María Eugenia Vega de Vega, María Dioselina Benito, Mercedes Garzón, Sofía Hernández de Moreno, Ana Jesús Aguirre de Basabe, Blanca Morales y posiblemente Susana Tovar de Ramírez.

"Al iniciarse la investigación se pudo establecer que el 27 de diciembre de 1952 de diferentes veredas llegaron a La Palma algunas mujeres trayendo comestibles para la venta. Se supo que al Municipio arribaron a eso de las ocho de la mañana y que luego de arreglar todo lo concerniente al mercado se disponían a regresar, alrededor de la una de la tarde, cuando un individuo de nombre Aristóbulo Hernández y otro no identificado procedieron a arrebatarles la mula ya cargada y que era conducida por unos menores. Los animales y los alimentos fueron llevados para el cuartel de la Policía. Mercedes Moyano de Basabe quien más adelante será ampliamente conocida, refiere que ella y Sofía Hernández se encontraban en la calle frente a la casa de María Romero de Hernández, cuando fueron avistadas y capturadas y en medio de vejámenes conducidas al establecimiento policial en donde siguieron siendo objeto de golpes y de donde, luego de ser lavadas, fueron llevadas a un calabozo más o menos a las cinco de la tarde. Continúa diciendo que poco después vio llegar capturadas a dicho calabozo a María Eugenia Vega, Lilia Medina de Virguez, María León, Blanca Morales, Ana Anzola y María Cruz González y que allí también encontró a Claudina Avila, Mercedes Garzón, María de Jesús Basabe y a dos mujeres desconocidas para ella, a una de las cuales le decían señorita Valencia y a la otra señora Susana y a tres hombres que eran, Hernando y Pablo Téllez y otro para ella desconocido. Continúa exponiendo que aproximadamente a las diez y media de la noche bajó al calabozo un grupo de hombres uniformados de Policía y con capas, integrados por personas desconocidas para la deponente, identificaron a Hernando Téllez a quien le hicieron poner el pantalón al revés y le ocasionaron una herida por la parte delantera del mismo. Que luego bajó un hombre alto, uniformado de Policía, quien dio la orden de desocupar ese calabozo porque no quería ver allí más mujeres chusmeras y que prontamente los ocupantes del calabozo fueron evacuados y obligados a subir a un camión que había en la calle con cuatro banderas negras, al tiempo que oían decir que "a cocinar a Caparrapí". Manifiesta que las llevaron al sitio denominado Los Tiestos y que allí el Teniente Bohórquez ordenó bajar primero a los tres hombres y luego de tres en tres a las mujeres. Que se bajaron los tres hombres y en seguida se bajó la declarante con María Eugenia de Vega y Sofía Hernández. Está escrito que desmontados los tres hombres y las tres primeras mujeres, por orden de Bohórquez, fueron dados de baja primero Hernando Téllez y luego Pablo Téllez y en ese momento la testigo gritó "ahí Dios mío" y salió corriendo y saltando por un rodadero abajo al mismo tiempo que oía sonar numerosos disparos detrás suyo emprendió la huída. Hacia las tres de la tarde del día siguiente, toda herida y golpeada, llegó a una casa, pero allí ya sabían la noticia de lo acontecido porque María Cruz Gonzá-

lez, quien también había logrado escapar les había informado. Esa misma tarde supo que también su amiga Lilia Medina había salvado su vida. Agrega que cuando fueron conducidas al calabozo, en la guardia de la Policía fueron despojadas de las bestias, el mercado y el dinero que tenían. Entre las personas que conoció en la guardia de la Policía, únicamente figuran José Useche y el llamado Teniente Bohórquez.

"El señor Martín Vanegas informa que el último domingo de diciembre de 1952 al pasar por el punto llamado Los Tiestos, a unos dos kilómetros de La Palma, encontró al borde de la carretera varios cadáveres habiendo alcanzado a contar el de diez mujeres y dos varones todos los cuales tenían las caras desfiguradas a bala. Agrega que no los conoció y que de ello informó al Padre Romualdo Idígoras y que éste dispuso el entierro de los mismos en aquel lugar, puesto que el Mayor Acosta, quien era Jefe Civil y Militar, no quiso prestar ningún auxilio para traer los despojos mortales al Municipio. Agrega que al otro día el padre y algunos vecinos se dirigieron a Los Tiestos y enterraron a las víctimas que se hallaron los restos de doce seres humanos pertenecientes a dos hombres y diez mujeres y que fuera de éstos él encontró otro cadáver que correspondía a Feliciano León persona a la cual había conocido por ser amigo de él y haberse criado y trabajado ambos en la vereda de La Espadera.

"Al folio 8 de las diligencias aparece una diligencia de inspección ocular en el sitio de Los Tiestos dentro de la cual se habla de una excavación de donde se sacaron los restos correspondientes a diez mujeres y dos hombres, personas que habían sido muertas a tiros pues presentaban las heridas características de esta clase de armas. Se afirma además que no fue posible saber los nombres de las personas que allí fueron sepultadas, máxime si se tiene en cuenta que dicha inspección ocular se efectuó el 11 de enero de 1954".

"....."

"De todas maneras se sabe que las víctimas responden a los nombres de Ana Anzola, Sofía Hernández, María Dioselina Benito o León, Claudina Avila, María Eugenia de Vega, Mercedes Garzón, María de Jesús de Basabe, Blanca Morales, Etelvina N., Susana N., Pablo Téllez, Hernando Téllez, y Feliciano León.

"Se estima, dentro del expediente, que quienes detuvieron a las personas sacrificadas fueron Rodolfo Zárate, Pedro Eliécer Zárate, Luis Eduardo Zárate y José Useche. Al mismo tiempo se afirma que José Useche estuvo junto con el mencionado Teniente Bohórquez en el lugar de Los Tiestos la noche de la muerte de los detenidos.

"En relación con el entonces Mayor Acosta se encuentran en el expediente varias referencias a él que lo señalan como el individuo que ordenaba las capturas y muy veladamente uno de los declarantes afirma que fue función suya también la ordenar la muerte de los campesinos.

"El Mayor Acosta comandaba un destacamento militar y anexo a él se encontraba un grupo llamado Guerrilleros de Paz, que entre otras cosas era comandado por Ismael Bohórquez, a quien le decían el Teniente, que fue el mismo que estuvo en Los Tiestos y que posteriormente sufrió una muerte violenta tal como se certifica al fl. 133 del expediente".

La gracia de la amnistía declarada en la providencia que ha impugnado el Ministerio Público fue solicitada por el doctor Alfonso Castro Alvarez, en su carácter de apoderado judicial del hoy Coronel, en uso de buen retiro, Luis Felipe Acosta Andrade, con invocación de los decretos 1823 y 2062 de 1954.

El Tribunal Superior Militar acogió la petición y concedió amnistía no solo al nombrado militar sino también al ex-Agente de la Policía José Antonio Useche y al particular Luis Eduardo Bernal, dando aplicación, para extender el beneficio a estos últimos, al artículo 6º del Decreto 2062 de 1954

Para fundamentar la cuestionada decisión el tribunal a-quo considera, en completo acuerdo con la alegación del patrono judicial del sindicado Acosta Andrade, que los delitos cometidos por los procesados, especialmente los fusilamientos de las trece personas cuyos nombres se dieron anteriormente, fueron cometidos por pasión política y se explican por extralimitación en el apoyo o adhesión al gobierno, circunstancia que sitúa las infracciones entre las definidas como delitos políticos en el inciso 2º del artículo 1º del decreto 1823 del 54, para los efectos de este estatuto, y estima, además, que los homicidios, aunque pudieran calificarse como asesinatos, no revistieron caracteres de atrocidad reveladores de extrema insensibilidad moral en los autores, puesto que no se ejecutaron actos de crueldad sobre las víctimas, por todo lo cual los inculpados son acreedores a la amnistía que se concedió por el referido decreto.

El Fiscal recurrente, en el concepto por él emitido sobre la petición de amnistía, se opuso al otorgamiento del beneficio porque en su opinión no se cumplía en este caso las exigencias de la ley especial que estableció aquella gracia. En algunos de los apartes de su vista, expone:

"El art. 1º del Decreto 1823 considera como delitos políticos, amparados con el beneficio de amnistía los consumados por colombianos o nacionales de este País, con fecha anterior al 1º de enero de 1954 y que tuvieron como móvil el ataque al Gobierno o que pudieran explicarse por extralimitación en el apoyo o adhesión al mismo o por aversión o sectarismo político.

"Es necesario establecer cuáles fueron los móviles de los múltiples homicidios llevados a efecto el 27 de diciembre de 1952, en jurisdicción del Municipio de La Palma, y es difícil pretender especialmente en el caso de las diez (10) mujeres, que ellos tengan una explicación de orden partidista, ya que solamente fueron fruto de la insensatez con que actuaban las personas encargadas de restablecer el orden, acudiendo a la consumación de actos que sin temor pueden calificarse como macabros.

"No aparece probado en ninguna forma que fuera necesario para la defensa del Gobierno la ejecución de actos como los cumplidos el 27 de diciembre de 1952.

"Es discutible la presencia de móviles políticos ya que todo parece indicar que la conducción y la ejecución posterior de las mismas víctimas, se cumplió no precisamente por móviles políticos, pues la mayoría de las víctimas, como gentes del campo que eran, no alcanzaron a ser interrogadas, ni menos aún se allegaron antecedentes que permitieran con algún fundamento, establecer conexión con bandoleros o gentes alzadas en armas; allí únicamente se da la sensación que se cumplían órdenes superiores en razón de la obediencia jerárquica, o más bien se satisfacía la morbosidad de los autores de éstos".

Citando jurisprudencia de la Corte, el Fiscal llega a concluir que los múltiples asesinatos por los cuales se acusa al Mayor, hoy Coronel, Luis Felipe Acosta y a otras personas, fueron atroces y reveladores de gran insensibilidad moral de sus autores, por la condición de inferioridad de las víctimas, por su situación de absoluta indefensión, por las circunstancias que precedieron y rodearon la ejecución de los fusilamientos y por la inhumanidad que en todo momento demostraron quienes en una u otra forma participaron en esos crímenes, todo lo cual impide amparar con amnistía a los responsables, por expresa disposición del artículo 4º del decreto 1823 de 1954.

En esta instancia, el Procurador de las Fuerzas Militares, después de relacionar los hechos y la actuación procesal cumplida, solicita de la Corte que se revoque la providencia recurrida en apelación y en su lugar se ordene la continuación del proceso, haciendo para ello consideraciones que resulta oportuno transcribir:

"El Artículo 1º del Decreto 1823 de 1954, dispone que se puede conceder la amnistía para los delitos políticos que hayan sido cometidos con anterioridad hasta el 1º de enero de ese año, y el Artículo 4º ibídem dispone que esa gracia no se podrá extender "a

los delitos cuyos caracteres de atrocidad revelen una extrema insensibilidad moral'."

"Veamos, pues, si el beneficio concedido, en acuerdo a esas dos disposiciones es procedente:

"1. El Artículo 1º del Decreto en referencia habla de delitos políticos. De acuerdo con la definición que al respecto da el tratadista Maggiore, citado por el Tribunal en la providencia que es objeto del recurso citado, el delito político es aquel que está rodeado de ciertas circunstancias como la guerra civil, la insurrección o la conmoción pública, a este último aspecto podríamos, en gracia de discusión, asimilar el delito que se investigó, a la situación de conmoción que vivió la región de La Palma, Yacopí, Caparrapí y regiones circunvecinas por la época a que se contraen los hechos.

"2. El Artículo 4º del mismo decreto, reglamenta las exigencias necesarias para que legalmente se produzca el olvido del hecho o hechos delictuosos cometidos durante un lapso de alteración del orden público que data del 31 de diciembre de 1953 hacia atrás. Esa reglamentación consiste, precisamente, en que el agente o agentes no demuestren una extrema insensibilidad moral y que el hecho no revele caracteres de atrocidad; circunstancias éstas que son ajenas al proceso; es más, una y otra particularmente se hallan plenamente probadas en los autos.

"Los hechos que se le imputan a los amnistiados se encuentran probados y nada hay en las diligencias que demuestre con plena certeza que ellos se debieron a móviles estrictamente políticos, y lo que es más, que se tratara de hechos sucedidos con ocasión de un acto violento cometido o tratado de cometer por quienes a la postre resultaron víctimas de tan execrable crimen. Las declaraciones de Mercedes Moyano de Basabe (fls. 28 a 32), María Cruz González (fls. 38 a 41) y Lilia Medina de Virguez (fls. 77 a 81) —del primer cuaderno—, quienes milagrosamente escaparon con vida, son en verdad aterradoras y ellas nos ponen de manifiesto un hecho que no demuestra otra cosa que una extrema insensibilidad moral por parte de sus autores, materiales e intelectuales. Si esos hechos no revelan insensibilidad moral y no tienen caracteres de atrocidad, ¿qué delitos podríamos encajar en esa modalidad?

"En parecer de esta Delegada, se confunden en esos hechos una serie de circunstancias que determinan por sí solas que ellos revelen extrema insensibilidad moral, que fueron atroces los homidicios, y tales circunstancias podrían discriminarse así:

"1. La llegada de los 16 campesinos, 13 mujeres y 3 hombres, al pueblo con el único fin de adquirir víveres para su subsistencia;

"2. El cargo improbado que se les hizo para proceder arbitrariamente a su captura;

"3. El hecho de tratarse en su mayoría de indefensas mujeres;

"4. El homicidio mismo, al cual se procedió sin fórmula de juicio y sin la certeza de que se tratara realmente de personas adictas al movimiento subversivo que operaba por la región, y

"5. El estado de indefensión en que fueron colocadas las víctimas.

"A lo anterior, podría agregarse, también, la conducción de las víctimas en un camión que por sus banderas negras izadas al mismo, 4 en total, no dejaban entrever otra cosa que la muerte de que iban a ser objeto.

"Como si fuera poco, esos hechos podríamos ligarlos con la parte que les siguió, consistente en que se necesitó de una insistencia llevada al extremo para que se dejara dar cumplimiento al precepto de la sepultura de acuerdo con los ritos de la doctrina cristiana.

"Ya esa Honorable Corporación, en providencia que sería innecesario transcribir, puesto que se encuentra en los conceptos

emitidos por el recurrente, visibles de folios 44 a 45 y 172 a 184 del 5º cuaderno, ha considerado la extrema insensibilidad moral, y es obvio que entre esas consideraciones se halle el hecho que a través de estas diligencias se ha investigado.

"Así las cosas, debe concluirse, entonces, que el hecho investigado y del que se sindica al Coronel (R.) Luis Felipe Acosta, está rodeado de circunstancias que lo exoneran del beneficio de amnistía, lo mismo que a los otros agraciados, al tenor de lo dispuesto en los precitados artículos 1º y 4º del Decreto 1823 de 1954.

"El acervo probatorio recaudado a lo largo de la investigación es contudente, y como se dijo en principio él no determina que los hechos cometidos la noche de ese 27 de diciembre hubieran estado rodeados de móviles estrictamente políticos, pues este móvil se le ha querido atribuir es ahora que se viene a impetrar el beneficio, aludiendo, desde luego, a la región que vivía por esa época una situación anormal. Si esto fuera así, tendríamos que justificar en todo momento y en todo lugar que se encontrara en similares condiciones políticas los crímenes que allí se cometieran. Una cosa es que determinada región viva un estado de zozobra debido a la posible insurrección, y otra, que los posibles insurrectos o sediciosos una vez capturados sean sometidos a juicio de acuerdo con la normación procesal existente y no que sean ejecutados sin saberse con la certeza del caso si son o no responsables de acto delictuoso alguno, y entre otras cosas, porque desde tiempo inmemoriable la pena capital se encuentra abolida en Colombia, aunque desde luego hay quienes gozando de autoridad, como en el caso de autos, la aplican a su arbitrio".

El apoderado del procesado Coronel Luis Felipe Acosta solicita de la Corte que se abstenga de decidir acerca de la apelación ameritada, alegando que, aunque es cierto que el artículo 320, numeral 4º del C. de J. P. M. establece que la Corte Suprema de Justicia debe "conocer, por apelación, de la sentencia sobre amnistía proferida en primera instancia por el Tribunal Superior Militar", esta norma legal "se halla en oposición a las normas constitucionales, ya que éstas señalan como propio del Presidente de la República el reconocimiento de tal beneficio (C. N., art. 119, ord. 4º), mandato que recoge el C. de P. P. en su art. 678".

Cita el Procurador Judicial del sindicado, en apoyo de su tesis, una providencia de esta Sala de 4 de julio de 1962, de la que fue ponente el honorable Magistrado doctor Gustavo Rendón Gaviria, en la que la Corte se abstuvo de resolver, por incompetencia de jurisdicción, una solicitud de indulto en proceso concluído contra Rafael Rangel Gómez, promovida con base en el artículo 3º del decreto 1823 de 1954, por estimar que no obstante que el artículo 616 del decreto 250 de 1958 le daba competencia a la Sala de Casación Penal de la Corte para decidir acerca de los indultos contemplados en aquel decreto y en el 2062 del mismo año, la Constitución atribuye la concesión de dicha gracia en los casos particulares y con arreglo a la ley reguladora del beneficio, al Presidente de la República (art. 119, ord. 4º), y el precepto de la Carta priva sobre la ley, cuando exista oposición manifiesta, por mandato del artículo 115 de aquella.

Se considera

1. El decreto legislativo 1823 de 13 de junio de 1954, expedido en uso de las facultades que al Presidente de la República confiere el artículo 121 de la Constitución Nacional, concedió amnistía para los delitos políticos cometidos con anterioridad al 1º de enero de ese año, entendiendo por tales "todos aquellos cometidos por nacionales colombianos cuyo móvil haya sido el ataque al Gobierno, o que puedan explicarse por extralimitación en el apoyo o adhesión a éste, o por aversión o sectarismo políticos".

2. El mismo decreto, por medio de su artículo 3º, concedió igualmente indulto para los condenados en sentencia ya ejecutoriada por los delitos señalados en el artículo 1º, y dispuso que el juez o tribunal que hubiera proferido la sentencia de primera instancia ordenará, de oficio o a peteción

de parte, la libertad incondicional del reo acreedor a dicho beneficio, en resolución apelable o consultable ante el Tribunal Superior Militar.

3. En el artículo 4º del decreto en cita se estableció que la amnistía y el indulto "no se extenderán a los delitos cuyos caracteres de atrocidad revelen una extrema insensibilidad moral".

4. El decreto legislativo 2062 de 8 de julio de 1954 determinó la competencia para otorgar las aludidas gracias, así:

a) Atribuyó al Tribunal Superior Militar la resolución de las solicitudes de amnistía, y prescribió que sus providencias no serían consultables pero sí tendrían apelación para ante la Corte Militar de Casación y Revisión (arts. 1º y 3º).

b) Asignó privativamente a la Corte Militar de Casación y Revisión al determinar, sobre cada petición de indulto, "si se trata de delito o delitos políticos conforme a las prescripciones del artículo 1º del citado decreto (el 1823), y también si se trata de crimen atroz, para efectos de conceder o negar el indulto" (art. 2º).

5. Igualmente dispuso el decreto 2062, en sus artículos 7º y 8º, lo que a continuación se transcribe:

"Artículo 7º Cuando se trate de procesos no fallados definitivamente, y uno o más delitos no permitan el otorgamiento de la amnistía, el Tribunal dirá cuáles quedan exceptuados de esa gracia y mandará devolver el proceso a la autoridad correspondiente, para que se continúe el procedimiento respecto de los hechos excluídos del beneficio".

"Artículo 8º Los reos que se consideren con derecho al beneficio del indulto otorgado en el Decreto 1823 de 1954, podrán dirigir sus solicitudes a la Corte Militar de Casación y Revisión, la cual procederá inmediamente a pedir el proceso original a la oficina donde se encuentre archivado, según las previsiones del artículo 5º".

6. Posteriormente, el decreto legislativo 250 de 1958, por el cual se expidió el Código de Justicia Penal Militar, adoptado como ley por la 141 de 1961, señaló como facultad del Tribunal Superior Militar la de "resolver en primera instancia sobre el beneficio de amnistía" (art. 324, ord. 4º); y fijó, entre las funciones de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, las de "decidir las solicitudes de indulto" y "conocer, por apelación, de las sentencias sobre amnistía proferidas en primera instancia por el Tribunal Superior Militar" (art. 320, atribuciones 2ª y 4ª). Y en el artículo 616 dijo:

"Los Decretos 1823 y 2062 de 1954 sobre amnistía e indulto continúan vigentes, pero el indulto será resuelto por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, así como las apelaciones sobre amnistía".

7. De las normas anteriormente mencionadas resulta claro para la Corte que en ellas se hizo una distinción entre amnistía e indulto, no de carácter sustancial como que ambos fenómenos versan sobre la misma materia (delitos políticos, cometidos sin atrocidad) y aparejan similares consecuencias (impunidad), sino por el aspecto procedimental, en cuanto al estado de los procesos y a la competencia para otorgar aquellas indulgencias en los casos particulares o individuales, pues la amnistía se consagró como medio extintivo de la acción penal respecto de procesos en curso, mientras que el indulto se estableció como causa extintiva de la condena en procesos finalizados por sentencia ejecutoriada, y se señalaron diversas autoridades para resolver acerca de una y de otra de aquellas gracias.

8. Similar diferenciación y por el aspecto anotado se hizo en la ley 36 de 1945. En ésta se autorizó al Presidente de la República para conceder indulto a personas condenadas a penas privativas de la libertad con motivo de los sucesos subversivos ocurridos el 10 de julio de 1944 (arts. 1º y 2º). Y en el artículo 5º se expresó: "Los procesos en curso iniciados entre el 10 de julio de 1944 y el 7 de agosto de 1945, por delitos contra el orden público y la seguridad

interior del Estado se suspenderán definitivamente. En el auto en que el Juez mande cesar el procedimiento ordenará la libertad incondicional de los detenidos".

En consecuencia, en la nombrada ley 36 el indulto se previó para los condenados por fallo en firme, mientras qué la cesación del procedimiento (equivalente a la amnistía) se estableció para los procesados cuya situación no había sido definida por sentencia. La aplicación del primero (el indulto) a los casos singulares se confió al Presidente de la República, al paso que la orden de suspensión del procedimiento (la amnistía) se dejó en manos de los jueces, como decisión jurisdiccional.

9. La Constitución Nacional señala como atribución del Congreso, que ejerce por medio de ley, la de conceder amnistía o indultos generales por delitos políticos, por graves motivos de conveniencia pública (art. 76, ord. 19).

10. La propia Carta contempla como función del Presidente de la República en relación con la administración de justicia, la de "conceder indultos por delitos políticos, con arreglo a la ley que regule el ejercicio de esta facultad" (art. 119, ord. 4º).

11. De las normas constitucionales resulta evidente que es del exclusivo resorte del Congreso la concesión, por medio de ley especial, dada la mayoría calificada que para su expedición se requiere, de amnistía o de indultos de carácter general o impersonal, cuando las conveniencias públicas aconsejen el abandono de la represión penal de infracciones de tipo político, en interés de "la masa de la Nación", y que la competencia para otorgar los indultos particulares, indicando a los agraciados, en desarrollo o ejecución de la ley y ciñéndose a sus prescripciones, es exclusiva del jefe del ejecutivo.

12. No dice la Constitución en el artículo 119, ni en ningún otro de sus preceptos, quien debe aplicar las disposiciones legales de amnistía, y por ello bien puede el legislador determinar en cada caso la autoridad encargada de conceder el beneficio a los sindicados que resulten favorecidos con él.

13. Aunque sustancial o intrínsecamente no existen diferencias entre el indulto y la amnistía, como que uno y otra aparejan como consecuencia, por mandato de la ley, la impunidad de los autores de delitos políticos, en determinado momento histórico, por el bien supremo de la paz social, la propia Constitución Nacional permite precisar la nota distintiva entre los dos institutos, relativa al estado de los procesos sobre los cuales opera la gracia, consistente en que el indulto se prevé para los reos condenados por sentencia ejecutoriada, mientras que la amnistía se da a procesados sub judice. El indulto, observa José María Samper, "reconoce el delito cometido, lo exime de pena y levanta todo castigo", mientras que la amnistía "desconoce el delito o previene todo juzgamiento" (Derecho Público Interno, Tomo II. pág. 167).

14. Es explicable que la Constitución atribuya al Presidente de la República la concesión de los indultos individuales, declarados de manera general o impersonal por ley del Congreso, pues siendo los agraciados condenados en procesos concluídos, la medida, aunque tiene que ver con la administración de justicia, se acerca a la esfera propiamente administrativa, como que el efecto primordial del indulto es el de enervar la ejecución de la sanción.

15. En armonía con lo dicho, esta Sala de la Corte reafirma la doctrina expuesta en su providencia de 4 de julio de 1962 (G. J., T. XCIX, Nos. 2256 a 2259, págs. 404 y ss.) en el sentido de que en el sistema constitucional colombiano la potestad de conceder indultos generales (perdón de la pena por delitos políticos) es propia del legislador (art. 76, ord. 19); que la aplicación de una ley de esa naturaleza, mediante la indicación de las personas condenadas a quienes favorece la medida (indultos particulares) es privativa del Presidente de la República (art. 119, ord. 4º), y que toda norma que confiera a autoridad distinta la decisión de tal asunto, por ejemplo a la jurisdiccional, es incompatible, de modo mani-

fiesto, con la Constitución y no puede por tanto tener operancia, pues los preceptos de la Carta privan sobre los ordenamientos meramente legales, a tenor de lo dispuesto en el artículo 215 de la suprema ley.

16. En cuanto atañe a la amnistía como gracia general, entendida en el sentido restricto de causal que enerva la acción penal, de ejercicio actual o de posibilidad futura, por el querer del legislador de que se olviden en determinado momento ciertas violaciones de la ley penal para preservar la tranquilidad pública, su concesión, al igual que la del indulto, concierne al Congreso (C. N., art. 76, ord. 19). Pero la Carta no dice quién debe darle aplicación a la norma de amnistía, esto es, ordenar la cesación del procedimiento en los negocios en curso, y por ello bien puede la ley disponer que sean autoridades judiciales las que decidan sobre esa gracia, como lo hizo la 36 de 1945, (art. 5º) y como se prescribió en los decretos 1823 de 1954 (art. 2º), 2062 del mismo año (art. 1º) y 250 de 1958 (art. 320, ord. 4º y 324, ord. 4º).

17. Conclusión obligada de las precedentes consideraciones es la de que la Corte carece de competencia para resolver solicitudes de indulto, por ser asunto constitucionalmente reservado al Presidente de la República, pero sí tiene capacidad para conocer de las apelaciones de las sentencias sobre amnistía, porque esa atribución se la confiere el Código de Justicia Penal Militar (arts. 320, ord. 4º, y 616) y no existe norma de la Constitución Política que a ello se oponga. Se ratifica y aclara así la providencia de esta Sala de 4 de julio de 1962 a la que se hizo anterior alusión. Y conviene aquí recordar que la Corte, después de ese pronunciamiento, ha conocido, por apelación, de resoluciones del Tribunal Superior Militar sobre amnistía. Tal aconteció a guisa de ejemplo, en el proceso seguido contra Alonso o Alfonso Valero y otros, asunto que desató esta Sala en proveído de 2 de marzo de 1967.

18. Establecida la competencia de la Corte para conocer del recurso que ahora se decide, entra en el examen de las cuestiones resueltas por el a-quo, en orden, a definir si debe confirmar o no el acto jurisdiccional impugnado.

19. Es incuestionable que los delitos imputados en este proceso al Mayor, hoy Coronel retirado, Luis Felipe Acosta Andrade y a otros miembros de la fuerza pública y a algunos particulares, hay que calificarlos como políticos, para los efectos de la amnistía que a los procesados concedió el Tribunal Superior Militar en el fallo que se revisa, conforme a la específica definición contenida en el inciso 2º del artículo 1º del decreto 1823 de 1954, definición que, aunque conceptualmente pueda censurarse de atípica e impropia, tiene fuerza obligatoria por su fuente legislativa, pues los hechos delictuosos no encuentran en este caso explicación, en cuanto a su motivación, en causa distinta a la extralimitación en el apoyo o adhesión al gobierno, o en aversión o sectarismo políticos, dadas las circunstancias anormales en que se vivía en el país a la época de los deplorables sucesos.

Encuentra, pues, la Corte cumplido el primero de los requisitos para la procedencia de la amnistía consagrada en las disposiciones legales antes referidas.

20. Mas como de dicho beneficio fueron excluídos "los delitos cuyos caracteres de atrocidad revelen una extrema insensibilidad moral", es necesario estudiar si los de autos presentan esas características, y para ello la Sala hace las siguientes consideraciones:

Atroz significa, gramatical y jurídicamente, como lo ha recordado esta Sala en anteriores oportunidades, "fiero, cruel, inhumano"; y atrocidad quiere decir "crueldad grande", como también "exceso, demasía".

Los sinonimistas confirman estas significaciones y las amplían para llegar a los mismos puntos de que participan los sicólogos. Olive observa que atroz es el "hombre de corazón protervo, que halla la mayor complacencia en cometer los más espantosos crímenes que ofenden a las más sagra-

das leyes de la naturaleza y de la humanidad. El hombre cruel es duro, inhumano, insensible, y se complace en ver sufrir a sus semejantes y aun en atormentarlos".

Las legislaciones no han definido qué se entiende por crimen atroz o con caracteres de atrocidad, y de esta omisión participa la colombiana. En el remoto pasado, el práctico Carpzovio hizo la clasificación de los delitos en atrocísimos, atroces y leves, y señaló los caracteres de cada uno para dejar en limpio que los primeros son aquellos que atacan las bases esenciales de la humanidad, que producen mayores mortificaciones en las víctimas y que por eso deben estar sujetos a mayor represión.

De este modo, el crimen atroz tiene la misma significación que en nuestro tiempo se le da a los delitos contra la humanidad, o al menos a una parte de ellos, según las conferencias internacionales en las que se ha tratado de la materia. Concepto que no es nuevo pues era el que presidía las "instrucciones de campaña para el ejército de los Estados Unidos", redactada por Lieber en 1863 por encargo de Abraham Lincoln. Y el derecho español del siglo pasado ya había vinculado los principios del derecho de gentes a fin de que fueran obedecidos por el ejército, incorporación muy anterior al estatuto aprobado en La Haya, en 1889.

Siguiendo la orientación española, el Código de Justicia Penal Militar que regía en Colombia antes de 1931, y el que se dictó mediante la ley 84 de este año, dispusieron que debían formar parte de ese cuerpo las normas del derecho de gentes, a fin de que el régimen marcial en determinado momento no se saliera de los límites ecuménicamente permitidos, es decir, no olvidara las restricciones a los actos de crueldad, inhumanidad o barbarie. El artículo 1244 de la codificación sobre derecho de gentes es de este tenor:

"La ley marcial no es más que el ejercicio de la autoridad militar conforme a las leyes y usos de la guerra: la ley marcial no debe confundirse con la opresión militar (subrayado en el texto), que es el abuso del poder que esta ley confiere. Como la ley marcial se ejecuta por la fuerza militar, es un deber de los que la aplican respetar estrictamente los principios de la justicia, del honor y de la humanidad, virtudes que debe tener el soldado, más que los otros hombres, porque él es omnipotente con sus armas en medio de las poblaciones desarmadas".

El Título III de la misma codificación contiene las reglas siguientes, en defensa de las personas:

"Artículo 1280. En los tiempos modernos se ha aceptado como principio en el derecho de guerra, que las costumbres aplican con creciente rigor, el respeto a las personas (el subrayado es del texto).

Artículo 1281. No se trata aquí de los combatientes, de quienes se ha hablado en el Título II de la parte primera de este libro, sino de los habitantes del territorio ocupado y de cualquier otro donde estén los ejércitos en campaña, de las mujeres, los niños, los ancianos, los artesanos, los cultivadores y de todas las personas que no toman parte activa en las operaciones militares y que no están al servicio del ejército.

"Artículo 1282. La población pacífica no está, como antiguamente, abandonada a la merced de la soldadesca. No se ven renovarse, en las naciones civilizadas, los excesos que todavía en los siglos XVII y XVIII daban un carácter salvaje a los conflictos internacionales. El ocupante toma a honra garantir una seguridad completa a los habitantes inofensivos del estado enemigo, y gracias al progreso de la civilización y a la suavidad de las costumbres, la disciplina llega a triunfar de las pasiones exaltadas por la lucha.

"Artículo 1283. En sus relaciones con la población, el soldado está obligado a observar la misma conducta que en la guarnición de su país. Debe abstenerse, como de un crimen, de todo atentado contra la vida de los individuos y de toda violencia contra sus personas. Es para él una obligación

absoluta el respetar el honor y los derechos de la familia, no atentar de modo alguno contra el pudor de las mujeres, la pureza de los niños y la debilidad de los ancianos. El asesinato, las amenazas condicionales, las heridas, las violencias los atentados contra las costumbres, los arrestos o encierros arbitrarios, la sustracción de menores, el rapto, son crímenes en tiempo de guerra como en tiempo de paz, en país enemigo como en territorio nacional. El castigo se impone conforme a este Código y los oficiales deben reprimir todo exceso de parte de sus soldados".

Estas normas permiten encuadrar el delito atroz o con caracteres de atrocidad a que se refieren los decretos 1823 y 2062 de 1954. Y son, además, de obligatorio cumplimiento aun en situaciones de perturbación del orden público y de estado de sitio, ya que, conforme al artículo 121 de la Carta Política, el Presidente de la República tiene entonces las facultades que le asisten en todo tiempo y las que, "conforme a las reglas aceptadas por el derecho de gentes, rigen para la guerra entre naciones".

Crimen atroz es, por consiguiente, el homicidio, el incendio, la inundación, la violencia carnal, el ataque a la integridad de las personas, y en general todo acto de violencia al derecho ajeno, cuando se ejecuta fuera del campo de operaciones, sin relación ninguna con éstas y por abyectos sentimientos. Tal el sentido de los artículos 138 y 141 del Código Penal vigente, reproducidos por los artículos 118 y 123 del Código de Justicia Penal Militar.

No dice la ley cuáles son los actos de ferocidad o barbarie, pero es pertinente sobre el particular el concepto que traía el artículo 178 del Código Penal de 1890, así: "Cuando los rebeldes ejecuten actos de ferocidad o barbarie, de aquellos que no se acostumbran en buena guerra en los países civilizados o cristianos, o que son reprobados por el derecho de gentes, como el trato cruel a los prisioneros, la inanición o el tormento para exigir contribuciones o servicios, la hostilidad en las mujeres inermes, a los niños, a los ancianos o a otras personas que no pueden hacer daño, serán castigados como reos en cuadrilla de malhechores".

Existe una completa identidad entre las reglas del derecho de gentes y las previsiones del artículo que acaba de transcribirse, al cual es forzoso recurrir cuando se trata de explicar qué debe entenderse por actos de ferocidad o barbarie. Estos no son otros que todos los que atentan contra la integridad y la seguridad de las personas que nada tienen que ver en el combate o la refriega, que, por el contrario, permanecen fuera de toda posibilidad de intervenir. Si es lícito contrarrestar con las armas la acción de las armas, cualesquiera que fueren las consecuencias que se presenten, es criminal dirigirlas en contra de quienes no las poseen ni las manejan, más aún en contra de la población desprevenida o indiferente e indefensa. Quien lleve a cabo una conducta semejante, no solo extravía la misión que se le ha confiado, sino que demuestra sentimientos inhumanos que impiden la aplicación de los beneficios reconocidos en los decretos 1823 y 2062 de anterior cita. Hay, de un lado, un exceso objetivo, y de otro una inclinación proclive que la ley no ampara y que, por el contrario, acentúa para ellos el poder represor. La amnistía y el indulto no pueden favorecer a quien ha mancillado su honor e incumplido deberes especiales con procedimientos opuestos a los que corresponden a los militares, aun en momentos de alteración de la paz social. Si los principios del derecho de gentes se aplican inexorablemente a las fuerzas combatientes o a las ocupantes en un conflicto internacional, con mayor razón deben tenerse en cuenta en el desarrollo de perturbaciones del orden público interno, porque en este caso obliga más el deber de humanidad en favor de los connacionales.

El sacrificio de los trece campesinos del Municipio cundinamarqués de La Palma, diez mujeres y tres hombres, consumado mediante impiadoso fusilamiento en el paraje "Los Tiestos", el 27 de diciembre de 1952, crímenes por los cuales se acusa al Mayor, hoy Coronel, Luis Felipe Acosta

Andrade y a otros agentes de la fuerza pública y a algunos civiles, fue una acción absurda de barbarie, reveladora de atrofia del sentido moral de quienes los ejecutaron. Las víctimas fueron arbitrariamente capturadas cuando cumplían labores inocentes propias de los campesinos, en día de mercado público; encarceladas sin motivo; sometidas luego a ultrajes y vejaciones de diversa índole; condenadas a muerte sin proceso, sin ser oídas y sin ninguna fórmula de juicio, por el capricho sanguinario de quienes paradójicamente tenían el encargo constitucional de velar por la vida, honra y bienes de sus semejantes; conducidas al sitio improvisado como patíbulo en un camión con banderas negras, símbolo de muerte, para aumentar más la aflicción de esas humildes e indefensas gentes; fusiladas en grupos de a tres; despojadas de sus escasas pertenencias, y abandonadas en el lugar de la horripilante matanza, pues al decir del declarante Martín Vanegas "el Mayor Acosta, quien era Jefe Civil y Militar, no quiso prestar ningún auxilio para traer los despojos mortales al Municipio", a fin de darles cristiana sepultura, por lo cual fue necesario enterrarlas allí mismo en una fosa común, con la intervención del Sacerdote Romualdo Idígoras.

21. Para la Corte no cabe la menor duda de que los delitos materia de este proceso, mirados por todos sus aspectos, revisten caracteres de atrocidad indicadores de notoria y extrema insensibilidad moral en sus autores, razón por la cual éstos no pueden ser beneficiados con la gracia especial de la amnistía, a tenor de lo dispuesto en el artículo 4º del decreto 1823 de 1954, y, en consecuencia, se revocará la providencia recurrida en apelación y se ordenará proseguir el proceso.

Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el Procurador Delegado de las Fuerzas Militares, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, REVOCA la providencia de 18 de septiembre de 1970 del Tribunal Superior Militar, mediante la cual concedió el beneficio de amnistía al Mayor, hoy Coronel retirado, Luis Felipe Acosta Andrade, al exagente de la Policía Nacional José Useche y al particular Luis Eduardo Bernal, y ordena continuar el proceso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

José María Velasco Guerrero, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta.

J. Evencio Posada V. Secretario.

IMPEDIMENTOS DE LOS AGENTES DEL MINISTERIO PUBLICO.

Corresponde calificarlo al Juez o Magistrado respectivo y con la actuación de este o aquel, aceptando o no el impedimento, termina el incidente. En esta forma se ratifica la doctrina de la Corte al respecto.

Corte Suprema de Justicia. —Sala de Casación Penal.— Bogotá, treinta y uno de marzo de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Alvaro Luna Gómez).

(Aprobado: Acta Nº 11, marzo 30/71).

Vistos

El Fiscal 2º del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, con fundamento en el ordinal 4º del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal, se declaró impedido para conocer de estas diligencias seguidas contra Jaime Londoño Trujillo por el delito de robo (fl. 191).

Esa Corporación, por auto de fecha 5 de los corrientes mes y año resolvió: "Se declara infundado" el impedimiento propuesto por el señor Fiscal 2º de este Tribunal.

"Para que se decida en el fondo sobre este aspecto, ENVIESE el presente negocio a la H. Corte Suprema de Justicia" (fls. 192 ss.). Por ello el expediente ha llegado a esta entidad.

Consideraciones de la Sala

Primero. Una vez dadas las razones por las cuales el Tribunal estimó que no era "procedente el impedimento propuesto por el señor Fiscal", para enviar el expediente a la Corte manifiesta lo siguiente:

"En el fondo, la H. Corte definirá sobre la legalidad o ilegalidad del impedimento, pues así lo tiene ella misma establecido para estos casos en donde actúa un Fiscal del Tribunal como petente: "... pero si el Magistrado calificador lo declara infundado, envía el negocio a la Corte para que decida sobre la legalidad o ilegalidad del impedimento" (4 de febrero de 1948, LXIII, 865. LXIV, 552)".

Segundo. Es cierto que la Corporación en la doctrina citada por el Tribunal —(se trata de doble publicación de la misma)—, había sentado lo que allí se transcribe. Mas posteriormente, por providencia de 14 de marzo de 1968, "después de un estudio más detenido" sobre la materia, llegó a la conclusión de que debía abstenerse de conocer de casos como el sometido a estudio. Esta providencia dice en la integridad de su parte considerativa:

"Cuando un Magistrado pone en conocimiento de sus colegas los hechos o razones que lo inhiben para actuar o seguir actuando en un negocio, quiso la ley que la actuación se agotara con la aceptación del impedimento, verificada por los restantes Magistrados, sin perjuicio de los recursos que las partes puedan ejercitar, si estiman errada la decisión sobre el incidente. Si, por el contrario, el impedimento no se acepta, parece lógico que sea el superior quien defina su procedencia o improcedencia, por lo trascendente del asunto, por la igualdad de categorías de los Magistrados, porque, no actúan estos como parte en los procesos penales, y por otros motivos análogos. De ahí

lo dispuesto en el artículo 74 del C. de P. P., aplicable a jueces y magistrados.

"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 ocurrirse al superior, salvo a través de los recursos legales. Si el impedimento del Fiscal se acepta, y nadie reclama, el incidente queda terminado. Si se declara 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 aquel, a través de los recursos previstos en la ley.

"Esta es la doctrina que se desprende de los artículos 74, 75 y 79 del Código de Procedimiento Penal, interpretados sistemáticamente. El texto de esta última disposición, relativa entre otros, a los Agentes del Ministerio Público, no dispone, directa ni indirectamente, que el negocio pase al superior, por el solo hecho de no aceptarse el impedimento, como sí lo disponen, en cambio, los demás textos para los casos en que el impedido sea un juez o un magistrado. Y no son análogos, como acaba de verse, los dos grupos de contingencias contempladas, específicamente, en los artículos 74 y 79 referidos, razón por la cual no puede afirmarse que lo previsto en el primer texto sea aplicable a lo dispuesto en el segundo, o sea, en lo atañedero al envío oficioso del proceso al superior, cuando el impedimento no se acepta.

"Lo dicho explica por qué la Corte no puede, en este caso, decidir nada respecto a lo fundado o infundado del impedimento que manifestó, en este proceso, el señor Fiscal, doctor Tinoco Pérez. Los autos no le han sido remitidos en virtud de ningún recurso de que, legalmente, deba conocer. Tampoco en razón de disposición expresa que atribuya a la Corte el conocimiento del incidente". ("Gaceta Judicial", Tomo LXXXVII, Nº 2194 auto de 14 de marzo de 1958).

Tercero. La Corte ratifica hoy la doctrina inmediatamente anterior en cuanto concluye que no puede decidir nada respecto de lo fundado o infundado de un impedimento manifestado por un Fiscal de Tribunal Superior. En efecto:

El artículo 74 del Código de Procedimiento Penal dispone:

"En el auto en que el Juez manifieste el impedimento, ordenará pasar el proceso al Juez o Magistrado a quien corresponda conocer del asunto. Si el Juez o Magistrado a quien se pase el expediente hallare fundado el impedimento, aprehenderá el conocimiento. Si lo considerare infundado, enviará el expediente al Juez o Magistrado inmediatamente superior, quien decidirá de plano la cuestión en fallo motivado. Si el superior juzgare fundada la causal, remitirá el proceso al Juez que debe reemplazar al impedido; si la considerare infundada, devolverá el proceso al Juez que se había abstenido, para que siga conociendo de él".

Y el 79 de la misma obra, norma:

"Las causales de recusación enumeradas en el artículo 73, se refieren igualmente a los Agentes del Ministerio Público y a los Secretarios de los Juzgados y Tribunales. Estos pondrán en conocimiento del Magistrado o Juez correspondiente el impedimento que exista, sin perjuicio de que los interesados puedan recusarlos.

"Del impedimento manifestado o de la recusación propuesta conocerá el Juez o Magistrado del proceso, quien, si hallare fundada la causal, declarará separado al Agente del Ministerio Público o Secretario impedido. Al mismo tiempo, nombrará un secretario ad-hoc para el asunto en que se ha reconocido el impedimento, si se tratare de este funcionario, o comunicará inmediatamente al Gobernador del Departamen-

to la separación del Agente del Ministerio Público, para que nombre el interino que deba actuar en el proceso".

Claramente se ve que en la segunda parte de la primera de las disposiciones que vienen de transcribirse, ordena que en tratándose de funcionarios del Organo Jurisdiccional del Poder Público, si el impedimento se considera infundado, se envíe "el expediente al Juez o Magistrado inmediatamente superior, quien decidirá de plano la cuestión en fallo motivado". No ocurre lo mismo en el campo procedimental cuando el impedimento o la recusación se refieren "a los Agentes del Ministerio Público y a los Secretarios de los Juzgados y Tribunales", ya que con relación a éstos el inciso 2º del artículo 79 transcrito lo único que dispone es que "Del impedimento manifestado o de la recusación propuesta conocerá el Juez o Magistrado del proceso, quien, si hallare fundada la causal, declarará separado al Agente del Ministerio Público o Secretario impedido", procediendo, según el caso, a nombrar Secretario ad hoc o a comunicar "inmediatamente al Gobernador del Departamento la separación del Agente del Ministerio Público, en el proceso", agotándose, ahí, la actuación. Debe advertirse la actual vigencia del artículo 4º del Decreto 1154 de 1954 que dispone: "Cuando un Fiscal estuviere impedido para intervenir en un proceso, lo reemplazará el que le sigue en el orden numérico, si los Fiscales fueren varios".

Sabido es que la "Competencia es 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" (C. de P. C., art. 143) y que según repetida doctrina de esta Corporación "Hay un principio general según el cual las leyes sobre jurisdicción y competencia son de restrictiva interpretación, de taxativo entendimiento, de literal observancia, que en absoluto rechazan de por sí cualquier sentido o extensión analógica, a fin de que la exacta fijación de funciones, necesaria como es, no se desautorice con un dañoso arbitrio judicial que tienda a permitir a los falladores el uso de cualquiera atribución que las leyes no les han señalado expresamente" (Autos, 31 mayo 1940, XLIX, 652; 21 mayo 1959, XC, 760)".

Lo anterior significa que ninguna autoridad puede crearse su propia ni una determinada competencia, sino que ésta le tiene que venir, necesariamente, de la ley: es la ley quien la inviste de ella y sólo gracias a esta investidura, puede ejercerla en determinado negocio y para determinado asunto.

Ahora bien: el artículo 74 del Código de Procedimiento Penal inviste de competencia al "Juez o Magistrado inmediatamente superior", para que resuelva en los casos allí previstos, cuando el impedimento ha sido declarado infundado por el funcionario a quien correspondía conocer del asunto.

Mas no ocurre lo mismo cuando se trata del impedimento o de la recusación de un Agente del Ministerio Público o de un Secretario de Juzgado o Tribunal, pues en este caso la actuación procesal finaliza, según el inciso 2º del artículo 79 de la obra últimamente citada, con la determinación que tome "el Juez o Magistrado del proceso", siendo de advertir, como ya se ha hecho, la vigencia del artículo 4º del Decreto 1154 de 1954. Para estos casos concretos de la norma 79 en comento, no está contemplado por la ley el que el expediente se envíe "al inmediato superior" a fin de que decida. Luego éste no está investido de competencia ninguna para resolver sobre el particular. Un atento examen de las disposiciones sobre competencia contenidas en otras disposiciones del Código de Procedimiento Penal, del Decreto 528 de 1964 y de las Leyes 16 de 1968 y de 1969 ponen de presente cómo la Corte, por medio de éstas, tampoco ha sido investida de competencia para conocer de casos como el que ahora se le ha planteado, materia de la presente providencia.

Las razones anteriores son más que suficientes para que la Corporación se abstenga de decidir sobre el asunto objeto de la consulta.

Sin lugar a más consideraciones, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la Repúbli-

ca y por autoridad de la ley, SE ABSTIENE de conocer de la decisión de fecha 5 de marzo del corriente año proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga dentro de estas diligencias y dispone remitir los autos a esta Corporación.

Cópiese, notifíquese, devuélvase a la oficina de origen.

José María Velasco Guerrero, Mario Alario Di Filippo. Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta.

J. Evencio Posada V. Secretario.

CASACION

Las causales de casación son taxativas y ni el demandante, ni la Corte pueden crearlas.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, treinta y uno de marzo de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Dr. Alvaro Luna Gómez).

(Aprobado: Acta Nº 11, marzo 30/71).

Vistos

Agotados como se encuentran los trámites procesales respectivos, debe decidir la Corte acerca del recurso extraordinario de casación interpuesto por Manuel Montoya Vélez contra la sentencia de segunda instancia proferida el 10 de agosto de 1970 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva que, al revocar la de primera de 12 de marzo de 1969 por medio de la cual el Juzgado Unico Promiscuo del Circuito de Neiva le había absuelto de los cargos que le fueron formulados, le condenó a la pena principal de "dos años de presidio como responsable del delito de falsedad en documentos de que trata el Código Penal en su libro 2º, Título VI, Capítulo III, artículo 233 en concordancia con el 231 ibídem".

Primero. Hechos

El apoderado del sentenciado presenta en su demanda como versión de ellos, la formulada por el Tribunal de segunda instancia, la cual está concebida en los siguientes términos:

"Manuel Montoya Vélez había entregado a Serafín Medina Rico ocho mil pesos para comprarle anticipadamente la cosecha de ajonjolí que debería recolectar Medina Rico en "Cuisinde", en el Municipio de Palermo, por el mes de abril de 1966. Pero cuando Medina Rico tenía naciendo el ajonjolí, la casi totalidad de la cosecha, le fue hurtada, razón por la cual llevó a Manuel Montoya solamente unas siete arrobas del fruto, cantidad que rehusó recibir éste, por lo cual convinieron en que Medina Rico, para asegurar a Montoya la deuda y mil pesos más por intereses, giraría en favor de Montoya Vélez tres cheques, cada uno por valor de tres mil pesos, pagaderos a los 15, 30 y 45 días de la emisión. Como los cheques, al ser presentados al Banco girado resultaron sin previa provisión de fondos, ante las reclamaciones de Montoya Vélez, Medina Rico le hizo saber que tenía en su poder una letra de cambio girada en su favor y por valor de $ 15.000.00, la cual llegó a manos de Manuel Montoya Vélez, quien, según los cargos, no la entregó a Medina Rico a pesar de sus solicitudes reiteradas".

Segundo: Actuación procesal

Montoya Vélez formuló denuncia penal contra Medina Rico porque éste le había girado tres cheques que le fueron devueltos por el Banco de Bogotá, Oficinas de Neiva, por insuficiencia de fondos. Al ser llamado a indagatoria el denunciado Medina, formuló contra su denunciante Montoya el cargo de falsedad documental que se deja relacionado en los hechos.

Esta nueva denuncia dio origen al presente negocio, cuya investigación se declaró cerrada por el Juzgado Unico Promiscuo del Circuito de Neiva por auto de 25 de julio de 1968 (fl. 58). El 29 de agosto siguiente

el Juzgado del conocimiento encontrando que se hallaban estructurados "los elementos del delito de falsedad en instrumentos negociables por particulares, de que habla el artículo 233 del Código Penal en armonía con el 231, numeral 9º, de la misma obra" abrió causa criminal por tal ilícito contra Manuel Montoya Vélez y decretó su detensión preventiva" (Cfr. fls. 59 ss.). Celebrada la audiencia pública (fls. 88 ss.), se produjo la sentencia de primera instancia (fls. 103 ss.) y luego la condenatoria de segunda ya indicada, contra la cual se interpuso el recurso extraordinario de casación, según se dejó dicho.

Tercero: Demanda de casación

Manifiesta el actor "Fundamento esta demanda en la causal 4ª de Casación Penal, contemplada por el artículo 56 del Decreto Ley Número 528 de 1964, a saber:

"4º Cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad".

Y agrega que la sentencia acusada "fue proferida viciando de nulidad supralegal el juicio, por estas dos razones:

"A) Porque el H. Tribunal decidió con base en una ley derogada;

"Y,

"B) Porque dejó de aplicar la ley nueva vigente y más favorable al procesado".

Sustentación del cargo:

Primero. Con relación al "aspecto A", manifiesta:

La ley deja de regir por derogatoria que puede ser total o parcial; expresa o tácita, pudiendo ocurrir esta última "cuando simplemente se presenta incompatibilidad entre una disposición posterior y una anterior; y, ... cuando la nueva ley que se expide regula íntegramente la materia a que la disposición anterior se refería"; en el primer caso, queda vigente de la antigua ley lo que "no pugna con las nuevas normas" y, en el segundo, no cabe la supervivencia de aquellas.

Luego de transcribir los artículos 233 y 231, numeral 9º del Código Penal, desenvuelve su razonamiento, así:

En uso de facultades extraordinarias el Presidente de la República expidió el Decreto 1135 de 1970 "Por el cual se dictan normas sobre protección penal de instrumentos y efectos negociables", que entró en vigencia el 19 de julio de ese mismo año, cuyo artículo 2º norma: "El que falsifique o adultere en cualquier forma un instrumento o efecto negociable con el propósito de utilizarlo en perjuicio ajeno, incurrirá en prisión de uno a cuatro años. Si el perjuicio efectivamente se produce, la pena se aumentará hasta en una tercera parte". A continuación presenta un extracto de todo el articulado del mencionado decreto, para concluir así:

"5. De este modo el Decreto 1135 del 19 de julio del año en curso, vino a reglar íntegramente la materia a que se referían parcialmente los Decretos 1699 de 1964 y el Código Penal en sus artículos 233 en armonía con el 231, ibídem, razón por la cual deben entenderse insubsistentes tales disposiciones por mandato del Artículo 3º de la Ley 153 de 1887, como en virtud de los principios generales del derecho contenidos en los brocardos 'Ley nueva deroga Ley vieja' y 'Ley especial deroga la Ley general'.

"Y, además, según este mismo artículo, y principios generales, en armonía con los 71 y 72 del C. C., por incompatibilidad de la ley nueva con las anteriores y, concretamente al caso, de su artículo 2º, con el 233 en relación con el 231 del C. P.

"En efecto:

"a) La acción material, dependiente de los verbos rectores "FALSIFICAR" y "ADULTERAR", no solo, ni en todos, los eventos típicos de los nueve numerales del Artículo 231 del C. P., como así lo dice el artículo 233, ibídem, sino EN CUALESQUIE-

RA FORMAS compatibles con la dinámica que ellos entrañan y que corresponderá, en ardua tarea, fijar a las jurisprudencia y doctrina nuestras, TIENE CABIDA.

"b) La conciencia y voluntad del acto, genérica en las viejas disposiciones del C. P., es en el nuevo artículo segundo del citado decreto 1135, específico propósito, conciencia y voluntad, de "falsificar" o "adulterar" el instrumento o efecto negociables con la finalidad de obtener perjuicio ajeno. Y,

"c) La pena que en aquellas es de dos a ocho años de presidio, es aquí de prisión de uno a cuatro, de otra calidad y menos infamante.

"6. Perdió, pues, su vigencia el artículo 233 del Código Penal nuestro que en armonía con el artículo 231 de la misma obra sancionaba la falsedad en INSTRUMENTOS NEGOCIABLES, ámbito de aplicación especial ahora del artículo 2º del D. 1135 de este año que lo subrogó, según las razones ya expuestas,

"7. El artículo 26 de la Constitución Nacional garantiza cómo "Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se impute, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio.

"Además, que "En materia criminal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable".

"Consagra la disposición constitucional, una cuádruple tutela de la libertad individual, así:

"a) Exige la preexistencia de la ley que gobierna el juzgamiento;

"b) Y aplicada por una jurisdicción legal;

"c) Con la observancia de todas y cada una de las formas del juicio, instituídas, precisamente, desde el rancio derecho romano, en protección del individuo respecto de los poderes del Estado y, en todos casos,

"d) Con preferencia por la ley permisiva, aun posterior al acto imputado, dentre (sic) las restrictivas o desfavorables".

De donde se concluye que "Si la ley aplicada por el Honorable Tribunal en la sentencia que acuso no estaba vigente, había sido derogada, no era ley preexistente, socabó en la decisión las bases del proceso al incurrir en tan grave irregularidad que afecta el propio de nulidad por la sentencia misma y el cargo, en fin, deberá ser próspero".

Segundo cargo

Con relación al "aspecto B", expone:

"9. El artículo 2º del D. 1135 del 19 de julio de este año, reduce las conductas típicas posibles de falsedad en instrumentos negociables (y efectos) según los artículos 233 y 231 del C. P., a las compatibles con la rectoría de los verbos "FALSIFICAR" y "ADULTERAR".

"Y esta acción material, si se sigue la teoría final, no puede predicarse si no coexiste con la voluntariedad dirigida a causar perjuicio a tercero, tesis poco sostenible en el sistema del código en que bastaba para configurar la culpabilidad la sola "Intentio Noscendi".

"Por el contrario, también, según nuestro sistema, se exige para la responsabilidad el dolo específico consistente en la conciencia e intención de ocasionar ese perjuicio ajeno y que, se repite, la vieja regulación, que apenas contenía el genérico, no exigía.

"También como antes se aludió, muda la pena de presidio a la prisión, reduciéndola de dos a ocho años, de uno a cuatro. Así deja campo a la aplicación por la instancia del artículo 80 del C. P., es decir a la concesión de la Condena Condicional, por este aspecto.

"10. Esta sola comparación objetiva de los textos pone de presente la favorabilidad del Artículo 2º del Decreto 1135 de este año, en relación con los artículos 233 y 231 del C. P. y el caso sub-judice y muestra el yerro del H. Tribunal Superior de Neiva que en la sentencia acusada dejó de aplicarlo, falta de aplicación que traduce nulidad supralegal por infracción del inciso segundo del artículo 26 de nuestra Carta Política, consagratoria de la garantía según la cual la ley permisiva deberá preferir a la restrictiva así sea posterior al hecho y de la parte final del Artículo 15 de la Ley 74 de 1968, aprobatoria de los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos, etc., según la cual:

"... si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello".

De donde concluye que este cargo también debe prosperar.

Su petición final consiste en que la Corte invalide el fallo acusado y disponga "proceder en la forma prevista por el ordinal 3º del artículo 58 del Decreto Nº 528 de 1964".

Cuarto: Concepto del Ministerio Público

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal luego de precisar los hechos y de presentar los cargos contenidos en la demanda, se muestra de acuerdo con el actor en que el artículo 2º del Decreto 1135 de 1970, que transcribe, "Comprendió en forma general todos los aspectos relacionados con falsedad o adulteración de instrumentos o efectos negociables, por lo cual dejó sin vigencia la norma anterior —(se refiere al 233 del C. P.)—, por derogación tácita, conforme a las normas generales (arts. 71 y 72 C. C.)". También anota que la posterior, en relación con la anterior "resulta más favorable a los procesados, en cuanto rebaja la calidad y duración de la pena correspondiente a la infracción mencionada", por lo cual "el fallador ha debido dar aplicación al nuevo estatuto, conforme al precepto constitucional (art. 26 de la Carta) y a las normas legales (art. 44 Ley 153/87, art. 3º C. P.)".

Agrega:

"Se anota que al prescindir de la norma vigente al tiempo de dictarse la sentencia de segundo grado, en cuanto era más favorable al procesado y como lo disponen las normas citadas, el fallador habría incurrido en violación directa de la ley por aplicación indebida.

"Sin embargo, el recurrente propone tal circunstancia como causante de nulidad, por lo cual es preciso hacer referencia a este aspecto.

"Como ya se dijo, el art. 26 de la Constitución consagra el principio de aplicación preferente de la ley favorable y por tanto puede considerarse como una de las garantías del juzgamiento cuando, como ocurre en el presente caso, la nueva norma ha entrado en vigencia o producido efecto antes de decidirse definitivamente o fallarse el asunto".

Inmediatamente entra a transcribir parte de lo expresado por esta Corporación en su sentencia de 27 de enero de 1970 (Casación de Juan Gallego Carvajal y otros, por contrabando), transcripción de la cual, en las consideraciones de la Corte, se hará la cita pertinente.

Concluye solicitando se invalide la sentencia impugnada y se ordene "la devolución al Tribunal de origen para que reponga dicha actuación" ya que "la aplicación de la ley favorable al procesado constituye una de las garantías consagradas en su favor y consecuentemente, su desconocimiento produce la nulidad, tendiente a corregir dicha irregularidad".

Quinto: Consideraciones de la Sala

Primero. 1. Manuel Montoya Vélez, el 29 de agosto de 1968, fue llamado a responder en juicio criminal por el delito de falsedad documental definido y sancionado por el

artículo 233 del Código Penal, en armonía con el 231, numeral 9º de la misma obra.

En sentencia de primera instancia de 12 de marzo de 1969 el Juzgado de conocimiento le absolvió de tal cargo.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva por providencia de 10 de agosto de 1970 revocó la absolutoria anterior y condenó al procesado como responsable del delito por el cual se le había llamado a juicio, de acuerdo con las normas penales precisadas como violadas en el respectivo auto procesatorio. Contra aquella se interpuso el recurso extraordinario de casación.

2. Centra el demandante su acusación contra la providencia impugnada en que:

a) El 19 de julio de 1970, es decir, antes de que se produjera el fallo acusado, entró en vigencia el Decreto 1135 de ese mismo año que derogó el artículo 233 cuya aplicación por el Tribunal en la sentencia condenatoria dio motivo a que esa Corporación decidiera "con base en una ley derogada"; y

b) Siendo más favorable a los intereses del procesado el Decreto 1135 de 1970 que las disposiciones pertinentes del Código Penal, se aplicaron éstas y no aquellas: El Tribunal "dejó de aplicar la ley nueva vigente y más favorable al procesado".

Por lo cual invoca la causal 4ª de casación penal del artículo 56 del Decreto 528 de 1964 ya que la sentencia "fue proferida viciando de nulidad supralegal el jucio", por violación del artículo 26 de la Carta.

El Ministerio Público se muestra de acuerdo con el planteamiento y la conclusión anteriores.

3. Por sentencia de 9 de marzo del año en curso, la Corte Suprema de Justicia declaró inexequibles los artículos 2, 3, 4 y 5 del Decreto 1135 de 1970. Pero la Sala prescindirá en esta providencia de entrar en consideraciones sobre esa inexequibilidad, ya que los fallos de esta naturaleza surten efectos hacia el futuro y no los tienen retroactivos. Y, además, la sentencia acusada debe estudiarse a la luz de las normas vigentes para el tiempo en que ella fuera proferida.

Segundo. 1. En términos generales puede decirse que las causales de casación y las nulidades en el proceso penal encuentran su origen en la Constitución que instituye "las llamadas **garantías procesales**, que, completadas con las garantías penales del artículo 28, preservan situaciones absolutamente necesarias para la seguridad de la persona humana" (Casación, 27-II/70).

Ahora bien: Algunas de las segundas —nulidades— están señaladas de manera taxativa en los artículos 37 y 38 del Decreto 1358 de 1964. Mas cuando en la etapa del juicio se presentan acciones u omisiones procesales de especial gravedad y trascendencia que atentan francamente y con la entidad acabada de indicar contra los derechos de la persona humana y que no están contempladas de manera expresa en la ley, entonces pueden surgir las llamadas nulidades de orden constitucional, con origen directo en el artículo 26 de la Carta, por violación de éste. Lo anterior lo ha precisado esta Corporación en los siguientes términos:

"El artículo 26 de la Carta determina cuatro garantías, cada una de las cuales tiene naturaleza, objeto y consecuencias propias, y cuyo desconocimiento acarrea sanciones de distintas clases, salvo en los casos excepcionales que describe el artículo 27, así:

"a) Preexistencia de la ley que gobierna el juzgamiento;

"b) Legalidad de la jurisdicción;

"c) Observancia de las formas del juicio, y

"d) Aplicación de la ley favorable, aunque sea posterior al acto imputado".

Como se ha anotado al hacer la reseña de la demanda de casación y del concepto del Ministerio Público, el ataque a la sen-

tencia se produce a título de nulidad de rango constitucional por intermedio de la causal 4ª de casación, por haberse estimado que al aplicar el Tribunal en su sentencia, para condenar, una ley derogada, "dejó de aplicar la ley nueva vigente y más favorable al procesado". Es decir y, así se indica en la demanda aun cuando no se citó de manera expresa, no se otorgó al sentenciado la garantía procesal señalada en la letra d) por la Corte: "Aplicación de la ley favorable, aunque sea posterior al acto imputado".

2. Por mandato del artículo 63 del Decreto 528 de 1964, "La demanda de casación debe contener un resumen de los hechos debatidos en el juicio, y expresar la causal que se aduzca para pedir la infirmación del fallo, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella y citando las normas sustanciales que el recurrente estime infringidas.

"Si son varias las causales del recurso, se exponen en capítulos separados los fundamentos relativos a cada una".

Se exige, pues, entre otras condiciones de fondo y de forma, que en la demanda se limite de manera concreta, cuál es la causal o cuáles son las causales que se aducen para pedir la infirmación del fallo, acompañadas de su respectiva fundamentación. Y, una vez cumplido lo anterior, "La Corte no podrá tomar en cuenta causales de casación distintas de aquellas que hayan sido expresamente alegadas por las partes" (C. P. P., Art. 568).

En la ley la causal de casación está, pues, señalada de manera precisa en su enunciación y a la naturaleza de ésta que se invoque, debe corresponder, de manera concreta, el desarrollo y la fundamentación pertinentes. No está, entonces, al libre arbitrio del demandante señalar a su capricho un motivo de casación que corresponda a determinada causal como estructurante de otra distinta, para desarrollarlo y presentarlo bajo el rubro de la que no le corresponde. Lo anterior obedece a que "es indispensable —como lo ha sostenido la Corte— que el planteamiento de esos hechos sea claro y comprensivo, que la causal o las causales aducidas se expresen separadamente, y que sean explicadas para que su estudio tenga un punto concreto de aplicación y se aprecien los defectos, excesos y las otras irregularidades acusadas. La ley y la doctrina no imponen estas exigencias por motivaciones de puro formulismo jurídico, sino porque a través de ellas es posible descubrir la índole de las objeciones, su alcance y el ámbito perturbador del derecho" (Casación, 6-II-/70).

Tercero. 1. En el caso concreto sometido a estudio, el demandante invoca como causal de casación la 4ª del artículo 56 del Decreto 528 de 1964: "Cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad", nulidad a la cual le señala origen constitucional "Porque el H. Tribunal decidió con base en una ley derogada; y, porque dejó de aplicar la ley nueva vigente y más favorable al procesado".

El Tribunal se movía entre dos extremos legales: o aplicaba la norma vigente al momento de la comisión del ilícito y de su enjuiciamiento o aplicaba la norma vigente al momento de proferir su fallo, considerada esta última por el recurrente como más favorable al procesado". La entidad optó por el primer extremo. Por ello, se acusa su sentencia en la forma ya dicha.

2. Ni el demandante ni la Corte pueden crear causales de casación ningunas y ellas son las que se encuentran taxativamente enumeradas en el artículo 56 del Decreto 528 de 1964, las cuales, como ya se indicó, encuentran su origen en la misma Constitución, al igual que las nulidades pero observando, con relación a éstas y según atrás se dijo, que en casos verdaderamente excepcionales, pueden tomarse directamente del canon constitucional causales de nulidad que no hayan sido expresamente contempladas por la ley (Decreto 1358 de 1964, arts. 37 y 38), cuando "se trate de irregularidades procedimentales que ataquen las bases mismas de la organización judicial o consagren flagrante violación del derecho de defensa del procesado".

Siendo, pues taxativas las causales de casación y no pudiéndose alegar caprichosamente sino con sometimiento a su enunciado por la ley y correspondiendo a cada una de ellas su propio desarrollo y fundamentación, se tiene:

Si la sentencia se acusa concretamente porque aplicó una norma que no correspondía y dejó de aplicar la que sí era pertinente, salta a la vista que la causal de casación que ha debido invocarse, con sometimiento a la ley, es la primera del artículo 56 del Decreto 528 de 1964, inciso 1º: "Cuando la sentencia sea violatoria de la ley sustancial, por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea". Entonces, se trataría de una infracción directa de la ley porque, según se dice en la demanda, se dejó de aplicar la norma que era pertinente.

En consecuencia, la demanda interpuesta en la forma en que lo fue, es a todas luces equivocada, porque debiéndose haber estructurado sobre la causal primera de casación, según se ha demostrado, lo fue sobre la cuarta, con invocación de hechos que correspondía plantear a través de aquella. Resalta la importancia de la equivocación si se tienen en cuenta los efectos que se producen en los casos en que prospera una u otra de ellas, ya que si se acepta como justificada la primera, en este evento corresponde a la Corte casar el fallo acusado y dictar el que deba reemplazarlo (Decreto 528 de 1964, art. 58, ordinal 1º); en tanto que si la aceptada es la cuarta, la Corporación tiene que declarar en qué estado queda el proceso y remitirlo al tribunal de origen para que por este se proceda con arreglo a lo resuelto por ella (id. ord. 3º).

No pudiendo la Corte corregir oficiosamente el yerro señalado, la demanda habrá de desecharse por las razones anteriormente expuestas.

Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 10 de agosto de 1970 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva en el proceso seguido contra Manuel Montoya Vélez por el delito de falsedad documental.

Cópiese, notifíquese, devuélvase.

José María Velasco Guerrero, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta.

J. Evencio Posada V., Secretario.



NULIDAD CONSTITUCIONAL

No la constituye el hecho de no recibir declaración en el proceso penal a una persona de seis años de edad y a otra de cuatro años, pues ello constituye una omisión que no afecta de manera sustancial la "observancia plena de las formas del juicio", porque por otros medios se realizó la investigación de los hechos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, treinta y uno de marzo de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez).

(Aprobado: Acta número 11, marzo 30 de 1971).

Vistos

Por sentencia de 28 de marzo de 1969 el hoy extinguido Juzgado Primero Superior de Zipaquirá condenó a Adán González Beltrán a la pena principal de ocho años de presidio, a más de las accesorias correspondientes, como autor responsable del delito de homicidio en Abelardo Hueso. Subida en consulta al Tribunal Superior del Distrio Judicial de Bogotá, la Corporación, por la suya de 13 de marzo de 1970 confirmó la anterior. Contra ésta de segunda instancia interpuso recurso extraordinario de casación el procesado y, como la tramitación correspondiente se encuentra agotada, se procede a resolver lo de ley.

Primero: Hechos

En el auto de calificación del mérito del sumario se presentó la siguiente versión que el demandante en casación inserta en su libelo:

"El veinte (20) de agosto de mil novecientos sesenta y siete (1967), después de haber trabajado ayudando a unos vecinos Abelardo Hueso, quien vivía en casa de sus padrinos Marco Antonio Garzón en las horas de la tarde resolvió ir a mirar un daño que unos animales le habían ocasionado en su sementera de yuca, por lo cual convidó a José Fernando Mercha para que le acompañara, pero éste no quiso ir por estar muy cansado. Abelardo salió de su casa acompañado de "Chepe" o José del Carmen Garzón y a eso de las tres de la tarde cuando iban por cerca a las propiedades de Adán González, Abelardo Hueso gritó a José del Carmen Espitia, para que saliera al camino, pero quien le contestó fue Adán González, injuriándole, sin razón, y acercándose al sendero que llevaban los dos amigos, levantó la escopeta de fisto que llevaba y disparó contra Abelardo Hueso, quien al ser herido caminó unos metros y cayó gravemente herido. Llevado a la población de Topaipí, cabecera Municipal de la vereda de "Nacopay", donde fue herido, dejó de existir horas más tarde dentro del edificio de la Alcaldía".

Segundo: Actuación procesal

El mismo día en que ocurrieron los hechos y en atención a la denuncia que alcanzó a formular la víctima, la Alcaldía Municipal de Topaipí profirió el correspondiente auto cabeza de proceso (fl. 1 vto.) y luego de realizado el levantamiento del cadáver (fl. 3) envió las diligencias al Juzgado Penal Municipal de esa localidad, Despacho

que de inmediato avocó el conocimiento de los hechos y decretó las pruebas pertinentes. Recibidas algunas, tres días más tarde decretó la detención preventiva del sindicado Adán González Beltrán (fls. 24 ss.). El 28 de noviembre de ese mismo año el Juzgado Primero Superior de Zipaquirá declaró cerrada la investigación (fl. 90) y el 6 de febrero de 1968 llamó a responder en juicio criminal a González Beltrán "por el delito de HOMICIDIO VOLUNTARIO, en Abelardo Hueso" (Fls. 93 ss.). Recurrida en apelación la providencia tanto por el procesado (fl. 106 vto.) como por el defensor que él mismo nombrara (fl. 108), quien solicitó su revocatoria para que su defendido fuera sobreseído definitivamente por legítima defensa o para que, en subsidio se le reconociera "la modalidad del artículo 28 del C. P." (fls. 113 sgt.), el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Zipaquirá, hoy extinguido, el cual tenía en aquel tiempo la competencia correspondiente, de acuerdo con su Fiscal Primero (fls. 115 ss.), por auto de 19 de abril del año últimamente indicado, confirmó la providencia recurrida (fls. 120 ss.). Abierto el juicio a prueba (fl. 131), no fue solicitada la práctica de ninguna. El 13 de marzo de 1969 se celebró la respectiva audiencia pública (fls. 162 ss.), la cual culminó con el veredicto "SI ES RESPONSABLE" (fl. 161) que por unanimidad emitió el jurado de conciencia al responder la cuestión única que le fuera propuesta. Luego se produjeron las sentencias de primera (fls. 168 ss.) y de segunda (fl. 198 ss.) instancias, la última de las cuales, como ya se indicó, fue recurrida en casación.

Tercero: Demanda de casación

Manifiesta el actor que "Invoco la causal 4ª señalada en el artículo 56 del Decreto 528 de 1964 que dice:

"Art. 56. En materia penal el recurso de Casación procede por los siguientes motivos:" ... 4º Cúando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad".

Fundamenta el cargo así:

"La nulidad invocada con fundamento en la causal 4ª de Casación toma base en la negativa del Juzgado Instructor a recibir las declaraciones de los menores Alirio y Alcira González, hijos del procesado, pruebas éstas de enorme repercusión procesal sobre el derecho de defensa que asiste a todo procesado de allegar los medios probatorios destinados a desvirtuar los cargos del informativo".

Agrega que el procesado en su indagatoria dio los nombres de sus hijos "Rosa Elena González, de diez años, Alirio González de poco más o menos unos seis años y Alcira González de unos seis años" de quienes dijo eran víctimas, por parte del occiso, de agresiones verbales y físicas; y, que Rosa Elena, en su declaración dice que estaba con sus hermanitos chiquitos cuando Hueso "la llamó para adentro y nada más y él me metió la cosa". Argumenta que a pesar de esas citas, el Juzgado dejó constancia de que se abstiene de recibir declaraciones a los menores Alirio y Alcira "de cinco y siete años de edad respectivamente, por considerar que no son personas hábiles para rendir testimonio en materia criminal", con lo cual el demandante no está de acuerdo porque "El art. 224 del C. de P. P. señala el principio fundamental de que toda persona sana de mente es hábil para rendir testimonio en materia criminal". A continuación expone:

"La negativa en recepcionar estos testimonios de personas citadas en el expediente, en respaldo de la actitud asumida por el procesado recurrente implica una grave y fundamental violación del derecho de defensa del procesado al tratarse de pruebas conducentes y pertinentes al tenor de la Ley.

"Si el señor Juez no se hubiera abstenido deliberadamente de recibir los testimonios de los menores citados por considerarlos inhábiles para deponer, otra suerte hubiera tomado la calificación del hecho y el proceso mismo, así como también la dosificación de la pena, en relación con circunstancias atenuantes o eximentes de la responsabilidad.

"La nulidad que invoco asume el carácter de supralegal y se halla prevista en el art. 26 de la Constitución Nacional por ha-

berse quebrantado el derecho de defensa del procesado Adán González Beltrán, pues la negativa al derecho de que se recibieran las declaraciones de sus menores hijos Alirio y Alcira González Bustos, vulneró su más elemental derecho de defensa. No podía el señor Juez Penal Municipal de Topaipí valorar la habilidad o inhabilidad de los menores para rendir testimonio, sin que el testimonio primero se hubiese producido previamente. De recibirse los testimonios mencionados la suerte del proceso hubiera sido bien distinta para Adán González Beltrán. La constancia de folio 83 es un documento patente de la violación clara del derecho de defensa de mi patrocinado".

Luego hace una larga transcripción de una antigua sentencia de la Corte acerca de los alcances del artículo 26 de la Constitución, y en su resumen recalca que el fallo se dictó en un juicio viciado de nulidad por violación del artículo 26 indicado "por grave menoscabo del derecho de defensa del procesado Adán González Beltrán al abstenerse deliberadamente el instructor de recibir testimonio a personas citadas por el procesado dentro de la oportunidad legal para decretar y practicar pruebas", pruebas que si se hubieran recibido "hubieran determinado una situación jurídica distinta a la que actualmente se halla vinculado González Beltrán, pues hubieran podido mediar circunstancias eximentes y atenuantes de la responsabilidad, con variaciones en la sanción, tratándose de este último caso".

Cuarto: Concepto del Ministerio Público

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, luego de precisar los hechos, de reseñar la actuación procesal y de presentar los cargos de la demanda, tras juiciosos razonamientos solicita que la Corte deseche el recurso pues la omisión señalada en el libelo "no tiene el efecto de nulidad que pretende el demandante". Se harán las debidas referencias a los principales apartes de ese concepto en las siguientes

Quinto: Consideraciones de la Sala

El punto fundamental de la demanda consiste en que se incurrió en una grave violación del derecho de defensa del procesado, al no recepcionarse las declaraciones de los menores precisadas por el actor.

A lo anterior, se responde:

En la diligencia de indagatoria manifiesta Adán González que con anterioridad a los hechos, Abelardo Hueso le trataba mal a los hijos y que cuando éstos ocurrieron se debió a que lo trató mal a él y a los vecinos (fl. 13). Para acreditar lo anterior, citó a algunas personas como testigos. La mayoría de estas citas se verificaron con resultados perfectamente negativos a los planteamientos del sindicado (Cfr., por ejemplo: Berselio Rusinque, fl. 37 vto., José María Garzón, fl. 8, Leonor Ramírez, fl. 76). También se recibió declaración a Rosa Elena González, la hija mayor del acusado, de 9 años de edad —(los otros dos hijos tenían para aquella época: Alirio 6 años y Alcira 4 años y medio)—, quien hace referencia a ultrajes y amenazas anteriores el día de los hechos y a que también, la víspera de ellos, Hueso la había desflorado: "a mí me dolió mucho y yo voté sangre". Pero ocurre que al practicarle reconocimiento médico legal, se constató que "no existe desfloración" y, además, Leonor Ramírez, a quien cita como la persona que en una ocasión la defendió de tales atentados (fl. 82), la desmiente de manera categórica en su declaración: "Preguntada: Díganos si le consta que Abelardo Hueso ultrajara a los hijos de Adán González? Contestó: A mí no me consta nada de eso, porque yo nunca iba a la casa de don Adán, o mejor dicho, rara vez iba yo por allá; tampoco oí ultrajes de ninguna especie contra esa familia, en ningún momento" (fl. 76).

La anterior relación probatoria la ha traído la Sala no porque encaje técnicamente dentro del estudio propuesto por el demandante, ya que no se trata de examinar ninguna de las circunstancias contempladas en el inciso 2º del numeral 1º del artículo 56 del Decreto 528 de 1964, sino para demostrar cómo los derechos de defensa o las garantías procesales del acusado, en ningún momento fueron desconocidos ni atropellados ni pasados por alto. De manera que si se presentó una omisión, con-

sistente en no haber recibido declaración a una persona de 6 años y a otra de 4 años y medio, ello apenas viene a constituir una omisión que no afecta de manera sustancial la "Observancia plena de las formas del juicio" ya que, como lo anota el Ministerio Público, "no resulta demostrada la lesión al derecho de defensa, por la omisión en recibir dichos testimonios, pues por otros medios se realizó la investigación en cuanto a los mismos. Así, puede entenderse cumplido lo ordenado por el art. 356 del C. de P. P., en cuanto a la verificación de las citas que hiciere el procesado, sin que la omisión alegada pueda producir nulidad" (Cuaderno de la Corte, fls. 28 sgt.).

Además, es conveniente puntualizar dos cosas: El acusado siempre estuvo atendido por un abogado en su defensa y éste nunca reclamó contra la omisión en la recepción de tales declaraciones ni tampoco en la etapa del juicio pidió que ellas se recibieran. Por otra parte, durante la audiencia pública y en atención a las pruebas recogidas y que hacían relación a este punto de vista, éste se debatió ante el jurado y el defensor le planteó el que reconociera que había obrado dentro de las modalidades del artículo 28 del Código Penal y, a continuación manifestó: "pero en el caso improbable que el jurado no la admita, solicita a la señorita Juez del conocimiento la tenga en cuenta como un estado o circunstancia de menor peligrosidad" (fl. 167). Por demás está repetir que aquel, dentro del ámbito propio de su soberanía para apreciar las pruebas, no aceptó tal pedimento y, el Juez, profirió su sentencia condenando a la pena mínima señalada para el delito imputado.

De todo lo expuesto es preciso concluir que el cargo contra la sentencia impugnada no puede prosperar, por lo cual 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 13 de marzo de 1970 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá dentro de las presentes diligencias.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

José María Velasco Guerrero, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta.

J. Evencio Posada V., Secretario.

NULIDAD.

La inobservancia de formalidades exigidas para la validez de un acto no genera nulidad sino inexistencia del mismo. La sanción de inexistencia consagrada en el artículo 39 del Decreto 1358 de 1964, (artículo 162 Decreto 409 de 1971), no es aplicable a la sentencia. El hecho de omitir en la sentencia la cita de las disposiciones legales en la forma en que lo ordena el artículo 159 del C. de P. P., (artículo 171 Decreto 409 de 1971), no es violatorio del artículo 26 de la Constitución Nacional, siempre que aparezca claramente determinado, el delito y el grado de responsabilidad del autor. La denominación de coautor que se de a un procesado que ha actuado en forma individual, es irrelevante jurídicamente, si del análisis y contexto del fallo se precisa la existencia de un autor único.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, abril primero de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Doctor Luis Carlos Pérez).

(Aprobado: Acta número 12 de 31 de marzo de 1971).

Vistos

En sentencia de 10 de junio de 1970, el Tribunal Superior de Aduanas condenó a Pedro José Galindo Ropero "como coautor del delito de contrabando a que se contraen estas diligencias, por infringir el literal e) del artículo 6º del decreto 1821 de 1964, a la pena principal de dos años de prisión" y a las accesorias correspondientes. El punto segundo del fallo suspende la ejecución de la condena, bajo caución, en la forma de que trata el inciso 3º del artículo 36 del referido decreto 1821 de 1964. El punto tercero absuelve a los procesados Rodolfo Jiménez Serrano, José Luis Cárdenas Olivares y César Ovidio Ortiz López, por razón de los cargos que habían determinado la indagatoria de éstos. Finalmente, dispuso compulsar copias y desglosar las piezas necesarias para investigar la falsedad documentaria en que se hubiera podido incurrir, según datos de autos.

La sentencia de que se trata reformó la proferida por el Juez Superior de Aduanas de Bucaramanga, en la cual se condenó a José Luis Cárdenas Olivares a 22 meses de prisión y a César Ovidio Ortiz López y Pedro José Galindo Ropero a 28 meses de la misma pena, fuera de las accesorias legales y de otras disposiciones relacionadas con la índole de la infracción.

Contra el fallo del Tribunal interpusieron el recurso de casación el procesado Pedro José Galindo Ropero y su defensor, recurso que se ha tramitado en la Corte hasta el punto de que debe entrar a decidirse, habiéndose declarado admisible en providencia del 14 de agosto de 1970.

La demanda del defensor de Galindo Ropero fue calificada el 6 de noviembre del mismo año, de acuerdo con el artículo 63 del decreto 528 de 1964 y, en consecuencia, se la declaró ajustada a la ley.

En concepto del 22 de enero del año en curso, el Procurador Primero Delegado en lo Penal contesta los cargos hechos al fallo, en la forma y con las conclusiones de que adelante se hace mérito.

I

Hechos procesales

El 21 de junio de 1967, funcionarios del Resguardo de la Aduana de Bucaramanga informaron al Comandante de este cuerpo que en el retén del kilómetro 18 de la carretera que conduce de Cúcuta a la Capital del Departamento de Santander, fue retenida por presumirse de contrabando, la camioneta matriculada bajo el número 36432 del 8 de mayo de 1967, expedida por la Secretaría de Tránsito y Transportes de Bogotá a favor de José Luis Cárdenas; vehículo marca 'Chevrolet' serie 45545 L-131708, motor FO 211LM, placas D-53111, colores habano y marrón, modelo 1964, manifiesto número 26482 del mismo año. Conducía la camioneta Rodolfo Jiménez Serrano, quien manifestó al cabo Ismael Saavedra, empleado del Resguardo, que la conducía a Bogotá por cuenta de un sujeto llamado Felipe Jaramillo.

En dictamen del 26 de junio, los peritos informan que los datos anteriores no son los originales, pues la camioneta es de modelo 1963, el número del motor aparece inscrito sobre superficie adulterada, y, además, es falsa la plaqueta pues en ella están grabados otros números, que corresponden a los de la fábrica, así: C 63-B-1006. Además (folios 404 y 405), la General Motors Overseas declara que el vehículo original, distinguido con los números que acaban de citarse, fue ensamblado en Venezuela, en el año de 1963.

Las especificaciones de la camioneta retenida a Rodolfo Jiménez Serrano corresponden a un vehículo que importó por la Aduana de Buenaventura la Misión Diplomática de los Estados Unidos de Norte América y que ésta vendió en el mes de julio de 1966, con autorización del Ministerio de Relaciones Exteriores, a Felipe Jaramillo.

El valor de la camioneta ensamblada en Venezuela y decomisada como de contrabando ascendió a la suma de ochenta mil pesos, según el avalúo pericial.

Los documentos para introducir este vehículo y para traspasarlo, tuvieron que ser falsificados y de allí el que el fallo condenatorio dispusiera iniciar la investigación correspondiente.

Durante la etapa instructiva, el conductor Rodolfo Jiménez Serrano dijo haber sido contratado por Felipe Jaramillo, en Cúcuta, para que le trajera la camioneta a Bogotá, y haber recibido los documentos en que aparecía un traspaso del vehículo a José Luis Cárdenas. Fueron vinculados al proceso, además, José Luis Cárdenas, César Ovidio Ortiz, Felipe Jaramillo y José Galindo Ropero, resultando comprobada la complicidad de los nombrados, excepto Jaramillo, en la negociación de la camioneta, vendida a Ortiz López por mediación de Galindo Ropero.

En estas condiciones se produjeron los fallos del Juez Superior de Aduanas de Bucaramanga y del Tribunal Superior, ya relacionados.

II

La demanda de casación

Invoca el actor las causales cuarta y primera del artículo 56 del Decreto 528 de 1964.

La cuarta, a su vez, la presenta en tres formas, que se sintetizan así:

a) El fallo condena a Pedro José Galindo Ropero como coautor del contrabando, pero omitió citar el artículo 19 del Código Penal, que describe la coautoría. "Tal omisión quebranta el artículo 159, ordinal 5º, parágrafo H, que manda hacer la cita de las disposiciones legales aplicables". Consecuencia de lo anterior es la de que se han pretermitido formalidades esenciales del juzgamiento, en quebranto del artículo 26 de la Constitución, es decir, que el no citar el

artículo 19 implica inobservancia de las formas propias del juicio. Expresamente dice: "Planteo como principal la nulidad consagrada en el artículo 39 del decreto 1358 de 1964, y como subsidiaria la nulidad constitucional establecida en el artículo 26 de la Constitución";

b) El Tribunal quebrantó los artículos 273, 295, 203 y 204 del Código de Procedimiento Penal, lo cual condujo a violar igualmente el artículo 26 de la Constitución, por falta de plenitud de las formas propias del juicio. Indica además que la violación del primero de los preceptos citados, así como del artículo 272 del estatuto procesal, se deben a que el fallo condenatorio aplicó el decreto 1821 de 1964, en lugar del 956 de 1970, que es más favorable al procesado, pues en el nuevo ordenamiento se exige la plena prueba para condenar y se abolió la presunción de responsabilidad, sustituyéndola por la presunción de inocencia. Si a Galindo Ropero se le condenó como coautor "lanzándole la imputación de que había hecho uso de un documento falso para obtener la introducción al país de la camioneta", esa falsedad debía estar plenamente probada para poder aplicar regularmente la ley, cosa que no se hizo. Esta falta de demostración deja a salvo la inocencia del procesado, como lo dispone el artículo 89 del decreto 956 de 1970 en relación con el 204 del Código de Procedimiento Penal; y

c) El sentenciador usurpó jurisdicción al dictar sentencia condenatoria porque se refirió a un delito de falsedad documental cuyo conocimiento corresponde a los jueces de circuito, según el artículo 3º del decreto 1867 de 1965: "No se dijo el grado de la falsedad imputada al procesado, ni la clase de documento que fue objeto de la falsedad, esto es, si un documento público, privado o instrumentos negociables, etc. No conociendo con antelación la clase de cargos que se le formulaban, lógicamente que estaba en imposibilidad de defenderse de tales cargos en la segunda instancia, y el procedimiento seguido en el negocio quebranta el artículo 26 de la Constitución", como lo expresó la Corte en sentencia de 23 de enero de 1970, al aplicar la doctrina de la nulidad supralegal. La nulidad alegada está prevista en el numeral 1º del decreto 1358 de 1964, y, como subsidiaria, plantea la constitucional.

Respecto de la causal primera hace los siguientes dos cargos:

1. Violación directa de la ley sustancial al condenar a Galindo Ropero como coautor de contrabando habiendo absuelto a los demás; violación que consiste en haber aplicado mal el artículo 19 del Código Penal, norma de la cual "se desprende que para que sea operante en su aplicación se hace indispensable que en el proceso se haya establecido en forma irrefragable la responsabilidad penal de dos o más sindicados. Resulta improcedente en su aplicación el artículo 19 cuando, como en el caso a estudio, no existe sino un único autor del delito de contrabando, aceptando en gracia de discusión el análisis probatorio hecho por el sentenciador".

El actor transcribe consideraciones sobre la coautoría y, principalmente, apartes del fallo de la Corte dictado el 20 de abril de 1969, en el que se hace la distinción entre coautores cómplices necesarios y auxiliares de otro orden. Como resumen dice: "De acuerdo con lo anteriormente expuesto, tenemos que al procesado Pedro José Galindo Ropero no se le podía imputar la coautoría en la sentencia recurrida, en primer lugar porque su responsabilidad penal no fue establecida y en segundo lugar porque, según el Tribunal, siendo un único autor no podía ser condenado en el grado de coautor del delito de contrabando, ya que todos los demás fueron absueltos del delito imputado".

"La norma penal violada en forma directa, fue el artículo 19 del Código Penal, violación que se puede calificar de omisiva, por cuanto que el H. Tribunal omitió citar esta norma en la sentencia recurrida, lo que implica que violó el literal H. del artículo 159 del Código de Procedimiento Penal".

2. El fallo violó la ley sustancial, esta vez la número 40 de 1968, porque no reconoció la rebaja consagrada en ella, teniendo

el procesado derecho al beneficio, pues el delito fue cometido en diciembre de 1968.

Concluye: "Con fundamento en las dos causales anteriormente sustentadas, suplico a esa H. Sala invalidar la sentencia recurrida y dictar la que ha de reemplazarla, según lo dispuesto por el artículo 570 del Código de Procedimiento Penal, ahora subsumido por (sic) el artículo 58 del decreto 528 de 1964".

III

Concepto del Procurador

El Agente del Ministerio Público se refiere a cada uno de los cargos en la forma en que se sintetiza seguidamente:

Primero. Es verdad que el artículo 159 del Código de Procedimiento Penal dispone que la sentencia debe citar las disposiciones legales aplicables y que en el presente caso el fallo menciona al procesado como coautor, aunque no hace expresa alusión del artículo 19 del Código Penal, en lo cual funda el recurrente la invalidez demandada. Pero tal omisión no produce ese efecto "porque no puede afirmarse que el fallador se abstuviera de citar las disposiciones que consideró aplicables, con lo cual se cumple el requisito exigido; y aunque no hizo mención de la norma relacionada con la coautoría, de dicha expresión o figura se desprende claramente que entendió ser el procesado autor con otros de la infracción". La omisión, pues, no tuvo mayor efecto y no genera nulidad, pues no se encuentra prevista en la ley, y, por otra parte, no se ha demostrado el quebranto del derecho de defensa. Tampoco tiene apoyo la nulidad en el artículo 39 del decreto 1358 de 1964, norma que se refiere a ciertas formalidades necesarias para la validez de determinado acto y en el presente caso no se ha demostrado su desconocimiento. En consecuencia, el cargo debe rechazarse.

Segundo. Respecto del segundo motivo de impugnación, responde:

A. El párrafo E del artículo 4º del decreto 1821 de 1964, no estableció propiamente presunciones de contrabando, sino que enumeró determinados actos configuradores de la infracción. El decreto 1821 de 1964 era el que regía el 10 de junio de 1970, cuando se dictó la sentencia condenatoria. El decreto 955 del año últimamente citado entró a regir el 1º de septiembre, esto es, mucho tiempo después de proferida la condenación. Además, la nueva norma describió como punible la conducta atribuida al procesado (artículo 17).

B. El argumento de que a Galindo Ropero se le condenó como coautor por haber usado un documento falso para introducir al país el vehículo, y el de que esa circunstancia debió ser plenamente probada para que hubiera cuerpo del delito y responsabilidad penal, se relaciona con una cuestión probatoria que no puede ser propuesta dentro de la causal cuarta sino dentro de la primera. El cargo debe ser, igualmente, rechazado, porque de otra parte "el demandante se limita a alegar que no se demostró el hecho, pero sin argumentación suficiente para demostrar su afirmación".

C. No se violó el artículo 295 del Código de Procedimiento Penal, en el sentido de que no quedó establecida la falsedad de determinados documentos, pues también se trata de un asunto probatorio que está fuera del ámbito de la causal que se examina. Igual cosa debe decirse respecto de la supuesta violación del artículo 204 del estatuto procesal.

D. No hay incompetencia de jurisdicción, deducida del artículo 37 del decreto 1358 de 1964, en el sentido de que la justicia aduanera conociera del delito de falsedad documentaria, porque "el proceso en parte alguna contiene referencia o cargo por tal infracción, en forma directa, la cual obviamente es de la competencia del juez penal del circuito, como lo afirma el recurrente; se ha examinado o analizado la actividad del procesado en relación con determinados hechos tendientes a legalizar la situación y negociación de un automotor introducido de contrabando y que consecuentemente, configuran esta infracción, por la cual se adelantó el proceso". El Tribunal estudió las pruebas y encontró establecida la in-

tervención del procesado en la preparación de los documentos que facilitaron el traspaso del automotor retenido, documentos falsos, ya que se quiso hacerlos coincidir con los de otro vehículo legítimamente importado. De esta conclusión no se infiere que la justicia aduanera hubiera calificado el delito de falsedad. Por el contrario, dispuso compulsar las copias para dar cumplimiento al artículo 24 del decreto 1821 de 1964.

E. Tampoco se violó el derecho de defensa debido a la falta de puntualización de los cargos en el auto de proceder, porque el decreto 1821 citado, conforme al cual se adelantó el proceso, no disponía dicha providencia. Por lo mismo se siguieron los trámites legales, limitados al delito de contrabando. El cargo debe rechazarse.

Los cargos formulados bajo la invocación de la causal primera son de plena aceptación para el Ministerio Público, porque:

a) El artículo 19 del Código Penal exige que quienes sean responsabilizados conforme su texto concurran al hecho con previa unidad intencional y con voluntad libremente determinada al resultado común que se persigue. Puede existir diferencia en las actuaciones de cada uno, pero no la unidad de propósitos y fines. En virtud de lo cual es "a todas luces un absurdo e imposible jurídico condenar a una sola persona como coautora de un hecho punible. Pues cuando se dice al que tome parte en la ejecución del hecho, es porque actuó con unidad de intención y voluntad con otro, u otros, y si a los demás se les absuelve o justifica su actuar no se ve lógica jurídica para que uno de ellos quede respondiendo de un hecho en el cual tomó parte conjuntamente con otros, pero no lo realizó sólo". Es cierto que la responsabilidad es personal e intransmisible, pero también lo es que estos presupuestos deben obedecer a la lógica, "vale decir, que solo se puede derramar responsabilidad dentro de este marco legal cuando se demuestra la autoría y culpabilidad de varios sujetos obrando como se ha dicho, más no obrando individualmente". La sentencia, pues, aplicó en forma indebida el artículo 19 del Código Penal, violando con ello directamente la ley sustancial.

b) "Al condenar al recurrente Galindo Ropero a la pérdida de pensión o jubilación o sueldo de carácter oficial, se quebrantó la ley 16 de 1969, en su artículo 12; norma esta que eliminó tal sanción accesoria".

c) Al conceder la condena condicional al procesado, el juzgador aceptó que se reunían los requisitos que para la rebaja de pena establece el artículo 3º del decreto 2953 de 1968, reglamentario de la ley 40 del mismo año, por lo cual era procedente decretar la rebaja, cosa que no se hizo.

Conclusión de todo lo anterior es la petición del Agente del Ministerio Público para que se invalide la sentencia recurrida.

IV

Consideraciones de la Corte

1ª La disposición contenida en el artículo 39 del decreto 1358 de 1964, en el sentido de que cuando la ley exige expresamente para la validez de determinado acto el lleno de formalidades especiales, no genera nulidad de ninguna clase, ni está prevista en los artículos 198 y 199 del Código de Procedimiento Penal, tal como quedaron modificados por el decreto citado, en el caso de que tales formalidades no fueren cumplidas. Dicho artículo 39 considera que el acto consiguiente no ha tenido existencia y mal puede recaer la sanción de nulidad sobre algo que no se ha verificado. Además, la exigencia se refiere a determinado acto procesal, o sea, a una actuación muy particular como es la recepción de un testimonio, la práctica de una inspección judicial, el aporte de los peritos, por ejemplo; pero no puede referirse al fallo en el que se sintetizan todos los actos y en el que se valorizan las pruebas según los criterios científicos y legales establecidos.

2ª Tampoco constituye nulidad constitucional el hecho de omitir la cita de una disposición legal en la forma en que lo ordena el párrafo h) del numeral 5º del artículo

159 del estatuto procesal, pues con ello no se infringe el artículo 26 de la Carta Política, si, de otra parte, aparece claramente en el fallo la calificación dada al delito y el grado de responsabilidad para el autor. Además, en el presente caso, la sentencia contiene la cita de las disposiciones penales aplicables, como son las del decreto 1821 de 1964 y conforme a ellas se justificó la condena.

3ª Fuera de lo anterior, y aunque la omisión acusada en la demanda tuviera la trascendencia de una nulidad supralegal, el actor no ha demostrado cómo se quebrantaron los derechos de defensa del procesado, ni de qué otra manera se desconocieron las otras garantías contempladas en la norma suprema citada.

4ª La sentencia condenatoria fue dictada cuando regía el decreto 1821 de 1964, que regulaba todo lo concerniente a las descripciones del contrabando y al procedimiento para juzgarlo. Posteriormente se expidió el nuevo estatuto que comprendió íntegramente la materia y que se contiene en el decreto 956 de 1970, vigente desde el 1º de septiembre del año próximo pasado. No podía, pues, aplicar el juzgador un cuerpo de preceptos que no habían nacido a la vida jurídica cuando calificó el fondo de los hechos y la responsabilidad de los implicados en ellos. La impugnación es inepta.

5ª El cargo de que al procesado se le condenó por uso de un documento falso como fue el elaborado para introducir al país el vehículo a que se refieren las diligencias, está mal formulado, porque se refiere a un posible error en la apreciación de la prueba, que llevó a una violación de la ley, y ésta no es materia alegable con base en la causal cuarta sino en la primera, como lo ha explicado reiteradas veces y en forma pormenorizada la jurisprudencia. Esta incorrecta formulación obliga a no estudiar dicho motivo de impugnación.

6º El Tribunal condenó a uno de los procesados y absolvió a los otros que también habían sido condenados en la primera instancia, por considerar que solo el primero era el autor de la violación investigada. Todo el peso de la responsabilidad lo descargó sobre dicho sujeto, eliminando por completo la de los otros imputados, cuya buena fe reconoció con motivos respetables. En otros términos, individualizó la responsabilidad exclusivamente en el recurrente, y el texto de la sentencia lo acredita en forma que no deja lugar a dudas sobre la existencia de un autor único. Si empleó la palabra "coautor", no lo hizo para referirse a personas que hubieran realizado conjuntamente la infracción, pues claramente aparece que no fue ese el sentido, sino el contrario, esto es, el de que al absolver a los demás era porque solamente existía un responsable.

7ª Las denominaciones de autor, coautor, cómplice primario y cómplice secundario, que la doctrina jurídica ha elaborado largamente y que la jurisprudencia ha admitido en Colombia, deben ser mantenidas, pues expresan las distintas formas de intervención en el concurso de delincuentes a que se refieren los artículos 19 y 20 del estatuto represor. El mantenimiento de esta clasificación conviene para individualizar la responsabilidad y para que cada uno de los comprometidos ejerza mejor su derecho de defensa al saber concretamente de qué se le acusa y cuáles son los actos que la justicia ha reconocido como propios de cada uno. Pero el hecho de señalar a alguien como autor, es decir como productor del acto propio, o como coautor, esto es como un realizador con otro u otros del acto, o como copartícipe necesario por prestar un auxilio sin el cual el delito ajeno no se hubiera cometido, no entraña diferencia en la penalidad, de modo que ésta se aplica uniformemente a unos y a otros. La determinación de un autor único, suficientemente explicada, y su equivocada denominación como coautor, es también indiferente desde el punto de vista jurídico, si esa denominación aparece en pugna con el contexto del fallo y con el análisis que precisa la existencia de un único sujeto responsable. No se ve que una mención de esta naturaleza pueda modificar la idea central de que se trata de condenar a una sola persona porque sobre ella recae la prueba, absol-

viendo a las demás, o sea a aquellas a quienes no alcanza la acriminación en las condiciones probatorias del artículo 203 del Código de Procedimiento Penal. Por este aspecto tampoco puede prosperar el cargo que se formula con base en la causal primera.

La omisión de la rebaja conforme a la ley 40 de 1968 no es motivo para invalidar el fallo, como lo ha resuelto varias veces la Corte, pues tal gracia se puede pedir ante el juez que ha conocido del asunto. Por este motivo no se considera 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 contra el fallo de que se ha hecho mérito en la parte considerativa de esta providencia, dictado por el Tribunal Superior de Aduanas y en el cual se condenó a Pedro José Galindo Ropero como responsable de fraude a la Renta Nacional de Aduanas.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

José María Velasco Guerrero, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta.

José Evencio Posada V., Secretario.

FALSEDAD DOCUMENTAL

Para que se estructure el delito de falsedad documental es necesario que concurran en el agente tanto la voluntad de inmutar la verdad, como la conciencia del daño real o potencial que pueda derivarse de su conducta. La ausencia de daño (real o potencial) hace inocua la falsedad.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, veintisiete de abril de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Doctor Mario Alario Di Filippo).

(Aprobado: Acta número 13).

Vistos

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta consulta su providencia de 28 de enero último mediante la cual sobreseyó definitivamente en favor del doctor José Rafael Flórez Flórez, Juez Sexto Penal Municipal de Cúcuta, acusado por un delito de falsedad en documentos públicos.

Hechos y actuación procesal

Los resume el Procurador Segundo Delegado Penal así:

"Por auto del 19 de septiembre de 1969 la Sala Plena del H. Tribunal Superior de Cúcuta avocó el conocimiento de la investigación administrativa adelantada por el señor Procurador del Distrito Judicial de la localidad contra José Rafael Flórez Flórez, Juez 6º Penal Municipal, y ordenó compulsar copias de tales diligencias con destino a la Sala Penal de la Corporación por considerar, de acuerdo con el Procurador, que se observaba "la posible comisión de un delito contra la fe pública". La consideración se fundamentó en el acta de visita extraordinaria practicada al expediente "contra Jorge Díaz y Luis Ernesto Sierra por el delito de robo en Alberto Ramírez" el 22 de mayo de 1969 y conforme a lo cual se estableció que las indagatorias de los sindicados, realizadas el 16 de ese mes, no estaban firmadas por los curadores ad-litem y el apoderado de Jorge Díaz además Jorge Díaz dio cuenta que durante la diligencia no estuvieron presentes el juez y apoderado y Luis Ernesto Sierra afirmó que tampoco concurrieron su apoderado y el curador ad-litem que se le designó a pesar de que aparecían como presentes en el encabezamiento de las diligencias.

"La Sala Penal en cumplimiento del auto proferido por la Sala Plena dictó auto cabeza de proceso el 10 de diciembre de 1969 y ordenó practicar varias diligencias de las cuales se estableció:

"Primero. La calidad de Juez de Flórez Flórez conforme al Acuerdo de nombramiento del 18 de enero de 1968 (fl. 14 vto. y 15), el acta de posesión (fl. 17) y la certificación de que estuvo desempeñando las funciones de "Juez 6º Penal Municipal de Cúcuta, en el lapso comprendido del 24 de enero de 1968 hasta el 31 de agosto de 1969" (fl. 16).

"Segundo. La falta de firma de los abogados Nicolás Bitar, Francisco Arb y Rodolfo Uribe en las indagatorias realizadas el 16 de mayo de 1969, tan solo aparecía la firma del doctor Pablo Chacón Medina, apoderado de Sierra (fls. 69 a 72).

"Tercero. El doctor Nicolás Bitar Yidi afirmó que había sido nombrado por el Juzgado como defensor de oficio y asistió a la iniciación de la indagatoria pero que se retiró antes de haberse terminado y "por un olvido" dejó de firmarla; agregó que posteriormente se le hizo indagatoria al sindicado con "un nuevo apoderado de oficio" y en una visita a la cárcel Díaz le confirió poder para que lo representara en las demás diligencias (fl. 21 a 22).

"Cuarto. Los doctores Rodolfo Uribe Calderón (fls. 46 a 47), Pablo Chacón Medina (fls. 34 y 35) y Francisco Arb Bautista (fls. 21 y 22) no aportaron en sus declaraciones dato que ayudara a esclarecer los hechos investigados pues sus testimonios son confusos y manifestaron no recordar, por el tiempo transcurrido, si habían o no asistido a las citadas diligencias.

"Quinto. El señor Carlos Luis Pérez Porras, secretario del juzgado, declaró que los "apoderados de oficio nunca asisten y es costumbre de todos los juzgados hacer lo mismo dándoseles aviso antes de empezar la diligencia de que han sido nombrados apoderados de tal sindicado, manifestando los apoderados que posteriormente pasan a firmar dichas diligencias de indagatoria".

"El Juez Flórez Flórez en su escrito de descargos del 3 de junio de 1969 ante el señor Procurador del Distrito Judicial expresó que son muy pocos los abogados de oficio que permanecen presentes durante la diligencia de indagatoria; agregó que si esperara la presencia de éstos, incumpliría en forma permanente los términos señalados en el Decreto 358 de 1969, además de la posible "paralización de los negocios que diariamente corresponden por reparto a los despachos judiciales". En oficio del 26 de mayo el funcionario informó al Procurador que había subsanado "la irregularidad anotada... reponiendo las diligencias de indagatoria de Jorge Díaz y Luis Ernesto Sierra".

"En la indagatoria realizada en el mes de junio de 1970 Flórez Flórez ratificó lo dicho en los descargos y agregó "que no se les podía exigir a los apoderados de oficio la permanencia durante toda la diligencia por los diferentes negocios que ellos ventilan en los distintos despachos judiciales. Si se suspendía la diligencia para obtener de nuevo la presencia del abogado, especialmente para la firma, teníamos entonces que el proceso se demoraba, la indagatoria se tenía como no recibida y podíamos incurrir en una detención arbitraria por haber pasado el tiempo ya".

"Por auto del 3 de noviembre de 1970 el Magistrado Sustanciador declaró cerrada la investigación y el 13 del mismo mes el Fiscal 1º de la Corporación emitió el concepto respectivo y solicitó un sobreseimiento definitivo para el Juez Flórez por considerar que no tuvo "el propósito de engañar, ni tampoco el de causar daño, y solo se propuso evitar demoras en la recepción de las indagatorias que quizá hubiera perjudicado a los procesados" ya que "es corriente en nuestro medio que las diligencias de indagatoria se practiquen sin la asistencia de los apoderados y curadores ad litem, porque resulta difícil obtener la comparecencia de los apoderados que han sido designados de oficio para tales cargos. Por este motivo, los funcionarios, para poder recibir las indagatorias dentro del término legal y resolver oportunamente la situación de los detenidos, han adoptado la costumbre, que desde luego es censurable y debe ser extirpada, de permitir que los apoderados curadores, que se nombran dentro de la misma diligencia, no concurran".

"La Corporación acogió, en su totalidad, el sentir del agente del Ministerio Público y sobreseyó definitivamente en favor del Juez Flórez Flórez".

Concepto del Procurador

El Procurador Segundo Delegado Penal, después de hacer un recuento de los hechos y de la actuación procesal y un análisis a fondo del recaudo probatorio, concluye solicitando que se confirme la providencia consultada, con arreglo al ordinal 1º del artículo 437 del C. de P. P., porque el hecho atribuído al sindicado "no es constitutivo de delito por ausencia".

Se considera

Es indudable que las explicaciones dadas por el Juez inculpado, Dr. José Rafael Flórez Flórez, conducen necesariamente —como se dice en el proveído sometido a consulta— a considerar que las mentiras por él estampadas en las diligencias de indagatoria obedecieron al propósito, deliberado desde luego, de inmutar la verdad, pero con el fin de "agilizar el trámite de los negocios penales y, específicamente, el de resolver, dentro de la mayor rapidez posible, la situación jurídica de los procesados".

Como afirmó esta Corporación en auto de 17 de febrero último, doctrina y jurisprudencia reconocen la regla invariable según la cual los delitos sociales son delitos de carácter formal, para cuya consumación no es necesario que se logre el fin especial buscado por el culpable. Mas este fin no debe estar ausente de su intención de dañar o de su ánimo de obtener un provecho ilícito, sin los cuales no existe el dolo. Manifiesta Carrara que la ley no castiga toda falsedad sino únicamente la que hace daño o tiene virtualidad para causarlo. No es suficiente que el agente conozca que su falsedad es contraria a la ley. Es preciso —dice— que obre a sabiendas de que su falsedad es dañosa, por lo menos potencialmente. Sin estas precisiones tendrá el agente conocimiento de que realiza un acto falso, pero no contrario a la ley. Y asegura que el dolo es la intención más o menos perfecta de verificar un acto que se sabe contrario a derecho. Alimena afirma que considerado en su contenido, el dolo "es la conciencia y la voluntad de cometer un hecho ilícito". Von Liszt asevera que "el dolo podría y debería ser definido, como la conciencia del autor de que su acto ataca, lesionando o poniendo en peligro, los intereses jurídicamente protegidos, ya sean de un individuo o ya sean de la colectividad". Para Mancini es "la voluntariedad consciente del hecho contrario a la ley penal". Ferri observa que "el delito intencional (doloso), como no puede ser involuntario, no puede darse tampoco sin la conciencia de lo ilícito".

Ahora bien, ¿cuáles son los hechos que la ley penal veda por reputarlos ilícitos? ¿Cuáles son los que atacan los intereses jurídicamente protegidos? Palmar es que solamente los que causan daño o tienen potencia para causarlo, porque a la ley no le es dable, sin incurrir en despotismo, reprimir como delictuosos los actos humanos inocuos, vale decir, los que no son susceptibles de hacer un daño efectivo o siquiera hipotético.

Si esto es así y si el delito sin daño o sin la virtualidad de dañar es jurídicamente inconcebible, fuerza es concluir que para que exista dolo en la falsedad documental es indispensable que el agente proceda con la intención o con la voluntad o conciencia de efectuar una inmutación de la verdad, sabiendo que daña o puede dañar. No basta, por ende, el mero conocimiento de que se altera o inmuta la verdad. De suerte que si el sujeto actúa en la creencia de que realiza una inmutación inocua de la verdad, no puede sustentarse que obra dolosamente, pues que no sabe que la falsedad en que incurre es de las prohibidas por la ley.

La Corte ha reunido en una notable jurisprudencia los elementos que caracterizan la falsedad documental, como sigue:

"La falsedad punible es la alteración consciente de la verdad para suscitar un juicio equivocado sobre un hecho concreto, a fin de crear, modificar o dejar sin efecto un derecho o una relación jurídica. La mutación de la verdad ha de recaer pues, en algo sustancial que pueda lesionar la fe pública, por medio de un escrito que, si bien tiene las apariencias de una prueba, en el fondo la traiciona, por falta de veracidad en todos o en alguno de los hechos que afirma" (Sentencia, mayo 29 de 1953, G. J., t. LXXV, p. 220).

No incluye esta jurisprudencia, respecto de la falsedad en documento público, el elemento perjuicio (real o potencial), pero él se infiere del juicio equivocado que hace formar el falsario sobre el hecho concreto. Mutar la relación entre lo que existe y lo que se piensa, "es ya una consecuencia punible, porque el hombre espera no solo que

se respete la verdad, sino que él mismo tenga conciencia de ella". Por ello un insigne tratadista colombiano afirma que se debe reconocer como incluída en el fallo de la Corte esta definición aprobada por la VIII Conferencia internacional para la unificación del derecho penal, reunida en Bruselas, en julio de 1947:

"La falsedad documental es la alteración de la verdad cometida con conciencia de causar un perjuicio en un documento destinado o adecuado para la prueba de un derecho o de un hecho que origine consecuencias jurídicas".

La jurisprudencia anterior la ratificó la Corte en autos de 9 de febrero de 1956 y de 28 de abril de 1958, entre otros, en el primero de los cuales expuso:

"El delito de falsedad consiste en la inmutación dolosa de la verdad, tratando de imitarla, en daño (potencial o efectivo) de alguien..." "el dolo de la infracción radica, por lo tanto, en la conciencia y voluntad de afirmar un hecho falso para hacerlo aparecer como verdadero, con peligro de los derechos ajenos".

Y en el segundo de los citados autos dijo:

"La ley no puede, sin incurrir en tiranía, erigir en delito un hecho que no causa perjuicio efectivo o sea, al menos, apto para producirlo, pues fuera de las infracciones de daño y de peligro, no existen otras en derecho penal. De consiguiente, la falsedad inocua, aquella que no tiene siquiera la potencia de dañar, jamás podrá ser considerada como falsedad punible. La fe pública, particularmente, no se siente lesionada por ella, porque el Estado no impone a los asociados la creencia en la autenticidad, veracidad e intangibilidad de todas y cada una de las palabras escritas en un documento, así sea un instrumento público, sino en la verdad de haberse consignado en él los derechos y relaciones jurídicas que éste debe probar.

"En consecuencia, cualquiera alteración de la verdad en un documento que no afecte la prueba preconstituída mediante el otorgamiento del documento respectivo, de la relación jurídica que en éste quiso consignarse, es indiferente a la fe pública; y como aquella tampoco lastima ningún otro derecho de los protegidos por el magisterio penal, es forzoso concluir que no alcanza a asumir el carácter de delito".

El Fiscal 1º del Tribunal Superior de Cúcuta, en su alegación, expone de modo acertado y acorde con la realidad procesal:

"Es corriente en nuestro medio que las diligencias de indagatorias se practiquen sin la asistencia de los apoderados y curadores ad-litem, porque resulta difícil obtener la comparecencia de los abogados que han sido designados de oficio para tales cargos. Por este motivo, los funcionarios, para poder recibir las indagatorias dentro del término legal y resolver oportunamente la situación jurídica de los detenidos, han adoptado la costumbre, que desde luego es censurable y debe ser extirpada, de permitir que los apoderados y curadores, que se nombran dentro de la misma diligencia, no concurran.

"Esta fue la causa por la cual el doctor Flórez Flórez recibió las indagatorias de Díaz y Sierra sin la asistencia del apoderado y de los curadores ad-litem. No tuvo, pues, el imputado el propósito de engañar, ni tampoco el de causar un daño, y solo se propuso evitar demoras en la recepción de las indagatorias, que quizá hubiera perjudicado a los procesados".

De modo que en la conducta del Juez inculpado está ausente el dolo, que radica "en la conciencia y voluntad de afirmar un hecho falso, para hacerlo aparecer como verdadero, con peligro de los derechos ajenos".

De donde se sigue que es procedente confirmar el auto de sobreseimiento definitivo, de acuerdo con el ordinal 1º del artículo 437 del C. de P. P.

Con fundamento en las consideraciones precedentes, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, oído el concepto del Ministerio Público y de acuerdo con él y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA el

auto consultado, proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, en el proceso seguido a José Rafael Flórez Flórez, Juez Sexto Penal Municipal de Cúcuta, por el delito de falsedad en documentos públicos.

Cópiese, notifíquese y devuélvase a la oficina de origen.

José María Velasco Guerrero, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta.

J. Evencio Posada V., Secretario.

DEBER DE DAR NOTICIA DE INFRACCIONES PENALES

La obligación de parte de los funcionarios o empleados públicos de dar noticia a las autoridades de posibles infracciones penales, está subordinada a la apreciación subjetiva que el funcionario tenga sobre la existencia del hecho y su ilicitud.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, veintiocho de abril de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Doctor Mario Alario Di Filippo).

(Aprobado: Acta número 13 de 27 de abril de 1971).

Vistos

Procedentes del Juzgado Sexto Penal del Circuito de Popayán han llegado a la Corte copias del sumario que se adelanta contra Leopoldo Muñoz Marmolejo y Antonino González V. por el delito de concusión, con el fin de que si esta Sala lo juzga procedente inicie la correspondiente investigación contra el doctor Julio Arboleda Valencia por un delito de abuso de autoridad previsto en el artículo 174 del C. P.

Antecedentes

A principios del año de 1970, siendo Gobernador del Departamento del Cauca el doctor Julio Arboleda Valencia tuvo conocimientos de los hechos que él mismo relata, en certificación jurada presentada al Inspector de Rentas e Impuestos Nacionales, así:

"A principios del año en curso (1970), vino a mi despacho don Luis Genaro Muñoz Ayerbe, Vicepresidente del Banco del Estado, a informarme que el señor Antonino González Varona, con mucho sigilo y reserva, había concurrido a su oficina para manifestarle que al Banco del Estado le iba a ser gravado un impuesto muy alto, superior a los $ 600.000.00, pero que aún era tiempo de evitarlo, si el Banco accedía a pagar a quien liquidaba el impuesto una suma de dinero del orden de los $ 150.000.00. Que aunque él había rechazado de plano la propuesta, venía a poner en mi conocimiento el hecho y a solicitar mi opinión. Consideré que era necesario constituir la plena prueba, toda vez que frente a una demanda penal podría ocasionarse la negativa de lo dicho por el señor González Varona y no sería posible probarlo; que el Banco debería hacer creer que se aceptaba la propuesta, concertar el pago y previamente dispuestos algunos agentes del DAS proceder a la captura de los responsables. El señor González Varona parece no insistió en su propuesta, ni el señor liquidador envió nuevo intermediario, pues poco después fue enviada la liquidación del impuesto de Renta al Banco del Estado, correspondiente al año de 1967, en cuantía cercana a los $ 700.000.00. Debo aclarar que, inmediatamente don Luis Genaro Muñoz me informó lo que queda relatado, me puse en comunicación con el señor Revisor del Banco, don Efraín Valencia Correa y le informé lo que estaba sucediendo. Fue en ese momento cuando el señor Valencia Correa puso en mi conocimiento que a él también le habían hecho esa propuesta Ortega C. y directamente por el liquidador, cuyo nombre vine a conocer y se trataba del señor Leopoldo Muñoz Marmolejo; que él también había rechazado en su oportunidad, enfáticamente, tal propuesta..."

El señor Efraín Valencia, en la declaración rendida en la Dirección General de Impuestos Nacionales, Oficina de Inspección Ejecutiva, de Popayán, dice:

"En vista de lo anterior se acordó poner en conocimiento al señor doctor Julio Arboleda Valencia, Presidente Titular del banco y actual Gobernador del Departamento, los hechos que estaban ocurriendo y yo procedí a informarle de lo que acabo de relatar en la presente diligencia. El señor Gobernador en vista de estas graves irregularidades conceptuó que se debía proceder a conseguir plenas pruebas a fin de poner el correspondiente denuncio penal..."

El señor Luis Genaro Muñoz depone de esta manera:

"...Por considerar este hecho demasiado grave resolví ponerlo en conocimiento del señor Gobernador del Departamento para que como primera autoridad tomara cartas en el asunto a fin de impedir que en esta ciudad se sometiera a las gentes a esa clase de chantaje. El doctor Arboleda Valencia me recibió en su Despacho y le informé muy pormenorizadamente de los hechos. Se mostró muy preocupado y sorprendido manifestándome que sería conveniente buscar una nueva entrevista con el señor González Varona acondicionando previamente una grabadora (sic) y buscando la colaboración del DAS. Yo le dije al señor Gobernador que creía haber cumplido con mi deber al informarle verídicamente de los hechos, pero que no consideraba del caso llegar a una nueva entrevista por el dispositivo que se me proponía pero que si se me solicitaba una nueva audiencia, le daría oportuno aviso para proceder de conformidad con su concepto, la realidad es que no me pidieron una nueva audiencia..."

Se considera

Según reiterada jurisprudencia de la Corte, la obligación que a los funcionarios imponen los arts. 174 del C. P. y 10 del C. de P. P. está subordinada a la apreciación subjetiva que el funcionario se forme del hecho, para saber si en un momento dado es o no constitutivo de delito, o si realmente ha sucedido o no; es decir, si —en su concepto— el hecho no ha ocurrido o si hay dudas racionales sobre su existencia o si no tiene el carácter de ilícito, la obligación de dar cuenta de él a la autoridad competente no es imperativa ni comporta deberes y obligaciones cuya omisión lo haga responsable ante la ley.

La propia Corte ha dicho que la expresión tener conocimiento, empleada en los citados artículos 174 y 10, quiere decir tener conciencia, estar convencido, saber; o sea, que la obligación que ellos imponen al funcionario está sujeta al criterio que éste tenga sobre la existencia o la ilicitud del hecho de que se trate. Y es que el mentado artículo 174 establece sanción para los funcionarios o empleados públicos que omiten el deber a que hace referencia, mas esa obligación de "dar noticia" se vincula directamente con la "comisión de un delito"; de manera que si en concepto del funcionario el hecho no es constitutivo de infracción de la ley penal o no se ha cometido realmente o existen dudas sobre su existencia, cesa el deber legal y la omisión —se repite— no acarrea en ningún caso responsabilidad, pues la simple posibilidad de que esta o aquella actuación sea real o constitutiva de delito, no es motivo de información.

En el caso sub examine, el Gobernador del Cauca quiso cerciorarse de que el hecho presuntamente delictuoso de que le informaban era realmente cierto. Aun más: propuso medidas enderezadas a dotar de efectividad la investigación para que el delito, de ser cierto, no quedara impune. De suerte que él no prejuzgó, ni omitió o rehusó el cumplimiento del deber impuesto por los mencionados artículos 174 y 10. El procuró amparar por igual los derechos individuales y el derecho social, "que no es, en suma, sino la armoniosa ordenación de aquellos al beneficio de la comunidad. Precisamente a prevenir y conjurar el riesgo de las acusaciones temerarias se encamina lo preceptuado en el Capítulo 1º del Título IV del Código de las Penas, en el cual se reprimen las falsas imputaciones ante las au-

toridades, como delitos contra la administración de justicia" (C. S. J., auto de 15 de marzo de 1956).

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el artículo 2º del decreto 1358 de 1964 y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, SE ABSTIENE de abrir investigación penal en relación con la actuación del doctor Julio Arboleda Valencia como Gobernador del departamento del Cauca, referente a la comisión de un delito de concusión que se les imputa a los señores Leopoldo Muñoz Marmolejo y Antonio González Varona.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

José María Velasco Guerrero, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta.

J. Evencio Posada V., Secretario.

FALSEDAD DOCUMENTAL

La falsedad en documentos requiere el propósito de modificar su eficacia como medio de prueba. Esta modalidad delictual no puede imputarse a título de culpa.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. — Bogotá, abril veintiocho de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez).

(Acta número 13 de 1971).

Vistos

Consulta el Tribunal Superior de Cartagena —Sala Penal—, la providencia de catorce de diciembre último, por la cual declara que los hechos atribuídos al doctor Luis Carriazo Sampayo, Juez Superior de Magangué, no constituyen infracción penal alguna y dispone, en consecuencia, cesar el procedimiento penal que en su contra le es seguido por el supuesto delito de falsedad en documentos.

El Procurador 2º Delegado en lo Penal, luego de anotar que el funcionario acusado es ajeno a cualquier ilicitud punible, solicita que sea confirmada la providencia en cuestión.

Hechos

En el proveído del juzgador a-quo se hace la siguiente síntesis de lo ocurrido:

"La investigación se inició en virtud de haberse observado que en la audiencia pública celebrada el día 18 de septiembre de 1969, dentro del proceso seguido contra Elías Martínez Franco, por el delito de homicidio, se inició el acta respectiva haciendo aparecer como componentes del Jurado a los señores Eduardo Rincón, José Oliverio Ricaurte y a la señorita Aura Elena Sinning, pero resultando como componentes del mismo y firmando el acta, al finalizar la audiencia, los señores Eduardo Rincón, José Oliverio Ricaurte, Aura Elena Sinning y Antonio J. Aldana, lo cual podría dar lugar a la nulidad de lo actuado, al tenor de lo dispuesto en el artículo 27 del Decreto 1358 de 1964. El Tribunal, al revisar el fallo proferido en el juicio antes mencionado, en providencia de fecha 24 de noviembre de ese mismo año, declaró la nulidad, y ordenó abrir la presente averiguación para determinar si hubo violación de la ley penal".

Elementos de juicio

A más de haberse comprobado que para la fecha de lo sucedido el doctor Carriazo Sampayo desempeñaba las funciones de Juez Superior de Magangué, se estableció que apenas se tuvo un descuido del Secretario del Juzgado, quien al encabezar el acta de la aludida audiencia pública hizo aparecer como miembro del Jurado al señor José Oliverio Ricaurte, siendo así que por ausencia fue reemplazado por el suplente, Antonio J. Aldana.

Esta explicación dada por el funcionario acusado encuentra total respaldo en lo que declaran Aura Elena Sinning, Eduardo Rincón, Antonio J. Aldana y José Oliverio Ricaurte.

De otra parte, el Secretario del Juzgado Superior de Magangué dice que, "al no presentarse José Oliverio Ricaurte, se reemplazó por Antonio J. Aldana, e involuntariamente olvidó hacer la aclaración, ya que la diligencia había sido previamente encabezada haciéndose aparecer a Ricaurte como Jurado".

Considera la Corte

En lo ocurrido se tiene, apenas, una simple negligencia, más atribuíble al Secretario del Juzgado Superior de Magangué que al juez Carriazo Sampayo. Y bien sabido es que el delito de falsedad en documentos sólo admite la modalidad intencional, dolosa, de propósito de atentar contra la legitimidad y eficacia del documento como medio de prueba de hechos verdaderos.

Es necesaria, en dicha infracción penal, el ánimo de lesionar la fe pública, interés jurídico este que Binding concreta en "la recta efectividad de la prueba" y que Quintano Ripolles denomina "la genuinidad de la prueba documentaria". Sin ese propósito de cumplir una inmutación de la verdad, a sabiendas de que se daña o se puede dañar esa "genuinidad documentaria" o esa "recta efectividad de la prueba, no se tiene el delito de falsedad en documentos".

No se tiene, pues en lo averiguado infracción penal alguna.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del Procurador 2º Delegado en lo Penal, CONFIRMA la providencia del Tribunal Superior de Cartagena, de la cual se hizo mérito.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la Oficina de origen.

José María Velasco Guerrero, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta.

J. Evencio Posada V., Secretario.

NULIDAD SUPRALEGAL. — TECNICA DEL RECURSO DE CASACION.

Se ratifica la doctrina de la Corte, de 27 de febrero de 1970, sobre las cuatro garantías, consagradas en el artículo 26 de la Constitución Nacional. Al proponer en casación la nulidad supralegal debe precisarse y fundamentarse la garantía que se considere quebrantada durante el juzgamiento.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Penal. — Bogotá, treinta de abril de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Doctor Mario Alario Di Filippo).

(Aprobado: Acta número 13 de 27 de abril de 1971).

Vistos

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, mediante sentencia calendada el 27 de agosto último, condenó a Luis Alfredo Rodríguez Cano, como responsable del delito de homicidio agravado en la persona de Horacio Vélez Velásquez, a la pena principal de veinte años de presidio así como a las sanciones accesorias correspondientes.

Contra el referido fallo interpuso recurso de casación el procesado, quien por intermedio de apoderado presentó la condigna demanda, que se declaró formalmente ajustada a las exigencias de rigor legal.

Hechos y actuación procesal

Los resume, conforme a la verdad procesal, la vista de la Procuraduría Segunda Delegada en lo Penal en la siguiente forma:

"El 11 de agosto de 1963 en las horas de la tarde, las autoridades del Municipio de Valdivia practicaron el levantamiento del cadáver del ciudadano Horacio Vélez Velásquez muerto violentamente ese día, y en las primeras diligencias investigativas se señaló como autor material a Luis Alfredo Rodríguez Cano, quien fue comprometido en juicio criminal con intervención del jurado de conciencia, el cual, en la audiencia pública, lo declaró inocente, decisión aceptada por el juzgado de primer grado. Al consultarse la sentencia absolutoria con el Tribunal de Yarumal, se declaró el veredicto contrario a la evidencia de los hechos y por consiguiente se dispuso la convocatoria de nuevo jurado.

"En la nueva etapa procesal Rodríguez Cano fue declarado responsable por el jurado de conciencia y los juzgadores de instancia aceptaron el veredicto y lo condenaron a veinte años de presidio".

Demanda de casación

El apoderado de Rodríguez Cano, después de relatar de manera sucinta los hechos debatidos en el juicio y la actuación judicial cumplida, impugna la sentencia de segundo grado con invocación de la causal cuarta del artículo 56 del decreto 528 de 1964 (cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad), o sea, por violación de las garantías consagradas en el artículo 26 de la Carta Fundamental y, concretamente, por falta de competencia del Tribunal fallador.

Los argumentos en que se fundamenta el libelo de demanda se pueden condensar como lo hace el Procurador así:

"El abogado Leonidas Villegas Giraldo, apoderado del sindicado Luis Eduardo Pérez Patiño en las primeras diligencias investigativas, hizo parte de la Sala de Decisión del Tribunal Superior de Yarumal que por consulta conoció la sentencia absolutoria proferida en favor de Luis Alfredo Rodríguez Cano, no obstante hallarse doblemente impedido: por haber sido apoderado de una de las partes y por haber emitido su opinión sobre el asunto materia de este proceso (artículo 73, numeral 4º del C. de P. P.).

"A juicio del actor, esta indebida intervención del abogado Villegas Giraldo vicia de nulidad la actuación a partir de la declaratoria de contraevidencia, por desconocimiento de las garantías consagradas en el artículo 26 de la Constitución Nacional y, concretamente, falta de competencia de la citada Corporación".

Arguye el demandante de este modo:

"Es posible que un Magistrado incompetente decida nada menos que declarar la contraevidencia de un veredicto absolutorio y no pase nada? ¿No hay alguna sanción? El atropello no constituye nulidad legal expresa, pues la incompetencia de jurisdicción que es causal de ésta, difiere, como facultad de poder en abstracto que tiene el Juez de administrar justicia en todos los casos de ciertas personas en determinado territorio, de la capacidad subjetiva concreta que tiene quien ya puede, para aplicar la ley, por ministerio de la misma y en ejercicio de la función jurisdiccional, a cuya cabeza del órgano se encuentra, a determinado caso. Allá se habla de la competencia del Juez Municipal, de Circuito o Superior; del de Cartagena, Yarumal o Medellín; de quien conoce del peculado o del hurto menor; de las infracciones por civiles, militares o eclesiásticos. Aquí de la falta de 'competencia' de Leonidas Villegas Giraldo, Magistrado de la Sala Mayoritaria del extinguido H. Tribunal Superior de Yarumal, para decidir la consulta de la sentencia recogedora del veredicto absolutorio del recurrente, declarando su contraevidencia.

"Mas, precisamente por su gravedad, puede entrañar infracción de la ley penal y constituye, evidentemente, 'NULIDAD SUPRALEGAL', también llamada constitucional.

"En efecto:

"Si la Función Jurisdiccional del Estado tiene como fundamento garantir la observancia del Derecho Objetivo; si dicha garantía es imposible sin la **independencia, imparcialidad** y **'competencia procesal'** del titular del Organo; si en desarrollo de estos principios nuestra Constitución Nacional en su artículo 26 reclama que el proceso sea adelantado ante un Juez o Tribunal **'competente'**; si el mismo no distingue entre ésta como atributo para fallar y poder de hacerlo; si el Art. 14 de la ley 74 de 1968, aprobatoria, entre otros, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, exige del juez **independencia** e **imparcialidad**; si se vio cómo, por el contrario, quien aquí decidió fue **dependiente** y **parcial**, puesto que en él concurrieron las causales 1ª y 4ª, de las contempladas en el Art. 73 del C. de P. P. para que en su ocurrencia el Juez deba declararse impedído y separarse del negocio, según el Art. 72 ibídem, y no lo hizo así sino que decidió con infracción por desconocimiento de las normas instrumentales y preceptos de mayor jerarquía citados, desconociendo los fundamentos mismos de la jurisdicción y sin competencia, presupuesto de la constitución de la relación jurídica y base del juzgamiento, resulta deslumbrantemente clara la nulidad alegada del proceso".

Solicita, en consecuencia, el demandante que se invalide el fallo impugnado y se decrete la nulidad de la actuación a partir de la providencia dictada el 20 de marzo de 1969, mediante la cual se declaró contrario a la evidencia de los hechos el veredicto absolutorio proferido en este juicio.

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal solicita que la Corte deseche el recurso de casación, porque el cargo formulado a la sentencia en cuestión carece de fundamento.

Al revisar la demanda, se hará mérito de las aportaciones del Ministerio Público a la solución del recurso interpuesto.

Consideraciones de la Corte

Cierto es —como afirma el Procurador— que la demanda adolece de fallas fundamentales en cuanto atañe a la técnica de casación, porque el actor no discrimina ni explica cuál de las previsiones del artículo 26 de la Constitución fue violada. "Apenas en el penúltimo folio insinúa la falta de competencia, imparcialidad e independencia, al parecer de la Corporación que declaró contrario a la evidencia de los hechos el veredicto absolutorio proferido en favor del acusado, sugerencia que en manera corresponde al concepto de la violación, por no presentar argumento jurídico alguno en favor de la tesis propuesta".

La Sala de Casación Penal, en sentencia de 27 de febrero de 1970, expuso:

"El artículo 26 de la Carta determina cuatro garantías, cada una de las cuales tiene naturaleza, objeto y consecuencias propias, y cuyo desconocimiento acarrea sanciones de distintas clases, salvo en los casos excepcionales que describe el artículo 27, así:

"a) Preexistencia de la ley que gobierna el juzgamiento;

b) Legalidad de la jurisdicción;

c) Observancia plena de las formas del juicio, y

d) Aplicación de la ley favorable, aunque sea posterior al acto imputado.

"De todas estas maneras se ejerce el derecho de defensa, bajo la tutela constitucional. Trátase, como puede verse al tomarlas aisladamente para su análisis y comprensión, de situaciones distintas, pues no es lo mismo decidir basándose en una disposición derogada, o en una posterior al acto, que hacerlo sin facultad legal, o salirse del procedimiento prescrito, o no acoger lo permisivo cuando corresponde. Si en el ámbito de las declaraciones pueden permanecer unidas estas garantías, no sucede igual en el momento de impugnar un fallo en casación, recurso que obliga a precisar las violaciones que tienen como consecuencia la negación del derecho. Decir que en un proceso, o en cualquiera de los actos que lo componen, se 'contraviene expresamente el artículo 26 de la Constitución Nacional', sin demostrar de qué clase es la contravención es adoptar una peligrosa generalidad, dejando de lado las precisiones obligatorias en esta etapa culminatoria del proceso.

"La Corte carece de elementos demostrativos que le permitan conocer el vicio observado y hasta dónde van su profundidad y extensión. La demanda debe indicar cuál o cuáles de las cuatro garantías procesales fueron vulneradas por el juzgador y exponer el concepto de la violación, a fin de que en la casación se hagan los reconocimientos pertinentes. Lo que no puede es, supliendo los vacíos del libelo, efectuar diversidad de apreciaciones excluyentes, buscando con ello desentrañar no solo el fundamento del cargo, sino el cargo mismo.

"Una sanción de nulidad supralegal por violación del derecho de defensa no puede decretarse sin concretar la índole de esa violación y sin demostrarla. Una subversión normativa de tal gravedad deja al procesado como víctima a quien es ineludible reintegrar su capacidad para la libertad y la vida honrada. Por lo mismo su aceptación sólo procede cuando se han puesto en peligro atributos básicos de la persona y partes fundamentales del ordenamiento jurídico".

En el caso sub judice, el demandante no indica cuál o cuáles de las cuatro garantías procesales fueron vulneradas por el juzgador, ni expone el concepto de la violación.

"La Casación —ha expresado la Corte en diversos casos similares— no es una nueva instancia, que permita la revisión total del proceso en su situación fáctica y en las cuestiones jurídicas. En ella se plantea un juicio de derecho limitado, que comprende únicamente el examen de los vicios que la

parte recurrente impute a la sentencia acusada y dentro de precisos motivos, para determinar, mediante el estudio comparativo del fallo con la ley, si ésta ha sido o no correctamente aplicada por el tribunal de última instancia.

"Por el carácter extraordinario y limitado del recurso de casación, es deber del recurrente formular con claridad y precisión los motivos de ataque a la sentencia impugnada, dentro de los establecidos en la ley, y fundamentarlos de tal manera que permita a la Corte el estudio del juicio de derecho contenido en el fallo, y comprobar si en éste se ha violado la ley y por qué concepto".

Fluye de lo expuesto que debe desecharse el recurso, de acuerdo con el art. 569 del C. de P. P.

En virtud de las precedentes consideraciones, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, acorde con el concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DESECHA el recurso de casación de que se ha hecho mérito y ordena devolver el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese y notifíquese.

José María Velasco Guerrero, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta.

J. Evencio Posada V., Secretario.

CONCUSION.

La Corte reitera su doctrina en relación al delito de concusión el cual puede realizarse explícita o implícitamente, según que el funcionario emplee coacción moral o maniobras engañosas.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, treinta de abril de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Doctor Mario Alario Di Filippo).

(Aprobado: Acta número 14).

Vistos

Cumplida la tramitación de rigor, procede la Corte a decidir sobre la apelación del auto de 27 de noviembre de 1970, dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo en el proceso seguido contra Francisco Asís Hernández Poveda, ex-Juez Promiscuo Municipal de Chámeza, por varios delitos. El auto apelado llama a responder en juicio criminal al sindicado por el delito de concusión y sobresee temporalmente en su favor "por razón de los posibles delitos de peculado y contra la propiedad que le aparecen en este proceso".

Hechos y actuación procesal

En virtud de queja formulada por el Alcalde y el Personero de Chámeza, la Procuraduría General de la Nación, por conducto de uno de sus funcionarios, inició y adelantó una investigación de carácter administrativo enderazada a esclarecer la conducta de Francisco Asís Hernández como Juez Promiscuo Municipal de Chámeza.

El investigador administrativo concluyó que el Juez acusado había incurrido en causal de mala conducta en el ejercicio de sus funciones y que "el Honorable Tribunal de Santa Rosa de Viterbo debe iniciar y perfeccionar las correspondientes acciones penales contra el señor Juez por los delitos de concusión y peculado. En el segundo caso, por la disposición o uso indebido de los dineros consignados voluntariamente y sin inducción por parte del funcionario, y por concepto de diligencias judiciales".

El mencionado Tribunal Superior, con fundamento en las mentadas diligencias administrativas, por auto de 14 de abril de 1970, abrió la correspondiente investigación contra el ex-Juez Promiscuo de Chámeza y comisionó, con amplias facultades, al funcionario que sucedió en el cargo al incriminado.

Los cargos que del informativo le resultan al sindicado los resume el Procurador Segundo Delegado Penal así:

"a) Otoniel Velandia, cónyuge sobreviviente en la sucesión de Etelvina Perilla de Velandia, expuso que el acusado le exigió trajera a su juzgado la suma de tres mil pesos para hacer los gastos de partición amigable de los bienes sucesorales con la finalidad de que no iniciaran juicio. Personalmente depositó en poder del Juez $ 2.000.00 pesos y $ 1.000.00 Rafael Roldán pero los gastos fueron hechos por el declarante y los hijos y el funcionario apenas pagó la suma de $ 400.00 a los llamados peritos. Agregó que dio al acusado una novilla avaluada en

la suma de $ 750.00 para que el dinero se entregara al abogado Adán Acero a fin de no promover el sucesorio. Llegada la fecha para el reparto de los bienes, el acusado abusivamente entró al predio de su propiedad y sacó un ganado perteneciente a una hija del declarante y lo incluyó en el activo de la sucesión; y lo presionó para que vendiera unos otros pero como le fijó un precio muy bajo, optó el denunciante por conseguir el dinero para evitar perjuicios más graves. Agrega 'el Juez fue el partido y fue el que me estafó y me fregó y no me dio sino dos días de tregua para hacer la diligencia y me tocó hacer lo que él me dijo..." (fls. 94, 93, 9).

"En la diligencia de careo el sindicado aceptó haber recibido $ 2.500.00 de Velandia y $ 1.000.00 de Rafael Roldán, dinero que empleó así: a 'Pedro Luis" $ 350.00 por pestaje; a Bertilda Velandia, $ 350.00; a Custodio Perilla, $ 375.00; a los peritos $ 400.00; $ 50.00 por la traída de unos semovientes; $ 50.00 por la elaboración de memoriales; $ 500.00 a Otoniel Velandia, quien también recibió $ 1.000.00. En total $ 3.075.00. El testigo solo admitió el pago de los peritos y los demás gastos los negó (fl. 161).

"En la indagatoria el acusado expuso que en la sucesión de Etelvina Perilla de Velandia los herederos se presentaron a su juzgado con un escrito dirigido al Juez del Circuito de Sogamoso, por el cual conferían poder al abogado Adán Acero Rivera para que iniciara y llevara hasta su terminación el juicio de sucesión referido. Como no apareciera firmado por los poderdantes ni por el apoderado, el acusado lo devolvió (fls. 107 y 109). Ante esta situación agregó el acusado los interesados consideraron que podían llegar a un acuerdo sin necesidad de recurrir al juicio de sucesión y le pidieron que los ayudara y asistiera en la partición. El Juez concurrió a la partición de los ganados y demás bienes a título de simple observador. Como hubo necesidad de vender algunos bienes, el acusado los compró y llevó al doctor Acero la suma de $ 700.00. Aceptó haber recibido la suma de $ 2.500.00 para gastos y mil pesos más con destino a Otoniel Velandia. Agregó que su actuación se redujo únicamente a presenciar y acompañar "a los peritos", como también a los interesados. Por último admitió haber escrito los documentos relativos a la partición de la herencia y haber cobrado la suma de $ 50.00 que recibió su secretario Efraín Jaimes Granados (fls. 138, 157, 142).

"Custodio Perilla sostuvo que el Juez llamó a Otoniel Velandia para llegar a un acuerdo en vista de que el testigo había viajado a Sogamoso a conseguir los servicios de un abogado. Perilla vendió al acusado los derechos que le correspondían por la suma de $ 2.000.00, y además recibió del mismo $ 375.00 por los gastos efectuados en Sogamoso; y reafirmó el hecho de que la partición y todas las gestiones al respecto las realizó el acusado, por lo cual le regaló la suma de $ 100.00 (fls. 230 y 231).

"La exposición de Bertilda Velandia corrobora este cargo y pone de presente que el acusado estuvo muy interesado en que el mejor ganado le correspondiera a Custodio Perilla para, una vez efectuada la partición, se lo vendiera como en realidad sucedió. Agregó que no dejó iniciar el juicio de sucesión arguyendo que demoraba largos años, costaba mucho dinero y, en fin, los obligó a hacer lo que dicho funcionario quería. (fls. 118 y 119).

"Rafael Roldán Robayo y Luis Ramírez auxiliaron al Juez Hernández en la partición de los bienes de la sucesión ya mencionada. El primero confirmó que el acusado llevó a cabo la partición, demostró mucho interés en adjudicar a Custodio Perilla el mejor ganado y lo compró y el mismo día, sin sacarlo del potrero, lo vendió a Gabriel Alfonso Rojas. Como Otoniel Velandia le vendió un semoviente y no tenía dinero para pagarlo en el momento, el acusado lo obligó a depositarlo en el Juzgado a su cargo, como en efecto ocurrió. Por último, confirmó lo relativo a que los documentos de la partición los elaboró el acusado en la misma máquina del Juzgado. (Fls. 22 y 95).

"b) José Reyes Mendoza promovió un juicio ejecutivo contra Crisanto Vargas y al notificarse del mandamiento ejecutivo el

deudor denunció para el pago una máquina de coser. Afirmó Reyes que el sindicado Hernández le pidió $ 240.00 por concepto de memoriales y papel sellado, dinero del cual le expidió recibo (fl. 101).

"El sindicado negó los cargos pero al ponérsele de presente el recibo aludido reconoció su firma y contenido pero explicó que el señor José Reyes Mendoza le pidió se aumentara el renglón de gastos para efectos de la liquidación del crédito a lo cual accedió; no obstante esta explicación, admitió tener al momento de la diligencia ese dinero porque no acostumbraba consignar en la Tesorería Municipal (Fl. 145).

"En el careo practicado con el acusado el testigo sostuvo los cargos y el acusado repitió que el dinero estaba destinado al deudor para completar el valor del mueble secuestrado y el renglón de los gastos se había aumentado a petición del acreedor. (fl. 208).

"c) Joaquín Castillo Parra expuso que celebró con Rodulfo Jiménez un contrato de promesa de venta respecto de una finca y dio $ 5.000.00 como arras. En el convenio se fijó fecha para elaboración de la escritura pública y $ 5.000.00 de cláusula penal. Como venció el término y Jiménez no compareció, Castillo se presentó al Notario de Miraflores con los documentos necesarios a fin de obtener la prueba del incumplimiento. Al regresar a Chámeza, trató con el acusado el problema que afrontaba y éste le propuso arreglarlo por intermedio del abogado Adán Acero por 50% de la cláusula penal. El declarante Castillo se entrevistó más tarde con el abogado Acero y éste se comprometió a adelantar gestiones en favor de aquel por $ 2.000.00 de los cuales recibió $ 1.000.00. El testigo agregó que el profesional no desplegó actividad alguna (Fl. 131).

En el careo con el acusado el testigo sostuvo el cargo y el sindicado no pudo dar explicaciones satisfactorias al respecto (Fl. 198).

"d) Pablo Antonio Guzmán Mendoza demandó a Juan de Jesús Barrera con base en una letra de cambio por la suma de $ 500.00 y que el acusado Hernández había hecho firmar al deudor y la cual se encargó de cobrar. Pasado algún tiempo y cuando ya había entregado el Juzgado, devolvió al testigo Guzmán la letra con la noticia de que la cobrara pues el deudor no la había pagado. (Fl. 111).

"Al recibirle testimonio a Juan de Jesús Barrera Rodríguez (fl. 110) expuso que al ser demandado por Guzmán, a su vez instauró juicio contra Venancio Montaña por $ 330.00 quien entregó esta suma al Juez Hernández para que a su vez fuera entregada a Guzmán pero el acusado no cumplió; agregó Barrera que depositó también en poder de Hernández $ 170.00 para completar el total de la deuda a favor de Guzmán, los cuales tampoco fueron entregados por el acusado.

"En la diligencia de confrontación entre el acusado y Guzmán el testigo repitió los cargos y el acusado aceptó haber recibido primero $ 200.00 y después $ 130.00 y al intentar entregarlos al demandante éste no los recibió por no corresponder a la totalidad de la deuda (fl. 147, 214 y 215).

"e) Clodomiro Alfonso declaró que a instancias del funcionario acusado le entregó $ 1.500.00 y $ 1.000.00 más de Jesús Castañeda con destino a Milcíades Perilla para que éste desistiera de la acción penal por lesiones personales promovida contra Luis Gabriel Quiñones. El acusado recibió el dinero y por medio de carta informó a Perilla que no viniera a retirarlo por estar ausente del Juzgado. Pasado algún tiempo, llegó a Chámeza el abogado Acero Rivera y el Juez le entregó el dinero y como Perilla exigiera a Alfonso el pago de los perjuicios y al pedir éste explicaciones al funcionario, el Juez le manifestó que lo relativo a "la acción penal" se había arreglado pero que estaba pendiente "la acción civil" y obligó a Alfonso a entregar $ 1.100.00 más de los cuales $ 1.000.00 recibió Perilla y $ 100.00 que Hernández se apropió (Fls. 103 y 104).

"En la indagatoria el acusado dio cuenta que el dinero lo entregó al abogado Adán Acero quien le extendió recibo el cual está en su poder pero que no presentó al infor-

mativo; agregó que sí libró una comunicación a Perilla para que no concurriera al Juzgado por estar ausente (fls. 150 y 151).

"f) Rafael Martínez fue demandado por la suma de $ 1.350.00 que adeudaba a Juan Vargas y el Juez le ordenó que debía depositar $ 50.00 en el Juzgado, pero como a los pocos días canceló a Vargas la deuda, el acusado no devolvió el dinero al declarante ni tampoco lo entregó al acreedor.

"g) José del Carmen Pérez afirmó que el Juez le exigió depositar en su Juzgado $ 380.00, suma que adeudaba a Arturo Montaña, muerto por un hijo de aquel, para hacerlos llegar, junto con el acusado y el expediente, al Juzgado Superior de Sogamoso (fl. 99).

"En la indagatoria Hernández aceptó haber llevado al detenido Pérez a Sogamoso y cobrado $ 100.00 a la Tesorería Municipal de Chámeza por tal concepto, respecto del dinero entregado por Pérez explicó haberlo consignado en el Juzgado Superior de Sogamoso.

"h) Isabel Chaparro dio cuenta de que Pedro Pérez recibió de Arturo Montaña un cerdo y el Juez Hernández, al morir Montaña y enterarse de este hecho, le puso precio al semoviente y dispuso su venta. Misael Chaparro lo compró por la suma de $ 360.00 fijada por el funcionario, y lo obligó a entregarle $ 100.00 que dijo estaban destinados a transportar el herido (fl. 194).

"Misael Chaparro confirmó la versión anterior (Fl. 195).

"i) Los declarantes Chaparro y Silvestre López Marín (fl. 196) dieron cuenta que el Juez Hernández interrogó al herido Arturo Montaña y a pesar de haberse enterado del desarrollo de los hechos, no ordenó la investigación correspondiente ya que ésta fue promovida por otras personas. El acusado en la indagatoria dio cuenta del relato de la víctima pero, en concreto, no contestó la pregunta del funcionario de instrucción respecto de este hecho. (fl. 154).

"j) José del Carmen Vallejo explicó que adelantó juicio de deslinde contra Carmelo Salamanca y pidió al Juez acusado practicara una inspección judicial y al momento de realizarla, el acusado lo obligó a vender al demandado el lote de terreno en litigio con la advertencia de que si no rebajaba el precio lo multaba. El juez redactó el contrato de venta por cuya elaboración cobró la suma de $ 100.00 (fls. 123 y 127).

"Miguel Ramírez Martínez confirmó la versión anterior y en la diligencia de careo sostuvo al acusado el cargo (fl. 155 vto).

"El funcionario acusado afirmó que Vallejo y Salamanca le solicitaron la inspección ocular y al darse cuenta que discutían por una faja de terreno de veinte por cinco metros de extensión, de mala calidad, los litigantes decidieron celebrar un contrato de compra-venta respecto del mismo terreno y como el comprador no tuvo dinero, aceptó prestarle $ 200.00. No recordó haber elaborado el contrato pero sí haber recibido la suma de $ 50.00 que fueron repartidos entre "Camacho" y su secretario.

"k) Luis Felipe Riveros Gutiérrez afirmó, al ponérsele de presente el recibo por la suma de $ 1.000.00 que envió a Alejandro Carreño, que únicamente había recibido $ 100.00 y el Juez acusado se comprometió a remitir el saldo a Sogamoso pero no cumplió. En la indagatoria el Juez Hernández manifestó que solo recibió de Alfonso Carreño $ 150.00, y expidió el recibo por la suma de $ 1.000.00 sin ningún interés".

Mediante auto de 9 de septiembre último, el Tribunal de instancia declaró clausurada la investigación y el Fiscal 1º de la Corporación, en la oportunidad legal, solicitó vocación a juicio contra el acusado por el delito de concusión y que se sobreseyera temporalmente en su favor "por el posible delito de peculado".

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado Penal, después de estudiar el acervo probatorio de manera concienzuda, solicita:

"1º Llamar a responder en juicio criminal a Francisco Asís Hernández Poveda por el delito de concusión respecto de los cargos a), b) y c) de este concepto en concurso material.

"2º Confirmar el sobreseimiento temporal dictado a su favor por el delito de peculado en cuanto se refiere al cargo d).

"3º Dictar sobreseimiento temporal en relación con los cargos e), f), g), h), i) y j) de este concepto.

"4º Ordenar se expida copia para investigar los hechos relatados en el cargo k) de este concepto.

"5º Conforme a lo expuesto en el literal c) de las consideraciones, debe expedirse copia de la parte pertinente del informativo a fin de que se investigue la conducta del abogado Adán Acero Rivera por un posible delito contra la propiedad y también por una falta a la ética profesional".

Se considera

a) La calidad de Juez Promiscuo Municipal de Chámeza de Francisco Asís Hernández Poveda en la época de los hechos a que se contrae este proceso se encuentra demostrada con la copia del acuerdo número 37 de 8 de septiembre de 1969 del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, por el cual se hizo el nombramiento (fol. 224 v.), con la copia de la diligencia de posesión (fol. 97 v.) y con la certificación sobre el ejercicio del cargo (fol. 98).

b) Se halla plenamente acreditado en autos que Anabertilda Velandia y Custodio Perilla le otorgaron poder, sin el lleno de las formalidades legales, al abogado Adán Acero Rivera para que los representara como herederos en el juicio de sucesión de Etelvina Perilla de Velandia. Enterado de ello el Juez Hernández Poveda, se propuso disuadir a los interesados sugiriéndoles un reparto amigable y extrajudicial de los bienes relictos con el argumento de que tal proceder les ahorraría los gastos y costas del juicio y de manera especial el pago de honorarios al abogado.

Se encuentra asimismo plenamente demostrado que Hernández Poveda, prevalido de su condición de Juez, indujo a Otoniel Velandia, cónyuge supérstite de Etelvina Perilla de Velandia, y a Rafael Roldán para que le entregaran dinero so pretexto de llevar a cabo la distribución de los bienes de la sucesión de la esposa del primero, con prescindencia absoluta de las normas legales sobre el particular. Se anota —como observa el Procurador— que los ciudadanos referidos no estaban en condiciones de oponerse a la persuasión de Hernández, sino que inmediatamente accedieron a sus planes y prescindieron de hacer efectivo el poder que pretendían otorgar a un profesional del derecho.

El sindicado, en su indagatoria, aceptó haber recibido el dinero de Velandia y Roldán sin justificación alguna.

Como lo ha dicho la Corte en múltiples ocasiones, "el concusionario no solo puede valerse de la coacción moral, amenazando francamente con abuso de sus poderes, sino también del engaño —que es lo más frecuente— mediante un hábil y sutil procedimiento para atrapar a la víctima o inducirla a dar o prometer lo que se pide sin justa causa. Por eso la concusión puede ser explícita o implícita. Explícita cuando la amenaza es manifiesta y el funcionario pone de bulto sus dañados propósitos de lucro. Implícita, cuando los oculta y mañosamente hace caer en error o en engaño al ofendido. Esta forma de concusión es muy semejante a la estafa, pero se diferencia de ella en cuanto el ardid proviene del oficial público que traiciona su investidura" (Cas. de 25 de abril de 1956, LXXXII, 379, entre otras).

De suerte que en lo que se refiere al cargo formulado contra Hernández Poveda por su actuación en relación con los bienes dejados por la señora Etelvina Perilla de Velandia, se hallan acreditados los presupuestos exigidos por la ley para proferir auto de vocación a juicio por el delito de concusión.

c) Jorge Reyes Mendoza afirma que había iniciado juicio ejecutivo, con base en una letra de cambio, contra Crisanto Vargas, quien al intimarse el mandamiento de pago denunció una máquina de coser, retenida luego por el Juzgado. El Juez Hernández Poveda le exigió al demandante y obtuvo la suma de $ 240.00 en dinero y en especies por unos memoriales de desistimiento, una vez que él "se encargaba de arreglar las cosas".

La prueba que milita contra el procesado es concluyente: Reyes Mendoza dice que cuando el juez acusado iba a hacer dejación del cargo fue éste a su casa y le dijo: "bueno Reyes pase hay cincuenta y cinco pesos y mande por la máquina y yo se los di y mandé a un hijo por la máquina". Por su parte el sindicado admite tener en su poder, sin consignar, la suma de $ 100.00 depositada por Reyes Mendoza para entregar al dueño de la máquina retenida; y reconoce la firma de un recibo por $ 240.00 entregados por el ejecutante, quien le insinuó aumentara el valor de los gastos sufragados en $ 40.00 para cobrar a su deudor, infundio al cual accedió (fol. 145). Y en el careo practicado con el acusado el testigo Reyes Mendoza sustentó los cargos y el sindicado reiteró que el dinero estaba destinado al deudor para completar el valor del mueble secuestrado y que el renglón de los gastos se había aumentado a solicitud del acreedor (fol. 208).

De suerte que el procesado abusando de sus funciones indujo a Reyes Mendoza a que le entregara dinero, pues se aprovechó de que "el asunto cursaba en su juzgado y que al demandante le era imposible, dada su ignorancia y la posición del acusado, sustraerse a sus solicitudes". Cometió una concusión implícita y por tal infracción debe ser también llamado a juicio, de acuerdo con el artículo 429 del C. de P. P.

d) En lo que atañe a la negociación celebrada por Joaquín Castillo Parra con Rodulfo Jiménez, existe también la prueba requerida por el art. 429 del C. de P. P. para proferir llamamiento a juicio contra el acusado. Este, en efecto, abusando de sus funciones de Juez, indujo a Joaquín Castillo Parra a prometer a su favor el 50% del valor de la cláusula penal pactada en el contrato de promesa de venta y que había de hacerse efectiva por el incumplimiento innegable del promitente comprador.

La Sala acoge la solicitud del procurador de que se ordene la expedición de copias de lo pertinente para que se investigue la falta contra la deontología jurídica en que pudo incurrir el abogado Adán Acero Rivera y el posible delito contra la propiedad en perjuicio de Joaquín Castillo Parra, porque realmente le resultan cargos concretos al referido profesional.

e) Según Pablo Antonio Guzmán (fol. 85), él demandó ante el Juez Hernández a Juan de Jesús Barrera para el pago de una deuda. El Juez hizo firmar a Barrera una letra de cambio por $ 500.00 y guardó el instrumento para hacerlo efectivo a la fecha de su vencimiento. Cuando el Juez cesó en el ejercicio de sus funciones le hizo entrega al demandante Guzmán, por conducto de un tercero, de la referida letra, advirtiéndole que debía demandar por escrito a su deudor.

Juan de Jesús Barrera Rodríguez dice (fol. 84) que, una vez demandado por Pablo Antonio Guzmán, hizo entrega al Juez Hernández de la suma de $ 170.00 en momentos en que éste en la propia secretaría de su despacho jugaba con otros funcionarios una partida de naipes. Manifiesta asimismo que, a su turno, demandó a Venancio Montaña para el cobro de una letra de $ 330.00, con cuyo valor se proponía cancelar el saldo insoluto de su obligación.

Por su parte, el sindicado admite que, al hacer dejación del cargo, le envió a Guzmán la letra en referencia, pero alega que no le entregó la suma de $ 370.00 depositados para cancelar la obligación, porque el acreedor se negó a recibir dicha suma hasta que su deudor no satisficiera la totalidad de lo debido. Agrega que este dinero lo retiene en su poder, ofreciendo entregarlo al funcionario instructor.

Mas no aparece en el informativo, según anotación acertada del Procurador, si en realidad cursó o no en el juzgado a cargo

de Hernández actuación alguna a ese respecto. Esto es, no hay constancia de las demandas propuestas por Guzmán y Barrera, de modo que no es dable concluir que el dinero recibido por el funcionario se refería a esos juicios de mínima cuantía.

Por ello lo procedente, en lo que respecta a este cargo, es un sobreseimiento de carácter temporal, con arreglo al ordinal 1º del artículo 436 del C. de P. P., para que, reabierta la investigación se practique una inspección ocular con el fin de esclarecer este punto. Preciso es anotar que de dar resultados positivos esta diligencia, se estructuraría el delito de peculado.

f) Ciertamente que los hechos narrados por Clodomiro Alfonso no se hallan suficientemente demostrados. Preciso es oir las declaraciones de Milcíades Perilla y del abogado Adán Acero Rivera, conforme a las citas que les resultan en la exposición de Clodomiro Alfonso, y practicar una inspección ocular en el Juzgado Promiscuo Municipal de Chámeza para establecer si hubo desistimiento de la acción civil en las diligencias sumarias adelantadas por el delito de lesiones personales contra Luis Gabriel Quiñones y para determinar si en verdad cursaron los tres negocios a que alude Alfonso.

Se impone por este cargo de concusión sobreseimiento temporal, de acuerdo con el ordinal 2º del artículo 436 del C. de P. P.

g) Rafael Martínez sostiene (fol. 79) que fue demandado ante el Juez acusado por parte de Juan Vargas para el pago de una obligación y que consignó en el Juzgado $ 50.00 como pago parcial de la deuda a petición del funcionario, quien se apropió dicha suma.

Relativamente a este cargo la investigación está incompleta, porque no se oyó sobre el particular al sindicado ni a Juan Vargas. Además es menester practicar una inspección ocular en el Juzgado Promiscuo Municipal de Chámeza para verificar si se tramitó el juicio ejecutivo de Juan Vargas contra Rafael Martínez.

Por consiguiente, procede sobreseer temporalmente en favor del sindicado, con arreglo al ordinal 2º del artículo 436 del estatuto penal procedimental.

h) Respecto del cargo que formula José del Carmen Pérez Rojas (fols. 16 y 66), no existe otra prueba fuera de la exposición de este declarante. Para completar la investigación es menester practicar una inspección ocular en el proceso contra Pedro Julio Pérez por el delito de homicidio perpetrado en la persona de Arturo Montaña y que cursó en el Juzgado Superior de Sogamoso, para acreditar si el acusado Hernández Poveda entregó el dinero a que se alude, junto con el expediente y el detenido y en caso afirmativo de qué suma de dinero se hizo entrega.

También procede por este cargo un sobreseimiento temporal.

i) No se halla suficientemente probado el cargo que se desprende del relato de Isabel Chaparro respecto del cerdo entregado por Arturo Montaña a Pedro Julio Pérez. Es preciso, como observa el Procurador, ampliar la indagatoria del Juez acusado y preguntarle a quién entregó el dinero recibido para que, conocido el nombre de esta persona, se le reciba declaración sobre el particular.

Procede por ello un sobreseimiento de carácter temporal.

j) Conforme a la exposición de Isabel Chaparro, de Silvestre López Marín y de Misael Chaparro, el Juez Hernández Poveda interrogó al lesionado Arturo Montaña y a despecho de haberse enterado del desarrollo de los hechos, no abrió consecuencialmente la investigación condigna, una vez que ésta se inició promovida por la denuncia de personas particulares. De ser ciertos los hechos relatados por los mencionados declarantes, el funcionario acusado habría cometido el delito previsto y sancionado en el artículo 175 del C. P.; mas obviamente la instrucción se halla incompleta, porque es indispensable practicar una inspección ocular en el sumario contra Pedro Ju-

lio Pérez por homicidio con el objeto de determinar quién promovió la investigación y cuándo se inició y si el acusado recibió exposición a Arturo Montaña antes de fallecer éste.

k) En lo que concierne al cargo formulado al acusado por José del Carmen Vallejo y José del Carmen Salamanca, la investigación se halla incompleta, porque es necesario practicar en el Juzgado Promiscuo Municipal de Chámeza una inspección ocular para determinar si hubo juicio de deslinde entre Vallejo y Salamanca y si en el curso de él se practicó una inspección ocular. También es necesario allegar a los autos copia del contrato de promesa de venta celebrado entre los nombrados Vallejo y Salamanca y la de la escritura pública respectiva, y recibir las declaraciones de Efraín Jaimes Granados y un señor Camacho, de acuerdo con la cita que hace el funcionario acusado.

Procede también por este cargo un sobreseimiento temporal.

1. En lo que toca a los hechos relatados por Luis Felipe Riveros, ciertamente que —como apunta el Procurador— ellos escapan al fuero del funcionario, porque éste no actuó como tal ni en ejercicio de sus funciones, por lo cual debe ordenarse que se expida copia de lo pertinente para que se investigue por separado el posible delito contra el patrimonio.

Con fundamento en las precedentes consideraciones, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, oído el concepto del Ministerio Público y de acuerdo con él y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA el auto apelado modificándolo así:

1º Llama a responder en juicio criminal a Francisco Asís Hernández Poveda por los delitos de concusión cometidos en concurso material, infracciones a que se refieren los numerales b), c) y d) de los considerandos de esta providencia.

2º Sobresee temporalmente en favor del sindicado por el delito de concusión a que se refiere el numeral f). Se reabre la investigación.

3º Sobresee temporalmente en favor del mismo sindicado por los cargos a que se refieren los numerales e), g), h), i), j) y k). Se reabre la investigación.

4º Expídanse copias de lo pertinente para investigar los hechos a que alude el numeral d) en lo que toca a la actuación del abogado Adán Acero Rivera por un posible delito contra la propiedad y también por una falta a la ética profesional. Asimismo se deben expedir copias para esclarecer los hechos a que se refiere el numeral 1) en relación con el sindicado.

Cópiese. Notifíquese personalmente de esta providencia al procesado, quien se halla detenido; al efecto comisiónase, con facultad para subcomisionar, al Presidente de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, a quien se librará Despacho con los insertos del caso. Cúmplase.

José María Velasco Guerrero, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta.

J. Evencio Posada V., Secretario.

NULIDAD.

El no reconocer una circunstancia de atenuación en el auto enjuiciatorio no constituye nulidad por error en la denominación jurídica genérica de la infracción.

Cuando se propone la causal primera de casación debe expresarse el concepto de la violación de la ley sustancial y si ella se produjo en forma directa o indirecta.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, mayo once de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Doctor Luis Eduardo Mesa Velásquez).

(Aprobado: Acta número 15).

Vistos

El Juzgado Segundo Superior de Bucaramanga, en sentencia de 29 de mayo de 1970, condenó a David Morales a la pena principal de ocho años de presidio y a determinadas sanciones accesorias, por homicidio cometido en la persona de Antonio Gil Suárez.

El procesado y su defensor interpusieron contra ese fallo el recurso de apelación, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga la confirmó en el suyo de 14 de agosto del mismo año, revocando sí la pena accesoria de pérdida de toda pensión, jubilación o sueldo de retiro de carácter oficial abolida por la ley 16 de 1969.

Contra la sentencia de segundo grado interpuso el sentenciado el recurso extraordinario de casación, que fue admitido por esta Sala de la Corte en auto de 9 de octubre último y sustentado posteriormente por apoderado especialmente constituído para ese efecto.

Cumplido el trámite propio de la impugnación, procede la Corte a resolver:

Hechos y actuación procesal

Los hechos fueron narrados por el Tribunal ad-quem, en versión que recoge el Procurador Delegado en lo Penal, de la manera que a continuación se copia:

"Trata este proceso de una absurda tragedia ocurrida cuando un padre solícito procuraba un inocente esparcimiento a sus menores hijos con motivo de la fiesta navideña de mil novecientos sesenta y siete. En efecto, Antonio Gil Suárez en las primeras horas de la noche del veinticuatro de diciembre del año pasado —1971—, se dedicaba a suministrarles a sus hijos fósforos y cohetes de luces en su casa distinguida con el número 11-36 de la calle 22, de esta ciudad, cuando en esos momentos regresó a su casa David Morales, vecino suyo a quien su compañera de vida extraconyugal, Abigail Alvarez, hizo creer que Gil Suárez había insultado a toda la familia de Morales y hasta había proferido amenazas de ataque con arma de fuego. No obstante que tal noticia carecía de fundamentos serios de credibilidad, Morales no se detuvo a indagar o a cerciorarse de si eran o no ciertas las quejas suministradas por su concubina sino que de inmediato armado de una pistola se dirigó a la casa vecina donde re-

sidía Gil Suárez y tras muy breves palabras de reto o de improperios disparó contra el desprevenido ciudadano quien se hallaba entusiasmado presenciando el regocijo de sus hijos, causándole heridas que le produjeron la muerte horas más tarde en la clínica Bucaramanga. El agresor y homicida Morales se trasladó inmediatamente después de consumar su obra antijurídica, en asocio de su amante Abigail Alvarez, al Permanente Central y allí tergiversando la versión, dio cuenta de que quien había herido a Gil Suárez de dos disparos había sido Abigaíl a la vez que hacía entrega de la pistola. Mientras quedaba detenida allí su concubina y compañera emprendió Morales repentino viaje a Cúcuta procurando alejarse del escenario de los hechos, para despitar a la justicia. Sin embargo, descubierta su treta infantil, optó por presentarse meses después a responder judicialmente de su acto antijurídico".

Clausurada la investigación, el Juzgado Segundo Superior de Bucaramanga, por auto de 28 de agosto de 1969, llamó a responder en juicio con intervención del jurado al procesado Morales por el delito de homicidio, individualizado en la parte motiva como ordinario o común.

El auto de proceder fue apelado por el defensor, y el Tribunal Superior del lugar lo confirmó en providencia de 19 de diciembre de aquel año.

La audiencia pública se celebró entre los días 8 y 9 de abril de 1970, y el jurado de conciencia, por unanimidad, afirmó la responsabilidad del acusado Morales, por el cargo a éste imputado en juicio.

Con fundamento en el veredicto, el juez del conocimiento profirió la sentencia de que se hizo mérito, la que fue confirmada por el ad-quem en la que ahora es materia de la impugnación extraordinaria.

Demanda de casación

En libelo formalmente ajustado a las exigencias legales, el mismo abogado que atendió la defensa del procesado en las instancias acusa la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga con invocación de las causales 4ª y 1ª del artículo 56 del decreto 528 de 1964.

Causal cuarta

En el campo de esta causal, que prevé como motivo de casación el haberse dictado la sentencia en juicio viciado de nulidad, el demandante postula tres cargos contra el fallo recurrido, en cada uno de los cuales alega violación del artículo 26 de la Constitución Nacional.

El primer cargo lo formula el actor manifestando que hubo irregularidad en el sorteo de jurados, acto que se cumplió el 27 de febrero de 1969, porque en la lista respectiva no figuraba el Nº 25, correspondiente al señor Calle Fernández Germán Bernardo, quien fue uno de los sorteados, pues su nombre estaba colocado entre los números 24 y 26, y como nadie dio razón de aquel ciudadano fue necesario hacer un sorteo parcial para su reemplazo. De tal circunstancia pretende deducir el apoderado del recurrente nulidad de rango constitucional, por inobservancia, según él, de la plenitud de las formas propias del juicio.

El segundo cargo lo presenta el demandante afirmando que el juez del conocimiento no dio aplicación al artículo 374 del C. de P. P., no obstante la existencia de abundantes pruebas allegadas al proceso "relativas a la salud física y mental de David Morales". Dice que "en ninguna parte el funcionario indagó a los especialistas por el estado mental de David Morales, en el momento de los hechos, a la luz de las circunstancias específicamente relacionadas en el art. 29 del Código Penal". Agrega que "Anotaciones escritas de casi todos los médicos de la ciudad anteriores al hecho y posteriores dictámenes de los Psiquiatras doctores Ortiz González y Villar, diagnostican neurosis de angustia crónica sistematizada, rasgos acentuados de tipo paranoide, dictamina el primero, al cual dictamen adhiere el segundo no sin añadir que el procesado necesita tratamiento psiquiátrico y marcan dos extremos que dejan un induda-

ble vacío intermedio. En el momento de cometer el hecho se hallaba David Morales en alguna de las circunstancias señaladas precisamente en el Art. 29 del C. P.? Al hacer caso omiso del Art. 29 de la misma obra, al no aplicarse esta disposición, se juzgó a David Morales quebrantando la letra y el espíritu del Art. 26 de la Constitución Nacional".

El tercer cargo lo hace consistir el actor en que hubo error en la denominación jurídica de la infracción, por no haberse reconocido en favor del procesado Morales la causal de atenuación contemplada en el artículo 28 del C. P., pues aquel —dice— obró en estado de justa ira y agudo dolor, por las ofensas que a su madre le irrogó el occiso momentos antes de los hechos. Tras breves consideraciones al respecto, concluye de este modo la acusación al fallo:

"Así, pues, la circunstancia contemplada en el art. 28 del C. P. no fue tenida en cuenta por el juzgador y en esta forma es posible afirmar que hubo error en la denominación jurídica del delito".

Causal primera

La desarrolla el apoderado en los siguientes textuales términos:

"La sentencia acusada viola la ley sustantiva penal. Los hechos exigían la aplicación del art. 28 del Código Penal y la aplicación del Art. 29 de la misma obra, previo examen riguroso practicado por peritos psiquiatras para saber si en el momento de los hechos David Morales se encontraba en alguna de las circunstancias anormales allí contenidas. Se dejó de aplicar la ley a hechos perfectamente probados —homicidio emocional, Art. 28 del C. P.— Todos los errores de hecho y de derecho, anteriormente estudiados cuando me refería a la Causal Cuarta —quizá se pueda aseverar que estas cuestiones deben ser estudiadas como motivo de nulidad— violaron preceptos que al definir y castigar los delitos también los modifican en sus consecuencias, porque los unos constituyen atenuaciones de la responsabilidad art. 28 del C. P., y los otros, constituyen el punto de partida de un tratamiento especial al delincuente, mediante medidas de seguridad, art. 29 de la misma obra.

"Pero como al violarse la ley sustantiva penal, Atrs. 28 y 29 del C. P., en armonía con el Art. 362 de la misma obra, se quebrantaron necesarias formas del proceso, lo mismo que la plenitud de las garantías consagradas en el Art. 26 de la Constitución Nacional, gravísimos errores in procedendo generadores de nulidad que extendieron sus efectos al auto de proceder, al cuestionario sometido al jurado y, a la sentencia acusada, puedo considerar que el asunto aquí tratado puede estudiarse, en forma principal, como motivo de nulidad, de conformidad con lo expuesto en los cargos segundo y tercero correspondientes a la causal cuarta invocada en esta demanda".

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Primero Delegado en lo Penal, en vista que antecede, después de referirse a los hechos procesales y a la actuación judicial cumplida, da respuesta a cada uno de los cargos de la demanda y concluye pidiendo a la Corte que deseche el recurso de que se trata, pues ninguno de ellos tiene fundamento. La Sala aludirá más adelante a los conceptos del colaborador.

Se considera

I. La circunstancia de que en la lista de jurados del Juzgado Superior que conoció de este proceso se hubiera omitido colocar el Nº 25 en el renglón correspondiente al ciudadano Calle Fernández Germán Bernardo, cuyo nombre figuraba entre los números 24 y 26, admitiendo como cierta la aseveración del demandante y aunque de ello no se dejó constancia en el acta de sorteo (ver fl. 52 del C. 5º), es completamente inane e irrelevante. Si el defensor, quien estuvo presente en dicho acto, estimaba que por la causa ameritada y que ahora alega como motivo de nulidad, era necesario reemplazar al jurado designado señor Calle Fernández, ha debido hacer el reclamo corres-

pondiente "en el acto de sorteo o dentro de los cinco días siguientes", tal como lo dispone el art. 38, regla 1ª del decreto 1358 de 1964.

Por lo demás, como no fue posible hallar al señor Calle Fernández para la notificación pertinente, se realizó con sujeción a la ley, un sorteo parcial para reemplazarlo, y resultó elegido el señor Picón Valbuena Roberto (fl. 59 del C. 5º), quien actuó como jurado en la audiencia (fl. 97), todo ello sin protesta del abogado defensor, quien recibió en tiempo las notificaciones del caso y es el mismo que ahora invoca la nulidad.

Es, pues, evidente que el cargo carece de todo fundamento.

II. No es exacto que el juzgador de primera instancia no hubiera dado aplicación al art. 374 del C. de P. P., que ordena someter al procesado a la observación de facultativos cuando descubra en él "indicios de grave anomalía psíquica o de intoxicación crónica producida por el alcohol o por cualquiera otra sustancia venenosa". Al folio 107 del primer cuaderno se encuentra el auto del Juzgado Segundo Superior de Bucaramanga por el cual nombró a los médicos Psiquiatras doctores Angel Octavio Villar y Luis Guillermo Ortiz González "como peritos para que examinen al sindicado David Morales y dictaminen sobre su estado psíquico normal o anormal".

Esa providencia se notificó a todas las partes, entre ellas al abogado autor de la demanda de casación, quien no presentó ningún cuestionario adicional, como ha podido hacerlo de conformidad con el inciso 2º del art. 263 del C. de P. P., y en cumplimiento de ella los peritos designados, una vez posesionados y después de examinar al inculpado Morales, conceptuaron:

"No se observa actividad psicótica ni trastornos en la estructura formal del pensamiento.

"Desde el punto de vista psicométrico (test de Rorschach) presenta rasgos acentuados de tipo paranoide y marcada inseguridad básica de la personalidad.

"Se solicitó un electroencefalograma cuyo informe es de: "Normalidad del trazado".

"Es necesario aclarar que las manifestaciones neuróticas de la personalidad del señor Morales no inciden en su capacidad de juicio crítico". (fl. 114).

Esta peritación se puso en conocimiento de los interesados en el juicio, por el término y para los fines señalados en el art. 266 del C. de P. P., mediante auto debidamente notificado (fl. 116), y ninguno de ellos pidió aclaración o ampliación del dictamen ni lo objetó en forma alguna (fl. 117).

Los juzgadores de las instancias consideraron, en el auto de proceder proferido contra el incriminado Morales, que, según el dictamen médico psiquiátrico a que se aludió, el imputado no se encontraba en ninguna de las circunstancias del artículo 29 del Código Penal. Sobre el particular dijo el Tribunal Superior de Bucaramanga, en su providencia de 19 de diciembre de 1968, acogiendo la opinión del Fiscal de la Corporación:

"El juzgamiento del acusado debe hacerse por el trámite establecido por la ley para los delincuentes normales. En efecto, en virtud de la petición formulada durante la instrucción por el señor apoderado doctor Jorge González Aranda, David Morales fue sometido a examen psiquiátrico por parte de los doctores Guillermo Ortiz González y Angel Octavio Villar (fls. 114 y 115), distinguidos peritos médicos que tuvieron oportunidad de observarlo clínicamente por un buen espacio de tiempo. Los psiquiatras después de un examen atento llegaron a la conclusión que el acusado presentaba un tipo de neurosis de angustia crónica, expresaba asímismo una inestabilidad de orden afectivo, síntomas de angustia y en fin irregularidades de orden clínico, pero que no afectaban su actividad sicótica ni incidían en cuanto a la estructura de su pensamiento. Según el dictamen, Morales es un individuo neurótico, pero esa neurosis al concepto de los médicos que lo trataron y lo reconocieron no incide de ninguna manera

en su capacidad mental. Ello indica que el procesado no es un enfermo mental, no padece de anomalías psíquicas graves y siendo así, su comportamiento no se puede extraer del régimen establecido por el C. P. para los normales que infringen la ley" (fls. 19 y 30 del C. 5º).

Con respecto al cargo que se estudia, la Sala comparte las apreciaciones del Procurador Primero Delegado Penal, cuando dice:

"No hay, por lo tanto, razón seria o argumento respetable que autorice al señor demandante para sentirse porque "en ninguna parte el funcionario indagó a los especialistas por el estado mental de David Morales, **en el momento de los hechos**, a la luz de las circunstancias específicamente relacionadas en el art. 29 del C. P.", como lo afirma en su demanda, pues él como protector máximo de los derechos del sindicado, ya que para ello había recibido poder amplio y suficiente, debió haber formulado cuestionario o interrogatorio científico y adecuado a los señores peritos para que dictaminasen sobre cuanto fuera de su deseo y de atinencia en los derechos y garantías constitucionales de su cliente. Y, no solo no guarda silencio en el momento oportuno para formular interrogatorio a los peritos, sino que cuando se notifica el dictamen es aceptado íntegramente por el señor apoderado, pues el no haberlo objetado, total o parcialmente, está indicando que gozó de aceptación por quien hoy en el recurso extraordinario se duele de no haber sido más amplio o explícito.

"Además, ante la claridad y precisión de lo afirmado por los señores peritos, todo planteamiento que quiera presentar situación destinada a que produzca las consecuencias buscadas con el cargo que se analiza, carece de aceptación. En efecto, afirman los señores médicos peritos que en David Morales "no se observa actividad psicótica ni transtornos en la estructura formal del pensamiento", estimando como necesario, los mismos peritos, aclarar, como lo dicen, "que las manifestaciones neuróticas de la personalidad del señor Morales no inciden en su capacidad de juicio crítico" con lo cual fueron consecuentes con el dictamen clínico sobre que el sindicado "presenta Neurosis de Angustia crónica sistematizada". Se sabe que la neurosis tiene su génesis, según algunos tratadistas, en el complejo de inferioridad que sufre el yo, produciendo desadaptaciones o estados de desasosiego en la personalidad, que llevan al sujeto a una serie de conflictos internos impulsándolo a ser receloso con las demás personas, conflictivo con ellas y con el ambiente que lo rodea siendo víctima de incontrolada susceptibilidad, y con hipersensibilidad bien exagerada. Más, toda esta situación, en el grado en que la sufría Morales, no produce reflejo alguno en su capacidad síquica, ni erosiona las estructuras mentales con eclipse de su fuerza mental y que por lo tanto obliguen a ser colocado el paciente "en estado de enajenación mental", o tenido como víctima "de grave anomalía síquica" (art. 29 C. P.).

"Sobre la situación mental de Morales, el señor apoderado, cuando hacía la defensa ante el Juri, reiteradamente manifestó, según el acta de audiencia firmada, entre otras personas por el Abogado González Aranda, que David Morales no sufre de grave anomalía síquica, ni que tampoco es un loco, enfocando toda su argumentación defensiva para convencer al Jurado de que su cliente había actuado u obrado, o bien en legítima defensa de su vida, o bajo un estado de ira e intenso dolor, sin plantear, ni siquiera tangencialmente, las situaciones del art. 29 del C. P., que se pretende darles vida dentro del recurso extraordinario".

No habiéndose demostrado que el acusado Morales obró, al dar muerte a Antonio Gil Suárez, en una de las situaciones previstas en el artículo 29 del C. P., no puede afirmarse, como lo hace el apoderado del recurrente, que el juicio con intervención del jurado a que fue sometido aquel, es ilegal; "que se juzgó a David Morales quebrantando la letra y el espíritu del Art. 26 de la Constitución Nacional".

Consiguientemente, el cargo no prospera.

III. El error relativo a la denominación de la infracción, cometido en el auto de proceder, causal de nulidad señalada en el or-

dinal 5º del artículo 37 del decreto 1358 de 1964, se presenta cuando a los hechos probados en el sumario se les da una calificación jurídica genérica que no es la que a ellos corresponde, por ejemplo, cuando se enjuicia por abuso de confianza y las pruebas acreditan una estafa, o cuando se abre causa por violencia carnal con relación a hechos constitutivos de corrupción de menores.

En el caso sub examine se llamó a juicio al procesado David Morales por el delito de homicidio, y esa es la denominación jurídica que el Código Penal contempla en el Capítulo I del Título XV para el hecho de causar a otro injustamente la muerte, acto imputado al acusado y por el cual fue declarado responsable. Luego es claro que no se incurrió, por el aspecto que se comenta, en la nulidad propuesta por el recurrente.

El personal criterio del abogado defensor de que su acudido Morales causó la muerte de Gil Suárez en las circunstancias de atenuación del artículo 28 del C. P., no fue compartido por los jueces de derecho, quienes para rechazarlo abonaron suficientes razones (fls. 142 del primer C. y 29 del C. quinto), ni fue aceptado tampoco por el jurado, el que afirmó pura y simplemente la responsabilidad del sindicado por el homicidio que se le formuló el juicio (fls. 108 del C. 5º).

Frente al veredicto recaído en la causa, no estimado contraevidente por los juzgadores de las instancias, únicos facultados para esa valoración, como advierte el Agente del Ministerio Público, la sentencia tenía que hacerse, como en efecto se hizo, en armonía con él, por expreso mandato del artículo 15 del decreto 1358 de 1964.

En consecuencia, tampoco el tercer cargo postulado en la órbita de la causal cuarta de casación puede prosperar.

IV. El motivo aducido por el actor en la esfera de la causal primera, de ser la sentencia acusada violatoria de "la ley sustantiva penal", aparece propuesto en forma tan deficiente, a la luz de la técnica que preside la impugnación extraordinaria de la casación, que no puede la Corte adentrarse en su examen. El demandante no expresa si la violación de la ley sustancial (no sustantiva, como él dice) fue directa o indirecta, ni demuestra, como es exigido en estos casos, el concepto de la violación. Se limita a afirmar, con evidentes contradicciones de fondo, que se conculcaron los artículos 28 y 29 del C. P., en armonía con el 362 de la misma obra, porque los hechos reclamaban la aplicación de aquellas normas, lo que condujo al quebranto del artículo 26 de la C. N.

Acerca de este pasaje de la demanda expresa la Procuraduría Delegada:

"El señor demandante incurre en gran confusión al solicitar la invalidación del fallo con planteamientos ya formulados bajo la órbita de la causal 4ª y que por su naturaleza no pueden ser proyectados nuevamente a través de la causal primera. Olvidó el señor demandante que las causales de Casación no se pueden invocar caprichosamente, pues que ellas gozan de circunstancias especiales, destinadas por la norma legal para recurrir a ellas en casos precisos, más no escogiendo arbitrariamente la que se crea más conveniente para hacer los cargos al fallo.

"Además, hay que tener muy presente que cada una de las causales de casación al prosperar, producen efectos diversos (art. 58 decreto 528 de 1964), por lo cual es casi un dislate invocar la causal primera, por violación directa, en casos o procesos en los que interviene el Jurado en el juzgamiento, pues, en el supuesto caso de prosperar la causal tendría que proferir la H. Corte el fallo legal que reemplazara al impugnado, lo que sería desconocimiento de la voluntad del jurado de conciencia, expresada en su veredicto y ya se expresó el imposible jurídico que impide tal cosa".

En consecuencia, este cargo será igualmente rechazado.

Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el Procurador Primero Delegado en lo

Penal, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación interpuesto por el procesado David Morales contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga de 14 de agosto de 1970, por la cual fue condenado el recurrente, en segunda instancia, a la pena de ocho años de presidio y a las accesorias de rigor, por el delito de homicidio en la persona de Antonio Gil Suárez.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

José María Velasco Guerrero, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta.

J. Evencio Posada V., Secretario.

CASACION. — Su técnica. Causal 1ª.

Es erróneo e ilógico involucrar el cargo de violación directa de la norma sustancial en la argumentación que fundamenta la infracción indirecta, ya que estas dos formas de impugnación de la sentencia 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. — No constituye nulidad supralegal el hecho de haberse dejado de recepcionar pruebas ordenadas oportunamente, ni tal circunstancia es obstáculo para la terminación del proceso.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, once de mayo de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Doctor Mario Alario Di Filippo).

(Aprobado: Acta número 15).

Vistos

Se procede a resolver el recurso de casación interpuesto por el procesado José Jesús Salazar Castaño contra la sentencia de 20 de octubre de 1970, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales lo condenó, como responsable del delito de homicidio en la persona de Eduardo Alfonso Valencia Vargas, a la pena principal de ocho años de presidio y a las accesorias consiguientes.

Hechos y actuación procesal

En el auto de vocación a juicio dictado por el Juez Segundo Superior del Distrito Judicial de Manizales, se relatan los hechos que dieron lugar al proceso así:

"En las horas de la tarde del citado día, domingo 8 de diciembre del año pasado (1968), se encontraban en la cantina de propiedad de Ancízar Tamayo Castaño, que funcionara en la esquina de la carrera 9ª con calle 6ª de la ciudad de Chinchiná, los señores Eduardo Alfonso Valencia Vargas (occiso), su tío Arturo Vargas Duque y un amigo, Omar Robledo Gallego, quienes estaban dedicados a tomar bebidas embriagantes. A eso de las cinco y media o seis de la tarde entraron al mismo establecimiento los señores José de Jesús Salazar Castaño, Alberto Salazar Castaño, hermanos, y Gildardo de Jesús Quintero Vera, yerno del primero, los cuales se pusieron también a tomar licor.

"A poco de entrar estos últimos a la cantina, parece que Eduardo Alfonso Valencia, el occiso, le ofreció una cerveza a Gildardo Quintero, que éste rechazó. Esa actitud provocó una reacción entre ambos y fue el origen de los incidentes que inmediatamente se suscitaron y en los cuales resultaron involucrados los compañeros de ambos protagonistas, con excepción de Omar Robledo Gallego, quien se marginó de los hechos. La riña asumió características de gran violencia, menudeando en ella las agresiones mutuas con botellas y taburetes. De un lado, los hermanos Salazar Castaño terciaron a favor de Quintero, mientras, por su parte, Arturo Vargas Duque salía a la defensa de su sobrino Eduardo Alfonso. En determina-

do momento, Vargas y Alberto Salazar resultaron enfrentados en lucha cuerpo a cuerpo, que sostuvieron hasta el final de la contienda. Entre tanto, José de Jesús Salazar se sumaba a su yerno Gildardo Quintero en el enfrentamiento que éste sostenía con el occiso Valencia. Este resultó muerto de una puñalada en el tórax a manos de José de Jesús Salazar, en momentos en que se retiraba del local y trasponía la puerta del mismo. Quedaron, además, los siguientes lesionados: Arturo Vargas Duque y Alberto Salazar Castaño, quienes se hirieron mutuamente, y Gildardo de Jesús Quintero Vera, herido por el occiso Valencia".

El Juzgado Segundo Superior de Manizales, mediante auto de 30 de octubre de 1969, abrió causa criminal contra José Jesús Salazar Castaño, por los trámites ordinarios en los que el jurado interviene, por el delito de homicidio en la modalidad de voluntario. Apelado este auto, el Superior lo confirmó en proveído de 11 de abril de 1970.

Tramitado el juicio y emitido, de esta suerte, el veredicto del Jurado, que fue de simple afirmación de la responsabilidad en los mismos términos del enjuiciamiento, el Juzgado Segundo Superior de Manizales condenó al procesado, en sentencia de 27 de agosto de 1970, a la pena de "ocho años de presidio" y accesorias del caso, sentencia que el Tribunal del mismo lugar confirmó, sin ninguna observación, en la suya del 20 de octubre del mismo año especificado.

La demanda de casación

Al través de las causales de casación previstas por los ordinales 4º y 1º, en su orden, del artículo 56 del decreto 528 de 1964, el apoderado de José Jesús Salazar Castaño le formula diversos cargos al fallo recurrido, a saber:

A. Causal cuarta

"Fundamento la impugnación contra la sentencia recurrida en el ordinal cuarto del artículo 56 del decreto 528 de 1964, que modificó las causales de casación previstas en el artículo 567 del C. P. P., habiendo reducido únicamente a cuatro los motivos de impugnación contra las sentencias de segunda instancia proferidas por los Tribunales Superiores del Distrito Judicial.

"El referido ordinal cuarto del ya citado artículo 56 del decreto 528 de 1964 dispone que hay lugar a casación en materia penal cuando la sentencia se ha dictado sobre un juicio viciado de nulidad.

"En el presente caso la sentencia recurrida se dictó sobre un juicio viciado de nulidad por inobservancia en el cumplimiento de formalidades procesales que rozan esencialmente con el derecho de defensa del incriminado".

Primer cargo

Arguye el abogado demandante que el Juez Segundo Superior de Manizales, en el auto que ordenó la ampliación de la investigación, decretó la práctica de varias pruebas encaminadas al perfeccionamiento de las instructivas, práctica para la cual comisionó al Juez Primero Penal Municipal de Chinchiná, quien no cumplió en su totalidad la comisión, una vez que no se realizó lo estatuído en los ordinales 1, 2, 3, 5, 12 y 17 del auto comisorio; que las pruebas dejadas de practicar "tenían singular importancia por tratarse de testimonios que presenciaron (sic) los hechos anteriores y concomitantes a la comisión del hecho investigado y con los cuales se hubiera corroborado la afirmación que hizo el procesado Salazar Castaño en su indagatoria de que había actuado en legítima defensa de terceros...", y porque en el ordinal 17 se ordenó averiguar "qué otras personas presenciaron los hechos y recibirles declaración detallada al respecto".

Argumenta asimismo que "tampoco se practicó la diligencia de reconstrucción de los hechos, la que si se hubiera llevado a término se hubieran despejado muchos puntos oscuros a cuyo esclarecimiento tenía derecho el procesado por mandato del artículo 356 del C. de P. P., que manda al funcionario verificar con urgencia las citas que hiciere y las demás diligencias que propusiere para comprobar sus aseveraciones", así como se incumplió también lo previsto

en el artículo 295 ibídem, según el cual el funcionario de instrucción "debe investigar con igual celo no solo los hechos y circunstancias que establezcan o agraven la responsabilidad del procesado, sino también las que lo eximan de ella, o la extingan o atenúen".

Además, el demandante censura que no se les hubiera recibido declaración a varias personas, cuyo testimonio habría modificado sustancialmente la situación jurídico-penal del incriminado, pues sus exposiciones habrían sido "elementos de certeza para sacar avante algunas figuras aminorantes de responsabilidad como las contempladas por los arts. 28 y 385 del C. P.".

El actor condensa este cargo en los siguientes términos:

"Impugna la sentencia proferida por el H. Tribunal Superior de Manizales, por medio de la cual se condenó al procesado recurrente a purgar la pena de ocho años de presidio como responsable del delito de homicidio en el grado de voluntariedad del acto, teniendo como fundamento de la acusación contra la sentencia en el hecho de que las más importantes pruebas del proceso no se practicaron, circunstancia que incide en el menoscabo de los derechos y garantías a que el procesado tiene derecho de acuerdo con las leyes del procedimiento que regulan esta clase de juicio y que reflejan el pensamiento del constituyente de que en todos los procesos se deberá observar a cabalidad la plenitud de formas propias de cada juicio. Señala como violado por parte del H. Tribunal Sentenciador el artículo 26 de la Constitución Nacional".

Segundo cargo

El demandante lo formula de este modo: "Un segundo cargo que me permito formularle a la sentencia recurrida lo hago consistir en que el Juez de Derecho no tuvo en cuenta el grado de embriaguez aguda que en el momento de cometer el hecho afectaba la integridad síquica de José de Jesús Salazar Castaño".

Para demostrarlo cita fragmentariamente el dictamen de los médicos legistas que examinaron al procesado, y transcribe parcialmente la indagatoria de éste para aseverar que por la embriaguez aguda voluntaria hay pérdida de la conciencia, por lo que "no puede haber dolo específico en el delito de homicidio porque para que haya dolo se requiere perfecta lucidez mental".

Esta impugnación la resume el actor así:

"Teniendo como fundamento de la impugnación el dictamen médico-legal y su respectiva ampliación, con todo respeto me permito afirmar que en el juzgamiento de José de Jesús Salazar Castaño se cometió un evidente error de procedimiento ya que el artículo 362 y la sanción es para los individuos que gozan de libre autodeterminación y en los cuales el propósito deliberado de cometer un delito ha sido 'rumiado' en las interioridades de su conciencia y esa idea ha sido traducida al mundo exterior por medio de actos de ejecución donde influye la voluntad y la conciencia. A cambio, el juzgamiento señalado para los delincuentes cuyos actos han sido ejecutados bajo el estado de embriaguez aguda encajan precisamente dentro de la órbita señalada por el artículo 29 del C. Penal por ser esta norma también más favorable al sindicado".

Termina el actor el estudio de esta causal solicitando que se invalide la sentencia recurrida y se ordene que el proceso sea devuelto "al Juzgado de origen por conducto del H. Tribunal Superior de Manizales para que se reponga el procedimiento".

B. Causal primera

Cargo formulado al amparo de esta causal

"La sentencia recurrida resulta violatoria de la ley sustancial por violación directa de la misma; la violación directa de la ley sustancial en este proceso consiste en que por error de apreciación en el contenido de la norma aplicada (Art. 362 del C. P.), error que consiste en que allí se exige el dolo de propósito para la cabal integración de la figura jurídica del homicidio vo-

luntario que fue la norma aplicada al sentenciado. El dolo de propósito exige en el agente activo (sic) del delito una frialdad de propósito, una deliberación previa para llevar a término la designación criminal y que el ánimo del delincuente se encuentre en el cabal uso de sus facultades anímicas, circunstancia esta que se encuentra en contraposición con la prueba allegada en forma legal al proceso consistente en el dictamen médico-legal donde se afirma que José de Jesús Salazar Castaño y como consecuencia de las bebidas alcohólicas ingeridas había perdido la autodeterminación desde el momento en que entró al segundo período de la embriaguez, donde el individuo pierde el control de la voluntad y de su inteligencia, fuerzas que lo inhiben legalmente para que en su ánimo haya deliberación previa en todos los actos ejecutivos del delito de homicidio voluntario".

Este cargo lo resume el actor así:

"El H. Tribunal Sentenciador condenó al procesado dentro de la previsión contenida en el artículo 362 del C. Penal por el delito de homicidio voluntario donde se exige que el agente haya obrado con propósito deliberado de cometer un delito de esa naturaleza y que haya obrado con plena conciencia de los actos que ejecutó.

"El H. Tribunal Sentenciador incurrió en error manifiesto del acervo probatorio consistente en haber omitido la valoración de una prueba científica que tiene fuerza de ley como es el dictamen médico-legal, en el cual afirmaron los legistas que el procesado recurrente en el momento de cometer el hecho se encontraba en embriaguez aguda, estado anímico que excluye todo acto reflexivo y perfecta voluntariedad del acto ejecutado.

"En consecuencia por error de hecho de la estimación probatoria, el H. Tribunal Sentenciador incurrió en indebida aplicación de la ley sustancial (Art. 362 del C. Penal), norma que estimo violada por el sentenciador en forma directa".

Concluye solicitando que la Corte "dé cumplimiento a lo preceptuado en el numeral 1º del artículo 58 de 1964 (sic), dictando la sentencia que deba reemplazar a la invalidada".

Concepto del Procurador

Después de reseñar y estudiar cuidadosamente los cargos propuestos, el Ministerio Público, representado en esta oportunidad por el Procurador Primero Delegado en lo Penal, conceptúa que debe desestimarse la demanda y, en consecuencia, solicita que no se case la sentencia del Tribunal Superior de Manizales que condenó a José Jesús Salazar Castaño por el homicidio de Eduardo Alfonso Valencia.

Al revisar la alegación del recurrente se aprovecharán algunos aportes de la Procuraduría en la solución del recurso.

Consideraciones de la Corte

A. Causal cuarta

Primer cargo

Según observa el Ministerio Público, la prueba en el vasto campo del derecho no solamente tiene que ostentar el sello o naturaleza de la legalidad, ya sea en su génesis o en la asunción al proceso, sino también debe ser indubitablemente factible para que pueda producir, aunados tales requisitos, la certeza que se persigue, muy especialmente para la decisión sobre la responsabilidad en el orden penal. De esta manera, si no es realizable la recepción en el proceso de un elemento probatorio —por mucho valor que subjetivamente se le conceda—, dentro de las posibilidades que lo circundan, y no siendo el único elemento de convicción aportable y aportado al plenario, ello no puede ser en momento alguno óbice insalvable para poner punto final al proceso, en una u otra forma, vale decir, con reconocimiento de la responsabilidad por la autoría de los hechos imputados, o por la declaración eximente de la misma.

Como apunta el Procurador, el argumento cardinal o Aquiles del cargo que se estudia es el de que al no recibirse las declaraciones ordenadas por el Juez Superior en el auto comisorio, como al no haberse llevado a cabo la reconstrucción de los hechos, se imposibilitó al procesado para responder de su conducta bajo normas sustanciales penales que lo tutelaban para que no fuera declarado responsable del modo como se hizo en los fallos de primera y segunda instancias.

Sobre este particular la Sala acoge las consideraciones del Ministerio Público, por ser incuestionablemente irrebatibles a causa de su perfecta consonancia con la realidad procesal:

"A folio 120 se encuentra informe de la Policía de Chinchiná sobre la imposibilidad en la localización de Ancízar Tamayo Castaño, quien, según el mismo informe se 'había trasladado para el Quindío sin tenerse la dirección precisa', como también el no tenerse conocimiento sobre Omar Romero, informe ratificado bajo la gravedad del juramento (fl. 121). Al folio 125 otro informe de la Policía de Chinchiná dando cuenta que no se pudo localizar a los sujetos Luis Enrique Giraldo y Eduardo Duque, igualmente ratificados en forma legal. Con respecto a estas declaraciones y evaluadas desde el punto de vista favorable al justiciado, se puede razonar en la siguiente forma: Ancízar Tamayo Castaño fue oído en declaración por el señor Inspector Municipal de Policía de Chinchiná (fl. 7 y 8) y niega haber visto al sindicado José de Jesús Salazar causarle heridas a Alfonso Valencia, lo cual pudiera tenerse como factor de defensa de algún valor, y al mismo tiempo argumento para no darle la importancia que el señor demandante le ha dado, pues el testigo dice, y es cierto, que la finalización de la lucha se efectuó por fuera del local que atendía, es decir, en la calle, lo cual no fue presenciado por él. Entonces una ampliación de su dicho juramentado, en nada incidiría y que tuviera fuerza tal para cambiar la situación jurídica del justiciado.

"Con relación a los otros testigos no oídos como se ordenó en la comisión o ampliación, de haber sido ellos los únicos que presenciaron la iniciación, desarrollo y culminación de los acontecimientos, lógicamente que el cargo tendría personería tal para imponerse como suficiente en la producción de los efectos que persigue la demanda, mas como ello no ocurrió así, son elementos de prueba que si bien pudieron arrojar un poco de claridad en algunos actos, no habrían desempeñado un papel tal dentro del cuerpo probatorio que llevara certeza suficiente al juez superior para no haber llamado a juicio, en la forma como se operó, pues otros testimonios, no desvirtuados, no contradichos, con todo su valor legal, dejaron muy en claro la forma como se desarrollaron los acontecimientos, y que obligaron al justiciado a comparecer en juicio y ser responsabilizado penalmente por su conducta.

"Entonces, frente a la realidad procesal no se puede afirmar que la prueba ausente lo es por arbitrariedad o capricho de los indicados para recogerla, sino que ella fue imposible traerse al plenario por las circunstancias a que se ha hecho referencia. Cuando el señor apoderado del sindicado Salazar y posterior defensor, en las etapas del sumario y juicio, no hizo hincapié, ni tampoco gestionó en forma alguna para que estos testigos pudieran localizarse y obligárseles a comparecer en cualquiera de los instantes procesales aptos para la recepción probatoria, fue porque sus testimonios no tenían el valor tan fundamental para la defensa del sindicado, como hoy se le quiere adjudicar en la demanda. Este Despacho rechaza el cargo, pues no se ha demostrado en forma alguna que los derechos de que goza el ciudadano para su juzgamiento y emanados del art. 26 de la Carta, todos ellos convergentes hacia la defensa, hubieran sido conculcados en forma alguna en el caso sub-examine".

En conclusión, este cargo no puede prosperar.

Segundo cargo

Los profesionales especializados de la Oficina Central de Medicina Legal del departamento de Caldas que examinaron a José Jesús Salazar Castaño "en distintas sesiones y en diferentes días", dictaminaron

que el procesado "no es un débil mental" y que "los actos que cometió el día de autos fueron ejecutados bajo el estado de embriaguez aguda no patológica". En la ampliación del dictamen expusieron que Salazar Castaño "es un individuo normal psíquicamente"; que "al tomar licores entra en el segundo período de la embriaguez aguda en la cual puede haber incoherencia, incoordinación motora, impulsiones, agresiones, pérdida de la conciencia sin que estas manifestaciones puedan ser clasificadas como patológicas porque son la reacción común de la embriaguez aguda voluntaria"; que no sufre de crisis psicopáticas durante la embriaguez porque él no es un enfermo mental".

"La intoxicación crónica producida por el alcohol o por cualquier sustancia (morfina, cocaína, marihuana, opio, escopolamina, barbitúricos), no comprende, como es obvio, los estados episódicos determinados por la ingestión de esas sustancias. Ello porque la ley, en el artículo 29, supone una situación constante, una anormalidad permanente. Lo transitorio no cabe en la norma del artículo 29, por ejemplo, la embriaguez transitoria; el hecho de causar un daño en estado alcohólico agudo, solo se considera como causa de menor peligrosidad cuando el sujeto no pudo prever las consecuencias de la embriaguez; así lo dispone el artículo 38, numeral 5º, del Código Penal, que considera como circunstancia de menor peligrosidad 'La embriaguez voluntaria, cuando el agente no haya podido prever sus consecuencias delictuosas'. Lo propio cabe decir de la ingestión ocasional de otras sustancias..." (Bernardo Gaitán Mahecha, "Curso de Derecho Penal General", págs. 329 y 330).

Siendo lo transcrito incontrovertible y obrando en autos el dictamen médico legal, de meridiana y perentoria claridad, está demostrado plenamente que Salazar Castaño, al dar muerte a Eduardo Antonio Valencia Vargas, no obró en una de las situaciones previstas en el artículo 29 del C. P. y, por lo mismo, no puede afirmarse, como lo hace el apoderado del recurrente, que el juicio con intervención del jurado a que fue sometido aquel, es ilegal, está viciado de nulidad por quebrantamiento del artículo 26 de la Constitución Nacional.

De donde se sigue que este cargo tampoco puede prosperar.

B. Causal primera

Unico cargo

Ha dicho la Corte repetidas veces que 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 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 controvierte 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 violación indirecta de la ley se tiene cuando el quebrantamiento del precepto legal proviene de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba, siendo necesario en estas hipótesis que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haberse incurrido por el Tribunal en error de derecho o de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos. Trátase, por tanto, de una técnica precisa, señalada por el legislador e infatigablemente recordada por la jurisprudencia.

A la violación directa de la ley sustancial se refiere el inciso primero del ordinal primero del artículo 56 del decreto 528 de 1964. Quien alega eta violación no controvierte la prueba y muestra su conformidad, por tanto, con los hechos tal como se hallan plasmados en el fallo recurrido, esto es, acepta la fundamentación fáctica de éste, discrepando solo del sentenciador en cuestiones relativas a la aplicación de la norma al caso juzgado o a la interpretación jurídica de su contenido.

A la violación indirecta de la ley alude el inciso segundo del citado ordinal. En esta infracción 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.

Es grave error, por consiguiente, involucrar el cargo de violación directa de la norma sustancial en la demostración o razonamiento pertinente para el quebrantamiento por la vía indirecta, pues —como se ha dicho— cada una de las dos formas de transgresión de la ley —la directa y la indirecta— tiene su peculiar fundamentación, su propio campo de acción, y no es posible alegar simultáneamente, sin faltar a la lógica y sin desconocer el principio de contradicción, la transgresión directa y la indirecta de la ley en un mismo fallo, como que es absurdo que se acepten y nieguen a la vez los hechos en que se apoya la decisión y como no es admisible que se sostenga una impugnación de violación directa de la ley a través de una crítica de las premisas de hecho de la sentencia, vale decir, 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.

En el caso sub judice, el demandante afirma que el fallador incurrió en error de hecho por "haber omitido la valoración de una prueba científica que tiene fuerza de ley como es el dictamen médico-legal" enfocando así el análisis "para demostrar una violación indirecta de la ley sustancial", mas al propio tiempo aduce que "el H. Tribunal sentenciador incurrió en indebida aplicación de la ley sustancial (Art. 362 del C. Penal), norma que estima violada por el sentenciador en forma directa".

"La confusión que crea con estos planteamientos el demandante —expresa con toda exactitud y fundamento el Procurador— impide conocerse cuál fue su verdadero pensamiento y por lo tanto él mismo inhibe al Ministerio Público y la H. Sala de Casación Penal tomar decisiones, pues que bien sabido es que los vacíos que deja el demandante no pueden ser llenados ni por aquel, ni menos por ésta. Tal mixtura de argumentaciones es equivalente a dejar desamparado el cargo por la ausencia de precisión en él, a la par que formulando violación de la ley sustancial simultáneamente en sus modalidades de directa e indirecta, se rompe toda lógica y aún más que todo el principio de contradicción, ya que uno de los quebrantos de la ley, el directo, demanda de quien lo proclame previo reconocimiento de los hechos, y el otro, vale decir, el indirecto, la negación de los mismos".

En conclusión, este cargo también ha de rechazarse.

Fluye de lo expuesto que debe desecharse el recurso, de acuerdo con el art. 569 del C. de P. P.

En virtud de las precedentes consideraciones, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, acorde con el concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación interpuesto por el procesado José Jesús Salazar Castaño contra el fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, expresamente determinado en la motivación de esta sentencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

José María Velasco Guerrero, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta.

J. Evencio Posada V., Secretario.

INDICIOS

Los indicios no son solo objeto de prueba, sino medios probatorios con naturaleza y valoración específicos. Se entiende por indicio grave aquel en el cual existe entre el hecho causal y el consecuencial un nexo probable y no meramente posible. — La Corte aclara su doctrina anterior en el sentido de que el indicio no comporta una simple apreciación subjetiva del intérprete, sino que constituye una situación concreta de donde se deduce otra de la misma naturaleza, mediante un proceso lógico de interpretación. — Los indicios morales se refieren a las condiciones personales del infractor.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, mayo veintiséis de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: doctor Luis Carlos Pérez).

(Aprobado: Acta número 17 de 24 de mayo de 1971).

Vistos

Por vía de apelación que interpuso la apoderada de la parte civil, conoce la Corte del auto dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, el 30 de noviembre de 1970, en el cual, con el voto mayoritario de la Sala (salvó el voto uno de los Magistrados), revocó la providencia dictada por el Juez Segundo de Instrucción Criminal del mencionado Distrito, el 6 de septiembre del mismo año. Este funcionario había dispuesto detener preventivamente al juez Luis Alfredo Sánchez Coca, como responsable de un delito contra la propiedad consumado sobre valores que mantenía bajo su custodia en calidad de Juez Promiscuo Municipal de Borbur.

Se han agotado los trámites en esta Corporación, donde, por auto del 11 de marzo del año en curso, se ordenó fijar el asunto en lista y dar traslado al Ministerio Público, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 35 del decreto 1358 de 1964.

El apoderado del sindicado alegó para pedir se confirme la decisión del Tribunal, y la apoderada de la parte civil, en escrito del 30 de marzo pasado pide la revocatoria, con distintos argumentos pero especialmente con los que dieron base al Magistrado disidente.

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal solicitó, por su parte, confirmar la providencia recurrida, con razones cuyo contenido se extractará después.

Los hechos procesales

En las horas de la tarde del 10 de julio de 1970, el Inspector de Policía de Peñas Blancas entregó a Alfonso Rodríguez González, Secretario del Juzgado Promiscuo Municipal de Borbur, la suma de ciento treinta y un mil quinientos ochenta y tres pesos, juntamente con otros objetos que se encontraron al levantar el cadáver de Gerardo Castillo Martín, muerto violentamente en un paraje cercano. Tales valores fueron puestos bajo custodia del juez Luis Alfredo Sánchez Coca, quien los guardó en una de las gavetas de su escritorio, una vez

levantada el acta de recibo, y allí permanecieron hasta el día 16 del mismo mes en que notó su desaparecimiento, hecho que se apresuró a denunciar ante el Alcalde del Distrito.

El funcionario denunciante relató que durante el 14 y el 15 de julio practicó con su secretario una inspección en Peñas Blancas, habiendo regresado en la tarde del día 15, pero sin entrar al despacho. Solo el 16, en asocio del secretario Alfonso Rodríguez, notó que la cerradura de la puerta del Juzgado estaba sin seguro, abiertos los cajones de su escritorio y del archivador, papeles en desorden y, especialmente, la falta del dinero y de una pistola 'Bernardelly', que se guardaba en el mismo lugar como elemento de otro proceso.

Abierta la investigación el mismo 16 de julio el Alcalde practicó algunas diligencias y pasó luego el proceso al Juez Segundo de Instrucción Criminal, funcionario que dictó auto de detención contra el juez Sánchez Coca y contra el secretario Rodríguez González, como presuntos responsables de un delito contra la propiedad. Inmediatamente envió el expediente al Tribunal de Tunja, donde se entró a estudiar el memorial del apoderado de Sánchez Coca en que pidió la revocatoria del auto de detención. El Tribunal la concedió en la providencia que se revisa, fundándose en que dos testigos, Humberto Celis y Jesús María Bohórquez, llamados por el juez Sánchez Coca, declararon que habían encontrado huellas en las cerraduras y los cajones del escritorio, antes de la indagación que hicieran los agentes del DAS. Estima la Sala que los informes de estos y los del F-2, "son francamente sospechosos y no puede dárseles el valor de plena prueba por cuanto que no tienen como fundamento sus propias percepciones, sino que los han respaldado en datos que ellos mismos dicen les fueron suministrados por personas cuyos nombres ocultan inexplicablemente".

El aspecto central del problema lo enfoca así el Tribunal:

"Bien es cierto que el Juez sindicado cometió la falta de mantener en su Despacho la gruesa suma de dinero que le fue entregada el 10 de julio, en vez de haberla depositado en la oficina bancaria más próxima, en una Recaudación de Impuestos Nacionales o en la Tesorería Municipal, tal como lo ordenan el decreto 1111 de 1940 y demás normas que regulan la materia, pero también resulta evidente que esa sola circunstancia, constitutiva de negligencia de su parte, no puede estructurar el delito de Peculado mientras no se demuestre adecuadamente haberse apropiado del dinero y demás elementos referenciados o que hubiera hecho cualquiera uso indebido de los mismos. La conducta del juez Sánchez Coca puede constituir apenas culpa merecedora de sanción disciplinaria, mas no puede tenérsele como indicio grave sobre la comisión de cualquier delito atribuible al mismo y, por consiguiente, al tomar el Juez Instructor este hecho como uno de los fundamentos más sólidos para edificar el auto de detención, incurrió en un grave error jurídico".

El concepto del Procurador

El Agente del Ministerio Público sostiene la providencia recurrida diciendo que las evidencias examinadas por el Instructor para detener no tienen mérito ninguno. Tales evidencias son: poseer el acusado llaves de la puerta principal del inmueble en donde funcionan la Alcaldía del Distrito, la Beneficencia y el Juzgado; no haber encontrado los agentes del DAS huellas de violencia en las puertas de entrada al despacho del juez ni en el mueble en que guardaba el dinero; y no haber depositado éste en un sitio que ofreciera seguridad.

Son invalidas estas aseveraciones, a juicio del Procurador, porque también poseían llaves el Alcalde y el Personero; porque la no consignación del dinero en una entidad bancaria, en el tiempo comprendido entre el 10 y el 15 de julio, es cargo que se desvirtúa con las explicaciones del funcionario, hasta ahora no desmentidas, principalmente teniendo en cuenta que en Borbur no existía oficina de la Caja Agraria ni de la Administración de Impuestos Nacionales.

La pugna entre los datos de los agentes del Departamento Administrativo de Seguridad, según los cuales no encontraron

huella alguna de violencia, y los testimonios de José María Bohórquez y Humberto Celis, que dicen lo contrario, puede resolverse en favor de la versión de éstos, pues el instructor se trasladó con Bohórquez a la edificación y comprobó "rastros susceptibles de demostración técnica". En estas condiciones, observa, "forzoso es concluir que este cargo no es definitivo, no es plena prueba por estos hoy contravertido (sic) por otros elementos de juicio del informativo".

Destaca el Procurador las declaraciones de Pedro Agustín García, Miguel Antonio Suárez y Norberto Gil, que confirmaron el testimonio del Personero de Borbur, en la parte en que afirmó "haber encontrado la puerta del Despacho del Juez Sánchez abierta el jueves 16 de julio a las 6 de la mañana, no obstante que el funcionario estaba ausente de Borbur desde el 14 en las primeras horas". No existe, pues, "declaración testimonial, indicio vehemente, confesión, etc., capaz de desvirtuar la presunción de inocencia del acusado Sánchez. Al contrario, en la actuación enviada a la Corte existen declaraciones de buena conducta a su favor, larga trayectoria judicial sin observación alguna y lo que es más importante, se presentó voluntariamente ante el Tribunal Superior de Tunja para que se hiciera efectiva la orden de detención".

Se considera

El indicio grave de la legislación procesal vigente, exigido también por el artículo 439 del Código que entra a regir el primero de julio próximo (decreto 409 de 1971), como una de las condiciones para detener precautelativamente al sindicado, lo mismo que los indicios graves (número plural) de que tratan los artículos 429 de la ley 94 de 1938 y 481 del nuevo estatuto, para dictar auto de proceder, no son solo objetos de prueba, sino medios probatorios con naturaleza y valoración específicos, tal como lo quiere el sistema colombiano, que en esta cuestión se aparta de otros sistemas. Pero no podía definir lo que se entiende por gravedad del indicio, ya que esta es tarea del intérprete frente al caso en estudio y porque de otra manera habría caído en un casuismo necesariamente incompleto dada la multiplicidad de inferencias que conducen a la posibilidad de los hechos, o a su probabilidad y certeza.

El indicio es grave cuando entre el hecho que se conoce (indicante, indicador o causal) y el hecho que se quiere conocer (consecuencial o indicado), referente al delito o a la responsabilidad del agente, media un nexo probable, creado por la dependencia inmediata con el fenómeno principal, o por una cadena causal fuertemente acentuada, o por la exterioridad reveladora de su composición. Probable es lo que puede ocurrir fácilmente, pues se funda en razones serias y estables, a diferencia de lo posible, que puede tomar forma o no, ejecutarse o confinarse a un simple proyecto. El juicio de probabilidad depende, pues, del grado en que puedan sucederse racionalmete los actos y los acontecimientos. Por vía de enunciación dícese que son indicios graves: las manifestaciones serias e inequívocas previas al delito, evidenciadas, por ejemplo, cuando la víctima de un ultraje anuncia explícitamente vengarse del ofensor y al poco tiempo aparece apuñaleado el cadáver de éste; la propiedad del arma homicida; el encuentro de la persona secuestrada en casa o local del imputado, o bajo su vigilancia coactiva; la tenencia de objetos con que se haya cometido el delito o que provengan de su ejecución; la ocultación deliberada del sujeto (no por mera ignorancia ni por casualidad), mediante la fuga o con cualquier otro ardid; borrar las huellas del delito, como cuando se lavan prendas ensangrentadas del muerto o se esconden las cosas sustraídas a otro; el ofrecimiento de indemnizaciones a las víctimas o a sus familiares; el intento de corrupción, mediante soborno o cohecho, de los funcionarios que investigan o intervienen en el proceso; la súbita prosperidad económica sin motivo que la justifique, ostensible en la adquisición de objetos inalcanzados antes, respecto del peculado, infracciones contra la propiedad y otras afines; la presencia inmediata en el lugar del delito con anterioridad a su comisión, o al tiempo de ejecutarse, o poco después, máxi-

me cuando se destruyen bienes vinculados a la infracción o que la materializan; el hallazgo en poder del sindicado de las cosas sustraídas. En los anteriores ejemplos, la probabilidad de la inferencia está representada por la compenetración objetiva entre el conocimiento y la forma como se desenvuelven los datos reales y será tanto más aproximativa a la evidencia cuantas menos posibilidades distintas resulten.

El indicio en general, y el indicio grave en particular, no consisten, pues, como admitió una jurisprudencia del 17 de febrero de 1958 (G. J. Tomo LXXXVII, pág. 211), en "una prueba excelente por su origen y también porque su apreciación es subjetiva, individual, encargada a la sagacidad y a la inteligencia, facultades humanas tan variables como distintas sean las capacidades de razonamiento de cada uno y como diversas las rutas que se sigan para sacar las conclusiones", sino en la naturaleza extrínseca de todo medio de prueba que, para tenerse como tal, debe estar fundada en exterioridades apreciables por los entendimientos medianos. En otros términos, el indicio no comporta una subjetividad del intérprete, sino una situación concreta de donde se deduce otra situación concreta por un proceso lógico o de enfoque mental. La misma lógica indica que los pensamientos surgen de la realidad y vuelven a ella para entenderla y transformarla. Los indicios no se agravan porque los capte una inteligencia superior o una sagacidad extraordinaria, ni se convierten en leves o en levísimos porque sean deficientemente comprendidos. Los indicios son hechos de los cuales se infiere la producción de otros hechos. Y los hechos son pura objetividad, existencias, independientes de las ideaciones, los quereres y las ilusiones. Exponen su faz a la mirada de todos y demuestran su presencia mientras ésta dura. Si las apreciaciones de los mismos fueran subjetivas e individuales, no podrían someterse a otras individualidades jerárquicamente encargadas de revisarlas. Los juicios lógicos se puntualizan, examinan, reproducen y hasta se sintetizan, con validez común, porque si así no fuera el proceso penal se convertiría en una peligrosa encrucijada y el derecho de defensa quedaría circunscrito a límites tan inestables como las distintas capacidades del juzgador. La libre valoración de la prueba no puede conducir a tan sutiles extremos sin malograr la afortunada prestancia de sus aportes. En este sentido habrá de aclararse la jurisprudencia citada, como se hace por la presente.

Los propios indicios llamados morales, no adquieren su denominación por la circunstancia de pertenecer a esta esfera, sino porque se refieren a condiciones personales del infractor, a sus relaciones con otros, a los antecedentes, a los motivos condicionantes del delito y, en general, a la capacidad que el agente tenga para atropellar el derecho ajeno tutelado en la norma. No es muy exacto, pues, el nombre, porque indispensablemente provienen de hechos y crean otros hechos. De dos sujetos que estuvieron en el local donde se cometió un homicidio, la lógica, derivada de los antecedentes humanos fundados sobre realidades, permite atribuir la autoría al de mala vida y no a la persona correcta, mayormente si aquel ha estado comprometido en otros asesinatos anteriores. La fama execrable, los hábitos deshonrosos, la actividad desplegada sin escrúpulos, no son imaginaciones caprichosas, sino fruto de conductas desarregladas que se aprecian comúnmente en determinado circuito social. Y no habrá de ejercer influencia alguna estas condiciones si no se acreditan debidamente.

El indicio que consiste en la "oportunidad para delinquir", no implica una formación puramente psicológica que conduzca a deducciones de la misma índole. Conformado sobre el antiquísimo refrán de que "la ocasión hace al ladrón", resume una serie de inferencias objetivas relacionadas con la actuación del imputado y sus múltiples relaciones reales, que le facilitan, mejor que a otros, la comisión del delito. El depositario de bienes de cualquier clase y a cualquier título puede apoderarse de ellos con más expedición que el extraño. La gravedad del indicio está encarecida por el corto vínculo entre el hecho conocido (depósito) y la responsabilidad por la apropiación ilícita. Pero es claro que pueden darse otras

inferencias, por ejemplo, la de que una tercera persona poseía la llave del local, o de que la vieron entrar a él antes de la pérdida. Por eso el indicio de la oportunidad para delinquir es, de ordinario, grave, lo cual no significa que sea definitivo ni necesario.

En el caso de autos no cabe duda de que la guarda del dinero implicaba obligaciones perentorias, como la de buscar, o al menos intentar hacerlo, el depósito inmediato en cualquier lugar seguro, o trasladarse a un centro distinto en el caso de que en Borbur no fuera posible la conservación puntual de los valores. Tuvo el funcionario un término de cinco días para cumplir este deber imperiosamente establecido por el decreto 1111 de 1940, y no lo hizo, de donde se desprende nítidamente el indicio grave de la oportunidad para delinquir, examinado anteriormente, considerablemente relievado por la cuantiosa suma de dinero entregado por la Policía. No aparecen gestiones del juez para poner a salvo ese valor sino todo lo contrario una omisión desplegada en un tiempo largo como el que medió entre el recibo, comprobado inclusive con su confesión, y el desaparecimiento.

Cualquiera que sea la índole de los hechos, los datos aportados hasta ahora, unidos a las funciones que ejercía Sánchez Coca, revelan un delito contra la Administración Pública, sin que aparezca desvirtuado el indicio en examen. Más aún, contrariamente a lo que observa el Agente del Ministerio Público, hay constancias en los folios 20 y 21, según las cuales en el grupo del laboratorio de identificación del Departamento Administrativo de Seguridad, aparece Luis Alfredo Sánchez Coca con una orden de captura por peculado, expedida por la Contraloría General de la República, Sección de Visitadores de Instrucción.

La prueba de que se viene hablando constituye, por consiguiente, un indicio grave de responsabilidad para los efectos del auto de detención. La providencia recurrida habrá de ser revocada.

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, REVOCA el auto apelado y en consecuencia ordena la detención preventiva del procesado Luis Alfredo Sánchez Coca por el delito de que se ha hecho mérito en la parte motiva de la presente providencia.

El Tribunal de instancia adoptará las medidas conducentes a la efectividad de esta decisión.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

José María Velasco Guerrero, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta.

J. Evencio Posada V., Secretario.

ADMISION DE LA DEMANDA DE PARTE CIVIL.

La admisión de la demanda de parte civil corresponde hacerla al Juzgado del conocimiento. El Juez de Instrucción puede admitirla cuando el Juez Competente aun no ha conocido del proceso. No se puede comisionar para tal actuación procesal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, mayo 29 de 1971.

(Magistrado Ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto).

(Aprobado: Acta número 17 de mayo 24 de 1971).

Vistos

El Procurador Primero Delegado en lo Penal interpuso, oportunamente, recurso de reposición contra el auto de 2 de abril del año en curso, por medio del cual la Corte declaró nulos los autos de 30 de noviembre y de 9 de diciembre del año pasado y ordenó devolver el proceso al Tribunal Superior de Barranquilla para que se pronuncie sobre la demanda de constitución de parte civil.

Considera el Procurador que el acto jurisdiccional por medio del cual se acepta la constitución en parte civil no se relaciona directamente con el juzgamiento sino que simplemente se limita a reconocer la calidad de perjudicado para efecto de los correspondientes derechos y que no es, por lo tanto, necesario que tal cosa se haga por el Juez competente para conocer de la acción penal ya que, en su concepto, no puede equipararse tal actuación del Juez Penal con la del civil, campo en el que la admisión de la demanda sí debe hacerse por el Juez competente.

No teniendo esa implicación en el penal, puede hacerse tal admisión por cualquier funcionario en cualquier estado del proceso como dice el art. 113 del Código de Procedimiento Penal y también es posible comisionar para eso porque la norma que establece la facultad de hacerlo (art. 2º del Decreto 2267 de 1969), no contiene restricción alguna.

Por todo lo cual considera que era posible que el Tribunal de Barranquilla comisionara al Juez Segundo de Instrucción Criminal para que resolviera lo procedente acerca de la demanda de constitución de parte civil presentada, ante el primero, por el doctor Jorge Asaf y pide, en consecuencia, que se revoque el auto recurrido para que se confirme la providencia de dicho Juez apelada por el profesional que se menciona.

Consideraciones de la Corte

Existen en el proceso dos situaciones que pueden considerarse como determinantes de la resolución de la Corte: una de ellas, mencionada en el auto recurrido, es la actuación en el proceso, del Juez competente, en este caso, el Tribunal Superior de Barranquilla. La otra, que no se menciona en esa providencia, pero que es necesario hacerlo en la presente, es la de que el funcionario denunciado disfruta de fuero para su juzgamiento en el sentido de que este solo puede llevarse a cabo por el Tribunal Superior de acuerdo con lo dispuesto por el ordinal b) del art. 1º de la ley 19 de 1969.

Por lo que respecta a la primera, es necesario advertir que si bien el Código de Procedimiento Penal establece, en su art. 113, que "la constitución de parte civil podrá intentarse en cualquier estado del proceso", ello no quiere decir que sobre la solicitud respectiva puede resolver el funcionario que, en el momento de hacerla, está actuando en él.

Porque también el artículo 153 del mismo ordenamiento dispone que "en cualquier estado del proceso" se podrá dictar la providencia de que allí se trata y eso no significa que esté facultado para hacerlo el funcionario que en ese momento tenga el proceso en sus manos sino que debe hacerlo, y así lo ha entendido la doctrina, de modo unánime, el Juez competente.

Otro tanto ocurre con la admisión de la demanda de parte civil, que solo puede hacerla el Juez competente, como lo manifestó la Corte en el auto recurrido, empleando la expresión "juez" que es la misma usada por el legislador en los arts. 118, 119. 120, 128, etc.

Lo que no quiere decir que deba tratarse necesariamente del funcionario a quien el ordenamiento citado atribuye la facultad de juzgar, en definitiva, sobre el proceso.

Puede ser también competente para decidir sobre la admisión de la demanda de parte civil el que está instruyendo el proceso, pero solo en aquellos casos en que su competencia viene directamente de la ley, es decir cuando del proceso aún no ha conocido el Juez que ésta señala para tomar las decisiones de fondo.

Es competente, por ejemplo, para resolver sobre la admisión de esa demanda un Juez de Instrucción que esté investigando un homicidio pero cuando él ha iniciado la investigación y ésta no ha pasado aún al Juez Superior. Si ya esto ha sucedido, la decisión sobre parte civil solo puede tomarla éste último, sin que sea posible que comisione para tal efecto.

Porque la facultad de resolver sobre la admisión de parte civil es de aquellas que la Corte llamó, en el auto recurrido, una manifestación primaria de la potestad estatal de administrar justicia, y no puede, por lo tanto, ser delegada.

En el caso de autos, el Tribunal Superior de Barranquilla aprehendió desde un principio el conocimiento del proceso, dictando el auto cabeza del mismo y luego comisionó a un Juez de Instrucción para la práctica de las diligencias allí ordenadas.

La competencia de este último, no es, por lo tanto, primaria, es decir, no proviene directamente de la ley, sino delegada, o sea, transmitida por aquel que ha sido señalado en ésta para juzgar en el fondo, en este caso, al Tribunal Superior de Barranquilla. Es, entonces, a éste al que corresponde, en forma exclusiva, decidir sobre si se admite o no la parte civil, sin que pueda desprenderse de esa potestad para que la ejerza, por comisión, otro funcionario.

El funcionario comisionado no podía adquirir competencia para resolver sobre la admisión de la parte civil, y al pronunciarse al respecto incurrió en nulidad por incompetencia de la jurisdicción.

Por lo que hace a la segunda circunstancia invocada, o sea el fuero que ampara al Juez denunciado, más perentoria resulta la afirmación hecha por la Sala en el auto recurrido, de que los actos que constituyen una manifestación primaria de la potestad estatal deben ser dictados por el Juez competente.

El fuero para el juzgamiento de altos funcionarios y de miembros de la rama jurisdiccional tiene, al decir de Alcalá Zamora y Levene "una doble finalidad de justicia: poner a los enjuiciables amparados por el privilegio a cubierto de persecuciones deducidas a la ligera o impulsadas por móviles bastardos, y, a la par, rodear de especiales garantías su juzgamiento, para protegerlo contra las presiones que los supuestos responsables pudiesen ejercer sobre los órganos jurisdiccionales ordinarios. No se trata,

pues, de un privilegio odioso, sino de una elemental precaución para amparar a un tiempo al justiciable y a la justicia".

De ahí por qué, añade la Sala, el fuero obliga a que las decisiones fundamentales para los fines del proceso deban ser tomadas por el funcionario a quien la ley ha señalado como juzgador, en razón de la calidad del acusado, y que si esa función se delega en otros de inferior categoría, se contrarían las razones que ha para amparar a aquel con el fuero porque se está sacando el juzgamiento de manos de quienes la ley considera que ofrecen mayores garantías tanto para el acusado como para la justicia.

La aceptación o rechazo de la demanda de constitución de parte civil en el proceso que se sigue contra un Juez Municipal y en el que es Juez competente, por razón del fuero que ampara a este funcionario, el Tribunal Superior del respectivo Distrito Judicial, es una de esas decisiones que, por las razones ya expuestas, deben ser tomadas directamente por esta entidad, sin que le sea dable delegar para que un funcionario inferior resuelva lo pertinente.

En casos como el presente, la comisión solo es permitida por la ley, respecto a actuaciones relacionadas con la práctica de pruebas, para diligencias de notificación y, en general, para las que no implican decisiones jurisdiccionales de fondo.

Por estas razones la Sala estima que no estaba facultado el Tribunal para delegar en el Juez Segundo de Instrucción Criminal la potestad de resolver sobre la admisión o no de la demanda de parte civil y que, por lo tanto, el Juez comisionado carecía de competencia para decidir sobre el particular, incurriendo, al hacerlo, en la causal de nulidad contemplada en el numeral 1º del artículo 37 del Decreto 1358 de 1964.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO REPONE la providencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

José María Velasco Guerrero, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta.

J. Evencio Posada V., Secretario.

GIRO DE CHEQUES SIN PROVISION DE FONDOS

Es competente para conocer de este delito el Juez del lugar en que se emitió, entregó o transfirió el instrumento. Por tratarse de un delito pluriofensivo que afecta varios bienes jurídicos, innominado, especial y "sui generis" la competencia radica en el Juez Penal del Circuito, cualquiera que sea su cuantía

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, junio cinco de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto).

(Aprobado: Acta número 19 de junio 4 de 1971).

Vistos

Procede la Corte a dirimir la colisión de competencias negativa suscitada entre el Juez 1º Penal Municipal de Ibagué y el 36 Penal Municipal de Bogotá, sobre el conocimiento del presunto ilícito de giro de cheques sin provisión de fondos que Eduardo Afanador Salomón atribuye, en su denuncia, a Gabriel Uribe y Miguel García.

Hechos y actuación procesal

Ante el despacho del Juzgado 2º Penal Municipal de Ibagué presentó Eduardo Afanador Salomón, el día 1º de marzo del año en curso, denuncia penal contra Gabriel Uribe y Miguel García quienes, en nombre de la empresa "Capitalizadora Caldas" firmaron un cheque, sobre el Banco Industrial Colombiano de Ibagué, por la suma de siete mil seiscientos ochenta y cinco pesos ($ 7.685.00) por medio del cual liquidaban una póliza que el denunciante había tomado a dicha compañía sobre la que alcanzó a pagar la suma de $ 8.100.00.

Al presentar dicho instrumento a la oficina bancaria mencionada, dice el denunciante, le fue devuelto con la anotación de "fondos insuficientes".

La denuncia fue repartida y le correspondió conocer de ella al Juzgado 1º Penal Municipal de Ibagué, que por auto de 2 de marzo, abrió la correspondiente investigación, pero que, sin haber practicado ninguna diligencia, ordenó, el 9 del mes citado, enviarla a los Juzgados de Bogotá, por competencia.

En esta ciudad le correspondió al Juez 36 Penal Municipal, quien, por auto de 13 de abril, manifestó que no era competente para conocer del asunto sino que éste le correspondía al Juez de Ibagué por ser esta la ciudad en la cual debía hacerse efectivo el cheque que resultó sin fondos suficientes. Para el caso de que el Juez de Ibagué no aceptara esa razón, le provoca colisión negativa de competencia.

A su turno, el ya mencionado Juez de Ibagué, por auto de 6 de mayo, insiste en que es a los jueces de Bogotá, y en particular al 36 Penal Municipal de Bogotá a quienes corresponde conocer del presente proceso porque, según doctrina de la Corte, que rectifica la citada por el Juez 36, es en el lugar en que se expide el cheque que después no se paga por una de las razones mencionadas en el artículo 1º del Decreto 1135

de 1970 donde se perfecciona el ilícito en referencia. Por eso no acepta ser el competente y ordena remitir las diligencias a esta Corporación.

Consideraciones de la Corte

Tiene razón el Juez Primero Penal Municipal de Ibagué al sostener que no es competente para conocer del presente proceso porque el presunto delito de giro de cheque con fondos insuficientes sobre que versa el presente proceso, fue cometido en Bogotá.

En efecto, el Decreto 1135 de 1970, dice en su artículo 1º que "incurrirá en prisión de uno a tres años, quien emita o a sabiendas transfiera a cualquier título, cheque que el girado no pague por una de las siguientes causas. 1. Falta o insuficiencia de fondos...".

Esta es una disposición penal que contiene dos conductas alternativas con diversos resultados, cada uno de los cuales consuma el delito. Esas conductas están descritas por los verbos "emitir" o "transferir" referidas al instrumento negociable denominado cheque, que constituye el objeto material del delito, y, según algunos, su objeto jurídico.

La primera de esas conductas, que es la que interesa en el caso presente, consiste en emitir un cheque, o sea en que una persona denominada girador, entrega a otra, ordinariamente el beneficiario, un instrumento negociable con todas las características formales y esenciales de un cheque.

En sentencia de Sala Plena, fechada a 9 de marzo del año en curso, la Corte fijó los elementos fundamentales del cheque, diciendo que este instrumento debe reunir los siguientes "requisitos mínimos": a) que se trate de una orden incondicional de pagar; b) que conste por escrito; c) que sea hecho por una persona a favor de sí misma, o de otra, o de esta o a su orden o al portador; d) que esté firmado por el girador; e) que el objeto de la orden de pago sea una cantidad cierta de dinero".

En esa misma providencia la Corte observa que no son requisitos esenciales del cheque ni la fecha ni la provisión de fondos, pero esto último solo desde el punto de vista comercial pues que por el aspecto penal "es incuestionable que el girador debe tener depósito suficiente al momento de la presentación para el pago".

Por lo que hace al lugar de la emisión, puede decirse que no es esencial aunque sí conveniente para los fines comerciales, que conste en el cheque, pero que sí es fundamental, a efecto de determinar la competencia, para lo relativo al campo penal y si no aparece tal mención en el instrumento mismo, debe establecerse por cualesquiera medios de prueba.

Ese lugar no puede ser otro que aquel en que se entrega el cheque, es decir, en que se da a la circulación.

Y lo es, con mayor razón, a los fines penales porque es en ese momento cuando se ponen en peligro la circulación del instrumento, su carácter de medio de pago y los intereses patrimoniales de los particulares que sean o lleguen a ser beneficiarios o tenedores del mismo.

La redacción de la norma que se viene examinando contiene dos verbos, núcleo de la disposición, que son "emitir" o sea escribir el cheque, consignando todos los elementos de que se ha hecho mención, y entregarlo a otra persona, y "transferir" el instrumento.

Es verdad que la disposición mencionada, agrega otra expresión: "cheque que el girado no pague". Y hace luego la enumeración de las causas de no pago, entre las cuales se cuenta, en primer término, la de "falta o insuficiencia de fondos".

Pudiera pensarse, en vista de la forma como está redactado el artículo, que el delito en cuestión solo se perfecciona en el lugar de presentación del instrumento y cuando éste no es pagado por cualquiera de las causas que indica la norma. Sin embargo, la Corte considera que el ilícito de emisión o

transferencia de cheques sin provisión de fondos, se cometa en el lugar en que se gira o transfiere el instrumento y que el no pago, es solo un elemento secundario del tipo, una de las llamadas "condiciones constitutivas del hecho".

De los verbos usados en la disposición que se viene comentando los primordiales son "emitir" o "transferir" y de acuerdo con ellos hay que señalar el lugar en donde se cometió el hecho porque caracterizan la acción delictuosa. Por lo tanto la competencia territorial corresponde al Juez en cuya jurisdicción se entregó o transfirió el cheque.

Por lo que hace a la naturaleza del delito, que es el otro elemento necesario para fijar, en este caso, la competencia, se tiene que el giro de cheques sin provisión de fondos, etc., es un ilícito innominado, de carácter especial.

En otras legislaciones se le considera como una estafa o como una defraudación, pero en la nuestra no se le ha dado calificación jurídica.

En efecto, aun cuando la norma que se viene mencionando no contenga la expresión que consignaba la ley 8ª de 1925 (art. 3º) de que, en los casos en que no constituye estafa, se sancionaría de la manera allí dispuesta el giro de cheques sin provisión de fondos o sin autorización del girado, ni apareciera, tampoco, esa expresión, en el Decreto 1669 de 1964 (art. 16) la doctrina ha sostenido, de manera constante, que las dos hipótesis (giro de cheques sin provisión de fondos y estafa) se excluyen porque en el giro de cheques, si bien puede haber un engaño, este viene con posterioridad a la percepción del lucro, es decir, no hay una relación de causa a efecto entre el giro del cheque y la ganancia ilícita que, se repite, es anterior a esa conducta.

En cambio, cuando el cheque sin fondos es un medio de engaño o un artificio para obtener un provecho ilícito con daño ajeno, se tiene mal delito de estafa. En consecuencia, se repite, ambas hipótesis se excluyen.

Tampoco se trata de una falsedad documental porque el cheque sin fondos es un documento auténtico, que no contiene una falsedad porque aun cuando se exige, a los efectos penales, provisión de fondos, al tiempo de la presentación para el cobro el dar a un banco una orden de pagar una determinada suma de dinero no es una alteración de la verdad porque no se afirma en el documento la existencia de los fondos para el pago.

Pero no puede negarse que el giro del cheque en las condiciones que enumera el artículo 1º del Decreto 1135 de 1970, lesiona la confianza que la sociedad tiene en estos documentos a los que considera, como dice la Corte, medios de pago. La misma lesión, si bien en un ámbito más reducido, que se causa a la fe pública con la falsificación de moneda.

También puede afirmarse que hay un daño al patrimonio, pues el beneficiario de un cheque que no puede cobrarlo por falta de fondos, etc., ve vulnerado ese derecho, razón que ha llevado a otras legislaciones a clasificar este ilícito entre los que lesionan la propiedad.

Quiere lo anterior decir que se trata de un delito pluriofensivo porque afecta varios bienes jurídicos pero no se encuentra clasificado entre las denominaciones del Código Penal, es decir, se trata de un ilícito, como atrás se dijo, innominado, especial, "sui-generis".

La competencia para su conocimiento se atribuyó, por el artículo 4º del Decreto 1135 de 1970 a los jueces penales o promiscuos municipales o del circuito, según la cuantía. Pero esa disposición fue, junto con otras del mismo decreto, declarada inexequible por sentencia de la Corte fechada el 9 de marzo del año en curso

No se ha dictado, con posterioridad a esa fecha, norma legal que fije de nuevo, de manera específica, la competencia para el conocimiento de esos ilícitos, lo que quiere decir que hay que estar a lo dispuesto por el artículo 4º de la ley 16 de 1968 que dice:

"Los jueces del circuito en lo penal conocen: 1. De la primera instancia en las causas por infracciones penales, cuyo conocimiento no esté atribuído a otra autoridad".

O sea, en conclusión, que el conocimiento del delito especial innominado de giro de cheques en las circunstancias que menciona el artículo 1º del Decreto 1135 de 1970, corresponde al Juez Penal o Promiscuo del Circuito del lugar en que se emitió o transfirió el cheque.

En el caso de autos, esto último ocurrió en Bogotá, o sea que es al Juez Penal del Circuito (reparto) de esta ciudad a quien corresponde el conocimiento del presente proceso.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DIRIME la colisión de competencia negativa planteada, en el sentido de declarar que el conocimiento del presente proceso corresponde al Juez Penal del Circuito (Reparto) de Bogotá, a quien le será enviado, previa noticia de lo aquí resuelto a los Jueces Penales Municipales Primero de Ibagué y Treinta y Seis de Bogotá.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

José María Velasco Guerrero, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta.

J. Evencio Posada V., Secretario.

NULIDAD.

Los jurados principales y suplentes tienen la misma categoría de acuerdo con la ley. En consecuencia el hecho de no notificar o reemplazar un jurado principal para el acto de la audiencia pública no produce nulidad de ninguna naturaleza.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, junio siete de mil novecientos setenta y úno.

(Magistrado Ponente: Doctor Luis Carlos Pérez).

(Aprobado: Acta número 19 de 4 de junio de 1971).

Vistos

Se decide el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada el 16 de octubre de 1970 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en la cual condenó a Eulogio García Gutiérrez a la pena principal de ocho años de presidio por el delito de homicidio cometido en la persona de Luis Antonio Arboleda Quintero.

Este fallo reformó el dictado por el Juez Sexto Superior, que había condenado a García Gutiérrez a seis años, cuatro meses y veinticinco días de presidio, y a las accesorias correspondientes.

El recurso, interpuesto por el defensor, fue admitido el 19 de enero de 1971 y en auto del 1º de abril pasado se declaró la demanda ajustada a las exigencias del artículo 63 del decreto 528 de 1964.

Habiéndose oído al Ministerio Público, se ha agotado la tramitación y procede a estudiarse la impugnación del fallo, previas las consideraciones pertinentes.

I

El proceso

Refieren los autos que en las primeras horas de la noche del domingo 19 de marzo de 1967, Luis Antonio Arboleda, en asocio de algunos amigos, estuvieron en la cantina de Pedro Uribe, localizada en 'La Palma', a un lado de la carretera que va de Medellín a San Jerónimo, lugar donde permanecieron hasta las nueve, saliendo después para sus casas. Cuando se encontraban frente al establecimiento de Uribe, llegó Eulogio García Gutiérrez, armado de cuchillo o machete, con el cual atacó a Arboleda y le produjo una herida en el abdomen, de carácter mortal, pues, aunque el lesionado alcanzó a dar unos pasos, cayó en la vía y sus amigos, haciendo lo posible por llevarlo a Medellín, lo entraron a un vehículo en el cual falleció.

Así lo atestiguan Braulio Carmona y Oscar Carmona Berrío, quienes presenciaron el ataque y señalaron al agresor, agregando que no medió ninguna provocación de la víctima. Por el contrario el acto criminoso fue resultado de tan inesperada espontaneidad, que dejó perplejos a quienes se enteraron de él.

Aunque García Gutiérrez negó inicialmente la autoría material, terminó por aceptarla, pero dando como justificación la legítima defensa ejercida contra el occiso, hipótesis que no encontró asidero en el proceso, como se reconoció en el auto de proce-

der dictado el 19 de septiembre de 1967, confirmado en todas sus partes por el Tribunal de Medellín el 23 de noviembre siguiente.

Saneadas algunas irregularidades procesales, mediante proveído del Tribunal, se ventiló el juicio regularmente y al jurado se le sometio el siguiente cuestionario:

"El acusado Eulogio García Gutiérrez es responsable de haber herido intencionalmente, con el propósito de matar, con arma cortopunzante (cuchillo o machete), a Luis Antonio Arboleda Quintero, a consecuencia de lo cual falleció éste pocos minutos después, hechos ocurridos así: las heridas el domingo 19 de marzo de 1967, entre las 8 y las 9 de la noche, sobre la carretera que de San Jerónimo conduce a Medellín, frente a la cantina de Pedro Uribe, ubicada en el paraje de La Palma, jurisdicción del mismo Municipio, y la muerte cerca del Corregimiento de Palmitas, cuando era conducido a la Policlínica de Medellín? 20 de junio de 1970".

Con base en el veredicto afirmativo de la responsabilidad, el Juzgado dictó el fallo condenatorio, modificado por el Tribunal en la forma de que se ha dado cuenta.

II

La demanda

Invoca ésta, como causal única, la descrita en el numeral 4º del artículo 56 del decreto 528 de 1964, que dice: "Cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad".

La nulidad planteada consiste en haber dejado de notificar a uno de los tres jurados principales, Rodrigo Arias Urrea, el auto que señaló día y hora para celebrar la audiencia pública, dictado el 12 de junio de 1970, omisión determinante de que dicho jurado no hubiera concurrido y de que se le hubiera nombrado reemplazo: "El reemplazo fue ilegal, porque para que esto pueda hacerse válidamente es menester que el jurado principal que se sustituye esté personalmente notificado no solo de su designación, sino también de la fecha en que se hará la audiencia, para que concurra".

Concluye el libelo diciendo que con ese procedimiento se violó el artículo 26 del decreto 1358 de 1964 y que los jueces de conciencia que declararon responsable a Eulogio García, se integraron ilegítimamente, desconociéndose así el artículo 26 de la Carta, pues la correcta designación de los jurados, así como su reemplazo, hacen parte de las formas propias del juicio.

En consecuencia, la demanda pide "declarar nulo lo actuado en el presente proceso, a partir, incluso, del auto del 9 de mayo de 1970 visible al folio 286, para que se rehaga la actuación a partir de esa oportunidad, con observancia de las formas propias del juicio". También pide, como fórmula subsidiaria, "declarar válida la totalidad de la actuación cumplida por el Juzgado Segundo Superior de Santa Fe de Antioquia, incluyendo la audiencia pública".

III

La voz del Ministerio Público

El procurador Segundo Delegado en lo Penal no acepta la impugnación y pide a la Corte no invalidar el fallo recurrido, basándose en las razones que en seguida se extractan:

Primera. El sorteo de los seis jurados (principales y suplentes) y las actuaciones del Juzgado no merecen ninguna objeción porque se ajustaron estrictamente a la ley, toda vez que se dio cumplimiento, para el reemplazo de uno de los primeramente designados, al artículo 517 del Código de Procedimiento Penal. Por auto del 12 de junio de 1970 se señaló fecha para la audiencia pública y se notificó a los jueces de hecho, sin que se cumpliera la notificación respecto de Rodrigo Arias por encontrarse fuera del país, por lo que tampoco concurrió a la audiencia, acto en que intervino el suplente Mario López, llamado de conformidad con el artículo 27 del referido decreto 1358 de 1964.

Segunda. "El sistema del Código de Procedimiento Penal exigía sorteos parciales cada vez que los jurados escogidos estaban

en la imposibilidad de concurrir a la audiencia pública por la muy sencilla razón de que la ausencia de uno implicaba la desintegración del tribunal de conciencia.

"La reforma de 1964 dispuso el sorteo de seis jurados, tres principales y tres suplentes, con la obligación de enterar a todos de la designación, entregarles copia del auto de proceder y notificarles el señalamiento de la vista pública (arts. 25 y 26 del decreto 1358 de 1964) pero si para esta última falta alguno o algunos de los principales, serán reemplazados por los suplentes (artículo 27 ibídem).

"Es preciso, entonces, distinguir dos situaciones: la de la integración del jurado y la de la concurrencia a la audiencia de los sorteados.

"En cuanto a la primera, conforme a las normas vigentes es preciso efectuar sorteos parciales hasta obtener los seis jurados (arts. 510, 511, 513 y 517 del C. de P. P.).

"En cuanto a la segunda, deberá notificarse a los jurados el señalamiento de fecha para el acto público pero entiende este Despacho que si no es posible localizar y enterar a uno o varios de los principales, la expectativa de los suplentes se transforma en realidad pues sustituyen a los principales que no se presenten en la fecha en la cual se inicia la audiencia pública. Aquí la razón para que la ley obligue a todos concurrir a ese acto (arts. 26 y 27 ibídem).

"Interpretar en otra forma las citadas disposiciones significaría que, de todas maneras y en todas las ocasiones deben intervenir los jurados principales, sistema del C. de P. P., y que la institución del suplente carece de significación jurídica".

Tercera. La nulidad invocada no está contemplada por el artículo 38 del mismo decreto, que sustituyó el 199 del Código de Procedimiento Penal, de manera que no puede hacerse ninguna declaración en este sentido, como lo ha admitido la Corte, entre otros fallos en el del 13 de diciembre de 1968 (casación de José Dolores Ortiz).

Cuarta. Para invalidar un fallo por violación del artículo 26 de la Carta deben existir motivos de trascendencia respecto del quebrantamiento del derecho de defensa o de la recta administración de justicia. "En el presente asunto ni siquiera se hace alusión a menoscabo del derecho de defensa y por tanto es lícito concluir que por este aspecto no se sufrió quebranto. Y en cuanto a la pretendida infracción de las normas atinentes al juzgamiento, nada se demostró, pues el actor se limitó a insistir que la intervención del jurado suplente fue irregular pero no comprobó en qué consistió el agravio y cuál la magnitud en el caso de haber existido".

IV

Consideraciones

Como se desprende de los antecedentes relacionados, el único cargo contra el fallo recurrido consiste en que se dictó sobre un juicio viciado de nulidad, y que ésta radica en haber reemplazado indebidamente en el acto de la audiencia al jurado Rodrigo Arias Urrea por el primero de los suplentes inicialmente sorteados.

Se contesta

1º Al folio 286 aparece, original, el acta de sorteo de jurados, en número de seis, tres principales y tres suplentes, celebrado como lo puntualiza el artículo 22 del decreto 1358 de 1964. Uno de los miembros de ese tribunal de conciencia encargado de juzgar a Eulogio García Gutiérrez fue el médico Rodrigo Arias Urrea, quien conjuntamente con todos los demás, se notificó de la designación el 1º de junio de 1970, en cumplimiento del auto dictado por el Juzgado con fecha 30 del mes inmediatamente anterior. Al folio 303 bis hay un memorial del médico Arias Urrea, dirigido al Juez Sexto Superior, en el que le dice: "He sido notificado por escrito del nombramiento como jurado de conciencia para la audiencia pública contra el señor Eulogio García Gutiérrez, próxima a realizarse. Por la presente me permito excusarme de asistir a di-

cho acto, ya que el próximo 5 del presente mes viajo hacia el exterior". Este escrito está fechado el 3 de junio de 1970.

2º Al folio 293 figura el auto dictado el 12 de junio de 1970, en el cual se señaló fecha para la audiencia pública, en desarrollo del artículo 26 del decreto 1358 de 1964, pero, como era natural esperarlo dado el aviso que oportunamente envió Rodrigo Arias Urrea, éste no pudo ser notificado, como lo fueron los restantes miembros del tribunal de conciencia, por encontrarse fuera del país. En estas condiciones, la audiencia se llevó a cabo con dos de los principales y Mario López, en calidad de suplente; así lo dice el acta de folios 294 y siguientes, documento que expresamente hizo constar que los tres miembros habían sido "legalmente elegidos por este despacho conforme al acta que aparece en el expediente".

3º Lo que se propuso el decreto 1358 de 1964, al ordenar la elección de tres jurados principales y tres suplentes, fue que éstos entraran a integrar el tribunal de conciencia, cuando ocurriera la falta de uno o de varios de aquellos, aboliendo la vieja práctica dilatoria de recurrir, en caso de ausencia de uno de los miembros del tribunal popular, al sorteo parcial ordenado por el artículo 517 del Código de Procedimiento. Tanto los principales como los suplentes escogidos en un mismo acto, tienen hoy la misma categoría y la misma función, sin que pueda establecerse diferencias entre ellos, según el artículo 25 del citado decreto, que dispone "tener como jurados a los seis ciudadanos sorteados" y hacerles entrega de una copia del auto de proceder, precisamente para que todos estén en condiciones de intervenir en el juzgamiento, sin llamados especiales o requerimientos de última hora. Desde que se les notifica la designación a los seis miembros todos y cada uno de ellos quedan obligados a concurrir a la audiencia, en el día y hora señalados. Es natural que si para este último efecto cualquiera de los principales no puede estar presente, por cualquier circunstancia de la cual él debe responder ante el juez según el artículo 29 del decreto 1358 de 1964, en relación con el 3º del decreto 242 de 1951, debe ser reemplazado por un suplente en orden numérico. Sería absurdo que si un miembro del jurado muriera o enfermara gravemente en el lapso comprendido entre su elección y la audiencia, ésta no pudiera llevarse a cabo sin el sorteo parcial para reemplazar al impedido. La institución de los suplentes perdería todo valor, fuera de que se les negaría arbitrariamente una intervención que les corresponde desde el momento en que fueron escogidos. No existe, pues, irregularidad en el hecho de que se hubiera integrado el jurado con uno de los suplentes, faltando el principal, aún en el caso de que éste no hubiera alcanzado, por cualquier motivo, a notificarse del auto que señala la fecha para la audiencia.

4º Pero, si se admitiera que este proceder es indebido, no alcanzaría a configurar nulidad del proceso porque no está previsto como tal en el artículo 38 del decreto 1358 de 1964, como lo subraya el Agente del Ministerio Público. Las causas para invalidar el procedimiento son taxativas, lo cual significa que no pueden ser completadas análogamente por el juzgador.

5º Si el reemplazo del jurado Rodrigo Arias Urrea fue legítimo, es decir, si se verificó en cumplimiento del artículo 27 del decreto 1358 de 1964, es claro que mal puede configurarse sobre esa base una nulidad de rango constitucional, fuera de que el actor no ha demostrado, ni siquiera intentado hacerlo, en qué forma se afectó o se violó el derecho de defensa del procesado. La Corte ha dicho en numerosos fallos que una sanción tan grave como es la que autoriza el artículo 26 de la Carta, debe estar precedida de una demostración perfecta respecto de las omisiones o los excesos que colocaron al procesado en situación precaria, de manera que no fuera oído ni vencido en el juicio. Por el contrario el expediente acredita, con plenitud, las actuaciones esmeradas del defensor, como lo reconoce el fallo recurrido, contra el cual 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 contra el fallo de que se ha hecho mérito en la parte motiva de la presente providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

José María Velasco Guerrero, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta.

J. Evencio Posada V., Secretario.

ADECUACION TIPICA DE LA CONDUCTA DENOMINADA COMUNMENTE "RAPONAZO"

Delito de robo, elementos estructurales. — Alcance del término violencia física ejercida sobre las cosas o las personas. — Ausencia en la legislación penal colombiana de un tipo delictivo especial donde se aduce la conducta—denominada comúnmente "raponazo". — Presupuestos Básicos que debe tener en cuenta el juzgador para determinar si el hecho de desposeer al sujeto pasivo de la infracción de las cosas muebles que porta o lleva encima constituyen Robo o Hurto.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, junio catorce de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez).

(Acta número 20 de 1971)

Vistos

Agotado el trámite correspondiente, entra la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto por el Fiscal 5º del Tribunal Superior de Bogotá contra la sentencia de esa Corporación, fechada el 20 de noviembre de 1969, por la cual le fue impuesta al procesado José Ignacio Latorre la pena principal de trece meses de prisión, como responsable del delito de hurto.

Se trata de fallo proferido en segunda instancia por el citado Tribunal, por delito que apareja pena privativa de la libertad, cuyo máximo excede de cinco años (Art. 16 de la ley 16 de 1968).

Hechos

Acoge el recurrente la relación de los hechos que hace el Tribunal Superior de Bogotá, así:

"En su denuncia y ampliación de esta, la señorita Stella Sanabria Céspedes informó a la justicia que a eso de las siete de la noche del día 21 de diciembre de 1968, cuando estaba esperando un bus junto con dos amigas, en la carrera 27 con calle 19 sur, de esta ciudad, en forma sorpresiva le fue arrebatada su cartera por un individuo vestido de ruana, quien transitaba por el lugar haciéndose el desentendido. El mencionado sujeto, quien resultó ser José Ignacio Latorre, emprendió de inmediato veloz carrera, llevándose la cartera de la señorita Sanabria Céspedes, dentro de la cual —indicó la joven— llevaba dinero en cantidad aproximada a los seiscientos pesos, toda vez que en esa fecha le había sido pagada su prima de navidad y el sueldo de la fábrica en donde trabajaba, establecimiento industrial ubicado cerca al sitio en donde ocurrieron los hechos. Por fortuna, la presencia de un radiopatrulla de la Acción Civil del barrio "Restrepo" pasó por el lugar y se pudo obtener la captura del ladrón, quien al percatarse de la presencia de los representantes de la autoridad, debió arrojar la cartera y solamente pudo recuperarse el carnet del Seguro Social y una libreta de apuntes de propiedad de la víctima, objetos que fueron recogidos y entregados a la Policía por un jovencito".

Demanda de casación

Propone el actor los motivos de casación previstos en los ordinales 4º y 1º del artículo 56 del decreto 528 de 1964, pues en su entender el delito cometido es el de robo, y, de consiguiente, la sentencia impugnada fue proferida en un juicio viciado de nulidad (ord. 5º del Art. 37 del Decreto 1358 de 1964; error en la calificación jurídica de los hechos en el auto de proceder) o en el fallo se incurrió en error de derecho, por aplicación indebida del Art. 1º de la Ley 4ª de 1943 (que se ocupa del hurto) siendo pertinente el artículo 2º de ese estatuto (que trata del robo).

Es una sola la argumentación para sustentar los cargos. De ella cabe transcribir lo siguiente:

"La violencia desde el aspecto penal a que se refiere el Art. 2º de la ley 4ª de 1943, es el uso de la fuerza física sobre el objeto directo o indirecto del delito, o bien la coacción ilícitamente ejercida sobre una persona en forma tal que lleve a quitarle o disminuirle su capacidad de querer o de entender. Es decir, el sentido de la fuerza y los efectos allí señalados, deben incidir sobre las cosas, con el fin de vencer las resistencias que bien en forma deliberada y para efectos de su defensa se colocan por el dueño, poseedor o tenedor de ellas o surgen bien de su forma misma, modo de usarlas o portarlas y aun del estilo o modo respectivo y que deben ser vencidas o anuladas por el ladrón en forma violenta para llevar a cabo el apoderamiento propuesto.

"Es por todo lo anterior y abstracción hecha del nombre de la infracción que pueda corresponder en cualquier legislación, por lo que el tratadista italiano Antonio Pecoraro-Albani considera como violencia únicamente 'la violencia física ('Il concetto di violenza nel diritto penale', Dott. A. Giuffre, Editore, Milano, 1963, pg. 38); y G. Maggiore, asimismo tratadista italiano, define la expresión 'arrebatar' como 'quitar con violencia la resistencia de lo que une la cosa a la persona', definición esta que coincide perfectamente con la que del mismo término trae el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia de España y que dice al respecto: 'Arrebatar, Quitar o tomar alguna cosa con violencia y fuerza; 2, Coger o tomar las cosas con precipitación'. Sobra pues advertir y de acuerdo con lo que se está expuesto, que no se busca extranjerizar nuestra legislación, o cosa que se le parezca".

Luego de observar que Fernando Montovani trae la misma opinión, pues expresa que "violencia sobre las cosas es aquella que se agota en la simple eliminación de los obstáculos de éstas", dice el demandante:

"Es, pues, el empleo de medios contrarios en un todo a la forma normal y propia de obrar sobre la cosa lo que constituye la violencia y no la simple acción de separar o apartar a esta del sitio en el cual se encuentra, removiendo por la fuerza los medios naturales o artificiales que a éste la unen o ligan. Así por ejemplo, la forma natural de apartar, separar o quitar un reloj de la muñeca de la persona que lo porta, lo será poniendo en funcionamiento los mecanismos propios de la hebilla respectiva o broche, bien por presión o por cualquiera otro medio, aun aquel de estirar la pulsera hasta permitir sacar por entre ella la mano, según el modelo respectivo. Si este acto se lleva a cabo por persona diferente a quien porta el reloj, sin el consentimiento de éste y en forma tal y hábil que no se dé de ello cuenta, mediando el propósito de aprovechamiento por parte de quien tal acto realiza, se tendrá entonces un delito de hurto. No ha habido en ese acto por parte de quien lo ejecuta violencia alguna, ni contra la persona de quien porta el reloj, como tampoco contra las seguridades que bien emanadas de la voluntad del portador y a tal fin puestas o que bien por razón del uso de dicha prenda en determinado sitio del cuerpo o aun por la moda misma surgen como obstáculos al apoderamiento ilícito. En este caso de hurto el ladrón realiza, aunque sin derecho para ello, los mismos actos que normalmente ejecuta el portador del reloj cuando voluntariamente quiere desprenderse de él o de cualquier

otra prenda en la misma forma portada, como en el caso de autos lo fue el bolso o cartera portado por la denunciante. Si por quien realiza un hurto de los objetos anteriormente nombrados se realizan los mismos actos que normalmente realiza quien porta dichos objetos y al momento de desprenderse de ellos, indudablemente en forma cuidadosa, jamás podrá considerarse normal o natural el procedimiento empleado por quien esos mismos objetos roba, arrebatándolos con inusitada rapidez a su portador, empleando para ello toda la fuerza física posible y destreza, bien contra dicho portador o contra la cosa misma, para lograr su propósito. Aunque idénticos en la finalidad de apropiación, jamás podrán considerarse semejantes los procedimientos de quien hurta y de quien roba. Quien hurta trata de adaptar en lo posible su proceder a aquel del dueño o portador de la cosa, cuando éste busca el desprenderse del objeto por él portado y a fin de que no se le percate de su acto doloso. En cambio, quien roba toma el objeto violentamente, lo arrebata, usa violencia, contrariamente a la forma normal como el portador acostumbra hacerlo al desprenderse del objeto portado".

Observa después el recurrente que "esta forma especial de apoderamiento del objeto que la persona porta o lleva encima, ha sido asimismo materia de especial consideración de los tratadistas, y aún se ha llegado a darle nombre determinado, conociéndose en Italia con el de 'Strappo' y entre nosotros con el de raponazo".

Cita el actor a varios tratadistas de aquel país, entre otros Genaro Marciano, Vicenzo Mancini, Alfredo De Marsico, Antolisei y Silvio Ranieri, quienes se ocupan del alcance de ese especial tipo delictivo, previsto en el numeral 4º del artículo 625 del C. Penal italiano, respecto del cual también hace el demandante el siguiente comentario:

"De manera pues que hasta la saciedad se encuentra demostrado que en Italia el 'strappo', por constituir violencia sobre las cosas, por expreso mandato legal, se le da a tal hecho el nombre de 'hurto agravado'. En nuestro país a ese mismo hecho y que toma el nombre de 'raponazo', por ser de su esencia la violencia sobre las cosas, por mandato legal contenido en el artículo 2º de la Ley 4ª de 1943, no puede dársele otro nombre que el de robo y sancionarse de acuerdo con la disposición citada. Si se admite que en el 'strappo' hay violencia sobre las cosas y que el equivalente de ese hecho es en nuestro país el 'raponazo', ¿cómo no admitir entonces que en el 'raponazo' hay violencia sobre las cosas? Lo contrario, es decir, afirmar que en el 'raponazo' no hay violencia sobre las cosas, después de decir o sostener que este hecho es semejante al 'strappo', que se caracteriza por la violencia sobre las cosas, es una falta contra la más elemental de las lógicas".

Dice luego el demandante que no se trata de un hurto agravado, pues no se tiene en la legislación penal colombiana precepto alguno que así lo indique. Y cita, para terminar, el fallo de la Corte, fechado el 12 de diciembre de 1969, al cual habrá de hacerse referencia en este proveído.

Se considera

Como cuestión previa, anota la Corte que solo entra a ocuparse de la causal cuarta de casación, pues de prosperar o no este motivo de impugnación depende el resultado de la causal primera, habida cuenta de que el demandante trae el mismo y único fundamento para apoyar la una y la otra.

De otra parte, siendo el cargo propuesto el mismo para apoyar los dos motivos de casación (yerro en la calificación jurídica de los hechos), es obvio que resultan excluyentes las peticiones del actor: que se invalide la sentencia del juzgador ad-quem por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad desde el auto de proceder inclusive, y que se case el fallo para proferir el que deba remplazarlo, no obstante tal vicio que impide dictar nueva sentencia sin que se reponga el procedimiento nulo.

Causal cuarta de casación

Dice el actor que el fallo recurrido fue pronunciado en un juicio viciado de nulidad, porque se "incurrió en el auto de proceder en error relativo a la denominación jurídica de la infracción", invalidez procesal señalada en el ordinal 5º del Art. 37 del Decreto 1358 de 1964.

Asevera el demandante, como se dejó anotado, que el llamado 'raponazo' conlleva una violencia física contra las cosas o contra las personas, como ocurre con su equivalente en la legislación de Italia, donde se le denomina 'Strappo'.

Deduce, en consecuencia, que en las instancias se incurrió en el caso de nulidad procesal de que trata el mencionado ordinal quinto, y, por ende, en el motivo de casación invocado.

Encuentra la Corte lo siguiente

1. Los delitos de hurto y robo.

A la luz de la doctrina, el delito de robo es un hurto agravado por la violencia puesta en juego por el delincuente para apoderarse de los bienes muebles ajenos, con ánimo de lucro ilegítimo.

La autonomía de las dos figuras penales depende del criterio del legislador. En los códigos que las reúnen en un solo tipo delictivo, denominándolo hurto (como en Italia) o robo (como en Francia), la violencia es solo una circunstancia agravante. En cambio, en las legislaciones que, como la colombiana, separan el robo del hurto, la fuerza contra las personas o contra las cosas es el elemento que determina la diferencia entre esos dos ilícitos penales.

No obstante, en algunos países y también en Colombia, la ley equipara a violencia algunos comportamientos del delincuente, que no la constituyen, para los fines de la sanción penal, como el abuso de la debilidad de un menor (violencia ficta).

2. El delito de robo en la legislación colombiana

Dice el Art. 2º de la Ley 4ª de 1943:

"El que por medio de violencia a las personas o a las cosas, o por medio de amenazas, o abusando de la debilidad de un menor, se apodere de una cosa mueble ajena, o se le haga entregar, incurrirá en prisión de uno a ocho años.

"La misma sanción se aplicará cuando las violencias o amenazas tengan lugar inmediatamente después de la sustracción de la cosa y con el fin de asegurar su producto u obtener su impunidad".

Son condiciones típicas de esta infracción las siguientes:

a) Apoderamiento, o acción de desposeer a la víctima de un bien mueble, para tomar el agente ese poder de custodia y de disposición material sobre el mismo.

b) Cosa mueble, o ese algo asible, con valor económico, que puede ser sacado del ámbito de custodia y de disposición material de la víctima para entrar en la posesión (en ese campo de custodia y de disposición material) del delincuente.

c) Ajena, o que la posesión, en el alcance jurídico-penal, no esté legítimamente en el agente, sino, por cualquier motivo, en el sujeto pasivo de la infracción.

d) Animus lucrandi, o propósito del agente de obtener con la cosa robada un provecho ilícito.

e) Violencias, amenazas o abuso de la debilidad de un menor, o fuerza física contra las cosas o contra las personas, o violencia moral contra las últimas, o violencia presuntiva fundada en la imposibilidad física del menor para ofrecer resistencia a las pretensiones del agente.

3. Violencia física contra las cosas

o contra las personas

Es el caso de fijar el alcance jurídico penal de estas fuerzas, a fin de señalar si en el apoderamiento sorpresivo de las cosas que porta o lleva encima la víctima se tiene la violencia que el delito de robo, en tales casos, requiere.

a) Violencia física contra las cosas

No toda fuerza cumplida en las cosas da lugar a esa violencia física contra las mismas, estructurante del delito de robo. La diferencia entre el concepto genérico de la fuerza física y el alcance jurídico-penal de la misma, hace decir al tratadista Juan P. Ramos (Curso de Derecho Penal, Edit. Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1937, t. V. pg. 168) que "también emplea fuerza en las cosas el que levanta un objeto pesado y se lo lleva", y no por ello se tiene el delito de robo.

Dice Eusebio Gómez en sus "Leyes penales anotadas" (Edit. "Ediar", Bs. Aires, 1954, t. III, págs. 68 y 69) que fuerza en las cosas significa, desde el punto de vista de la ley penal, usar sobre las mismas cosas, sobre aquellas dentro de las cuales se hallen otras, como, asimismo, respecto de las defensas u obstáculos que, ya naturalmente, bien por previsión o diligencia humanas, se opongan al apoderamiento de las primeras, métodos destinados a quebrantar la resistencia ofrecida para la remoción en forma contraria a la normal u ordinaria; o valerse de las fuerzas físicas del agente o de instrumentos que aumenten, al ser empleados, la potencia de aquellas para alcanzar el apoderamiento, en un modo opuesto al corriente y natural".

En el libro de Alfredo J. Molinario ("Derecho Penal" Edit. "Emilio Bustos", Buenos Aires, 1944, pg. 482), se dice:

"No basta el simple empleo de una fuerza física para que el hecho del apoderamiento constituya un delito de robo. Es preciso que merced al empleo de esta fuerza, la remoción de la cosa, con ánimo de apoderamiento, tenga lugar por medios no comunes u ordinarios. El objeto perseguido con el empleo de esos medios ha de ser quebrantar la resistencia que la cosa o su guarda ofrecen para la remoción".

Un tratadista colombiano expresa en su obra "Delitos contra la vida y la integridad personal, y delitos contra la propiedad". (Edit. "Universidad de Antioquia". Medellín, 1968, pg. 131), lo que pasa a transcribirse:

"La violencia estructural del robo en este caso, no es la fuerza indispensable que el ladrón tiene que desplegar para la traslación de la cosa, por razón de su peso. Si así fuera, la gran mayoría de los hurtos, si no todos, serían robos. La violencia calificadora del delito es aquella fuerza aplicada a los medios defensivos, que materialmente les dan seguridad a los bienes, o en la cosa misma y para vencer, en forma irregular, alguna resistencia que se oponga a la sustracción o apoderamiento".

Para el italiano Giuseppe Maggiore ("Derecho Penal" Edit. "Temis", Bogotá, 1956, t. V. pgs. 49 a 50), existe violencia sobre las cosas, para los efectos de agravar el delito de hurto en su patria, "aun cuando constituya el medio indispensable para cometer el hurto (como cortar o arrancar de raíz un árbol con el fin de apoderarse de él)", extremo que rechaza Vicenzo Mancini y que igualmente se niega en la doctrina actual, que precisa que el bien se tome de manera no común u ordinaria.

Ese criterio lo lleva a decir que se tiene violencia física sobre las cosas, "también cuando se rompen envolturas de papel, de paja o de tela, empleados para protección o despacho de las cosas", (pg. 50), lo que ciertamente discuerda con el alcance jurídico penal de fuerza material en el delito de robo, dado que la ruptura del empaque es el medio natural y necesario para tomar las cosas por esa envoltura protegidas no contra la codicia ajena, sino contra las posibilidades de su deterioro en el transporte.

Si tal extremo fuera admitido, habría que concluir en la ocurrencia del delito de robo, por caso, en quien, para satisfacer su apetito, sin consentimiento del dueño toma la herramienta adecuada y abre una lata que sirve de empaque a una carne en conserva; o rompe la envoltura calcárea de un huevo para comerlo. Y, también, cuando el agente destapa una botella de cerveza y la toma; o destruye la envoltura de un papel transparente que protege una joya del polvo, para apoderarse de ella.

Así pues, la violencia física "a las cosas", en el alcance jurídico-penal, implica una energía aplicada sobre los elementos materiales que protegen el bien de la codicia ajena y que llevan a que se le tome de manera no común u ordinaria o de un modo opuesto al "corriente y natural", expresión esta última ("medio corriente y natural") empleada por varios tratadistas italianos. No es indispensable que la fuerza se cumpla sobre reparos que supongan de parte del dueño una expresa intención protectora del bien, como anota Sebastián Soler ("Derecho penal argentino", Edit. "Tipográfica Editora Argentina", Buenos Aires, 1956, t. IV, pg. 256).

La Corte, en distintas oportunidades, se ha ocupado de esta materia así:

Casación de 25 de junio de 1947 (G. J. t. LXIII, pg. 208).

"En el robo debe haber una relación de medio a fin entre la violencia y el apoderamiento del bien mueble, porque la razón para que se considere más grave que el hurto es la de que el ladrón quebranta las seguridades con que las personas rodean sus haberes, y con ello produce mayor alarma social y demuestra mayor peligrosidad".

Casación de 15 de diciembre de 1954, G. J. t. LXXIX, pg. 365).

"...Lo esencial es que el agente burle las defensas con que el sujeto pasivo de la infracción ha intentado preservar de la apropiación ilícita el objeto que posee".

De los tribunales de la Argentina, caben transcribir los siguientes fallos:

Cámara Criminal de Buenos Aires, sentencia de febrero de 1937 ("Jurisprudencia argentina", t. 57, pg. 523):

En este fallo, luego de concluir en que es hurto y no robo el hecho de desprender con las manos los frutos de un árbol, se dice: "Fuerza en las cosas significa usar sobre las mismas cosas, sobre aquellas dentro de las cuales se hallan las otras, como asimismo respecto de las defensas y obstáculos que, ya naturalmente, bien por previsión y diligencia humana, se opongan al apoderamiento de las primeras, métodos destinados a quebrantar la resistencia ofrecida para la remoción en forma contraria a la normal y ordinaria. Valerse de las fuerzas físicas del agente o de instrumentos que aumenten, al ser empleados, la potencia de aquellas para alcanzar el apoderamiento de modo opuesto al corriente y natural".

Corte Suprema de Buenos Aires, sentencia de octubre de 1943. ("Jurisprudencia argentina", T. 1943.2, pg. 130):

"Existe fuerza en las cosas cuando el agente la ejerce sobre el objeto del delito o sobre su guarda, o para vencer los obstáculos que se opongan a su remoción, siempre que se empleen medios distintos al simple juego de los mecanismos ordinarios, o métodos contrarios a la forma normal de que es propio servirse para obtener la libre disposición de la cosa".

En fin, la violencia física contra las cosas implica:

a'. Desarrollo de una energía de parte del agente, que bien puede ser incrementada con el uso de instrumentos adecuados a tal fin.

b'. Que la cosa sobre la cual se despliega esa energía represente una resistencia efectiva, aun cuando no haya sido preordenada a la defensa de los bienes.

c'. Que entre la violencia y el apoderamiento se dé una relación causal, un nexo de necesidad fáctica.

d'. Que el apoderamiento tenga lugar por medios no comunes u ordinarios.

Y corresponde aclarar, como observa Sebastián Soler (Obra citada, pg. 259), que "no puede darse carácter de resistencia a aquello que preordenadamente tiene un específico objeto de mero contralor o adorno. Romper un sello de lacre no importa robo; romper una cinta de seda que ata el estuche abierto, no es robo; romper los precintos..." (ligadura sellada convenientemente con que se atan a lo largo y a lo ancho cajones, baúles, fardos, paquetes, legajos, etc., a fin de que no se abran sino cuando y por quien corresponda, según el Diccionario de la Real Academia Española)..., "que cierran una caja con puro fin de contralor, no es fuerza en las cosas".

b). Violencia física contra las personas.

En el delito de robo, el consentimiento del sujeto pasivo de la fuerza puede ser constreñido mediante violencia física (vis absoluta) o con amenazas (vis compulsiva).

Pues bien:

1. Según el Diccionario ya citado, violencia es "acción y efecto de violentar o violentarse". Y violentar consiste en "aplicar medios violentos a cosas o personas para vencer su resistencia".

Si el medio violento puesto en juego por el agente para cometer el delito de robo lo dirige contra las personas, es natural que se trate de una fuerza física que venza la resistencia de la víctima. Y como resistir (según la obra antes aludida) es "oponerse un cuerpo o una fuerza a la acción o violencia de otra. Repugnar, contrariar, rechazar, contradecir", para que se tenga violencia física contra las personas en el alcance jurídico-penal del delito de robo, es necesario que la víctima contraríe o rechace la fuerza que contra ella ejerce el delincuente, lo que obviamente implica que aquella tome conciencia de que se le hace objeto de esa violencia física, para oponerse.

2. Implica, entonces, que se tenga un quebrantamiento de la voluntad de la víctima para que se pueda hablar de violencia física contra las personas.

En la obra ya citada de Sebastián Soler (t. IV pg. 262) se anota que en la fuerza contra las personas, "no solamente entra en consideración el peligro de daño para el cuerpo o la salud, sino también la propia libertad de disposición, puesto que la violencia interviene precisamente para anular la voluntad de la víctima".

También en el libro "delitos contra la vida y la integridad personal y delitos contra la propiedad", antes mencionado, se dice que violencia física o material contra las personas "es todo atentado directo, toda vía de hecho o agresión contra el ofendido o terceros, en su integridad corporal o en su libertad de disposición, para vencer la resistencia que pudiera oponerse a la acción del ladrón", (pg. 134).

Según el tratado de Alejandro Groizard y Gómez de la Serna ("El Código Penal de 1870", Edit. "Arnaiz", Burgos, t. V, pg. 106), "la violencia en su sentido jurídico es la fuerza en virtud de la cual se priva al hombre del libre ejercicio de su voluntad, compeliéndolo materialmente a hacer o dejar hacer lo que según su naturaleza tiene derecho a ejecutar o dejar de ejecutar".

Y en el "Trattato di diritto penale" dirigido por Eugenio Florián (Milán, 1936, pg. 184), dice Dante Angelotti ("Delitti contro il patrimonio") que "la violencia es un medio por el cual el sujeto obliga a la víctima a hacer, tolerar u omitir alguna cosa, sin la cual no la hubiera hecho, tolerado o admitido".

Puede esa violencia consistir en amordazar o maniatar a la víctima o en colocarla en imposibilidad de obrar (como ponerla en estado de inconsciencia mediante soporíferos), eventos que en la legislación penal colombiana califican el delito de robo, (Art. 404-4º).

El aprovechamiento de la imposibilidad de resistir de la víctima lo equipara el código penal colombiano a violencia (vis fic-

ta), para definir este caso como robo, pero apenas cuando se trata del "abuso de la debilidad de un menor" (Art. 2º Ley 4ª de 1943).

Si el ladrón sustrae la cartera a quien duerme, no se tiene robo sino hurto.

Esto, porque en el robo es necesario que la violencia física o moral influya sobre la voluntad del sujeto pasivo, dada la indispensable oposición que supera el delincuente.

El varias veces citado tratadista Sebastián Soler observa que, "en cierta medida, hasta debe afirmarse que es necesaria al robo cierta influencia sicológica sobre la voluntad de la víctima, de manera que pueda efectivamente afirmarse que se trata de una voluntad renuente. Si se quita a alguien una cosa que lleva encima, sin que la víctima lo advierta, ya sea por pura destreza o por algún otro procedimiento no resistido (salvo que se haya colocado previamente a la víctima en esa situación por acción anterior violenta) no puede decirse que hay robo". (Opus Cit. t. IV, pg. 269).

Es obvio, entonces, que esa voluntad renuente, esa resistencia, esa oposición de la víctima respecto de la violencia ejercida por el ladrón, implica que aquella advierta, siquiera, el ataque de éste. Tal sería el caso de quien arrebata la cartera que porta una señora en el brazo o en la mano, ejerciendo fuerza sobre la manija de la misma para superar el esfuerzo que la víctima alcance a cumplir para impedir la desposesión.

Así, pues, la violencia física contra las personas requiere:

a'. Despliegue de una energía de parte del agente contra la víctima para superar, al menos, su voluntad renuente a la desposesión del bien mueble que aquel se propone.

b'. Que se manifieste en alguna forma la oposición o resistencia del sujeto pasivo al medio violento que pone en juego el ladrón.

c'. Que entre la violencia y el apoderamiento se dé una relación causal.

4º El vulgarmente llamado "raponazo" y su calificación jurídico-penal.

Ha tomado incremento en varias ciudades de Colombia el ataque al patrimonio económico ajeno desposeyendo a la víctima de las cosas muebles que porta o lleva encima, forma delictiva que se ha venido denominando vulgarmente "raponazo".

La ley penal colombiana no hace de esta conducta un tipo delictivo especial, ni se ocupa de ella para asimilarla con alguna de las figuras punibles previstas para la tutela del patrimonio económico.

De ahí que su calificación jurídico-penal debe hacerla el juez según se tengan o no los elementos típicos de los delitos señalados en el Código Penal. Y como de una desposesión de los bienes muebles se trata, en la cual el agente no pone en juego ni amenazas, ni artificios o engaños, su clasificación escapa a los delitos de robo mediante violencia moral, de extorsión y de estafa.

Es obvio, entonces, que el vulgarmente llamado "raponazo" da lugar a un delito de robo mediante violencia física contra las cosas o contra las personas, si estas formas de violencia se tienen; o constituye, apenas, un delito de hurto si aquellas violencias no existen.

La variedad de formas que el llamado "raponazo" reviste origina dificultades para su calificación como hurto o robo, lo que explica que en algunas legislaciones foráneas se unifique, de manera expresa, el tratamiento de esa conducta reprimiéndola como robo o como hurto agravado.

Se tiene, en efecto:

a'. Código Penal de Italia

En el estatuto punitivo de ese país se toma la violencia como circunstancia agravadora del hurto; y, entre otras más, también el cometer "el hecho con destreza, o arrebatando las cosas de las manos o de enci-

ma de las personas". Igualmente sanciona como hurto calificado el apoderamiento de los bienes muebles ajenos mediante violencia física contra las personas.

Dicen las normas pertinentes:

"Art. 624 (hurto). El que se apodere de una cosa mueble ajena, sustrayéndosela al que la retiene, con el fin de sacar provecho de ella para sí mismo o para otros, será castigado con reclusión hasta por tres años y con multa de trescientas a cinco mil liras.

"Para los efectos de la ley penal, se considera también como 'cosa mueble' la energía eléctrica y toda otra energía que tenga algún valor económico.

"Art. 625 (Circunstancias agravantes). La pena será reclusión de uno a seis años y multa de mil a diez mil liras:

".....

"2º Si el culpable emplea violencia sobre las cosas o se vale de cualquier medio fraudulento.

".....

"4º Si el hecho es cometido con destreza, o arrebatando las cosas de las manos o de encima de las personas.

".....

"Art. 628 (hurto con violencia sobre personas). El que para obtener para sí mismo o para otros algún provecho injusto, se apodere, mediante violencia o amenazas contra personas, de cosas muebles ajenas, sustrayéndolas a quien las retenga, será castigado con reclusión de tres a diez años y con multa de cinco mil a veinte mil liras.

".....

b'. Código Penal de Costa Rica

Se dice en ese estatuto:

"Art. 269 (robo): Será juzgado por robo el que se apoderase de una cosa mueble, total o parcialmente ajena, cualquiera que sea su valor, con fuerza en las cosas o con violencia o intimidación en las personas sea que la violencia o intimidación tenga lugar antes del robo para facilitarlo, o en el acto de consumarlo, o después de cometido, para procurarse la impunidad.

"Fuera de los demás casos de violencia que puedan ocurrir, se estimará que la hay cuando el hecho se ejecutare arrebatando por sorpresa cosa que la víctima llevaba consigo, o usando de los medios hipnóticos o de narcóticos".

c'. Código Penal de Venezuela.

Dispone lo siguiente:

"Art. 457. El que por medio de violencias o amenazas de graves daños inminentes contra personas o cosas, haya constreñido al detentor o a otra persona presente en el lugar del delito a que le entregue un objeto mueble o a tolerar que se apodere de este, será castigado con presidio de tres a seis años.

"Art. 458. En la misma pena del artículo anterior incurrirá el individuo que en el acto de apoderarse de la cosa mueble de otro, o inmediatamente después, haya hecho uso de violencias o amenazas, contra la persona robada o contra la presente en el lugar del delito, sea para llevarse el objeto sustraído, sea, en fin, para procurarse la impunidad o procurarla a cualquiera otra persona que haya participado del delito. Si la violencia se dirige únicamente a arrebatar la cosa a la persona, la pena será de prisión de seis a treinta meses".

d'. Código Penal de Panamá.

Al igual que el de Venezuela, atenúa la sanción prevista para el delito de robo cuando el apoderamiento se cumple arrebatando "la cosa a la persona".

Preceptúa el legislador de ese país:

"Art. 353. El que por medio de violencias o con amenazas de graves peligros inminentes para la persona o los bienes obligue al tenedor de una cosa mueble, o a un terce-

ro presente en el lugar del delito, a entregar dicha cosa, o a tolerar que se apodere de ella, incurrirá en la pena de dos a siete años de reclusión.

"En la misma pena incurre el que, al apoderarse de una cosa mueble que pertenece a otro, o inmediatamente después de este acto, use contra la persona que es víctima, o de la que haya acudido al lugar del delito, de violencias o amenazas, con el fin de cometer el hecho, para transportar la cosa sustraída, o para procurar la impunidad a cualquiera que haya cooperado en la comisión del delito. Si la violencia tiene por objeto únicamente arrebatar la cosa a la víctima, la pena será de ocho a cuarenta meses de reclusión".

De las normas transcritas de los códigos de Italia (de 1930), Costa Rica (de 1941), Venezuela (de 1926) y de Panamá (de 1922), se desprende:

1'. Que en la legislación italiana no resultan equivalentes "El hecho cometido con destreza, o arrebatando las cosas de las manos o de encima de las personas", y la violencia física contra las cosas o contra las personas, pues, de una parte, en el artículo 624, como circunstancias agravantes del hurto, señala separadamente el "empleo de violencia sobre las cosas" (ord. 2º del art. 625) y el llamado "strappo" (ord. 4º del mismo Art.), lo que obviamente significa que lo último no es tomado jurídicamente como equivalente a lo primero, pues habría sido suficiente aludir a la violencia física sobre las cosas para determinar ambos motivos de agravación; y de otro lado, tampoco el citado "strappo", por sí solo, tiene el alcance de la violencia física contra las personas, dado que esta última da lugar al hurto calificado de que trata el artículo 628 y para el cual señala la ley de Italia una pena superior la que indica para el hurto agravado en la hipótesis del referido ordinal 4º del artículo 625.

2'. Que en los códigos de Costa Rica, Venezuela y Panamá, de la misma manera que en el de Italia, al lado de la violencia física contra las cosas o contra las personas se habla de violencia para arrebatar. Y, de otra parte, en los dos últimos estatutos se indica una sanción más leve para el denominado "raponazo".

Ahora bien:

Anota el maestro Francesco Carrara en su "Programa de derecho criminal" (Edit. "Depalma", Buenos Aires, 1946, t. IV, pg. 144, parágr. 2116) que "pueden determinarse las dos condiciones necesarias para tal calificación: 1ª que el hurto recaiga sobre objeto llevado encima por el propietario; 2ª que el hurto sea cometido solamente por destreza. Si el hurto recae sobre objetos que solamente estaban próximos a la persona del poseedor, pero no sobre ella misma, podrá surgir la calificación de la presencia del propietario, pero no la de destreza, precisamente porque la hipótesis reviste audacia, pero no habilidad particular. Por lo demás, si la cosa le fue quitada al propietario de encima, no por sorpresa y arte sino por violencia, una vez más desaparecerá la calificante de destreza, para dar lugar a los títulos más severos de rapiña o de hurto violento".

Es lo que también observa Sebastián Soler, según cita que se hizo atrás (ob. mencionada, t. IV, pg. 269) y que se reitera: "En cierta medida, hasta debe afirmarse que es necesaria al robo cierta influencia sicológica sobre la voluntad de la víctima, de manera que pueda efectivamente afirmarse que se trata de una voluntad renuente. Si se quita a alguien una cosa que llevaba encima, sin que la víctima lo advierta, ya sea por pura destreza o por algún otro procedimiento no resistido (salvo que se haya colocado previamente a la víctima en esa situación por acción anterior violenta) no puede decirse que hay robo".

Así, pues, sin resistencia no puede darse el robo. Si de fuerza física contra las personas se trata, el conocimiento solo que la víctima tome de la desposesión, así sea inmediatamente después de realizada, no equivale a resistir no constituye esa voluntad renuente a la desposesión, precisamente porque ésta ya fue cumplida.

Si la desposesión de los bienes muebles que la víctima porta o lleva encima se cumple sin violencia física contra las cosas y sin violencia física contra las personas, en el alcance de la ley penal colombiana se tiene hurto. Si el apoderamiento va acompañado de esa violencia física contra las cosas o contra las personas, se tiene robo. Esa zona intermedia entre el hurto y el robo, prevista de manera expresa en otras legislaciones para agravar la pena indicada para el primero, o para hacerla equivalente a la señalada para éste (Códigos de Italia, Costa Rica, Venezuela y Panamá, citados) consistente en la desposesión de las cosas muebles que la víctima porta o lleva encima, sin que se tengan ni la violencia física contra las cosas, ni la violencia física contra las personas, no la trata la ley penal colombiana como circunstancia especial de agravación del delito de hurto, ni la trae como equivalente al delito de robo.

Ya se dijo cómo el Código Penal de Italia se ocupa de esa hipótesis intermedia de que se hizo mención en el ordinal 4º del Art. 625; y también se anotó cómo la conducta prevista en ese numeral no es en la ley italiana hurto con violencia física contra las cosas, ni hurto con violencia física contra las personas, pues de estas dos modalidades trata ese estatuto en preceptos diferentes (ord. 2º del Art. 625, y art. 628, respectivamente), lo que indica que aquella y estas son diferentes.

Así, pues, el llamado "strappo" (ord. 4º del Art. 625 de la ley penal italiana) y el vulgarmente denominado "raponazo" en Colombia, no son exactamente, equivalentes al apoderamiento de los bienes muebles ajenos mediante violencia física contra las cosas o contra las personas. De conformidad con el código penal colombiano, si la desposesión de la cosa mueble que lleva encima o porta la víctima se realiza sin violencia, vale decir, sin que se tenga esta condición del robo, es obvio que lo cometido es un delito de hurto.

También el maestro Francesco Carrara (ob. cit. t. IV, pgs. 186 y 187), se refiere a la "rapiña" en los siguientes términos:

"La rapiña, es, más, bien, una forma más odiosa del hurto cometido en presencia del propietario, y su odiosidad resulta de la audacia mayor del delincuente al apoderarse de la cosa, no solo bajo la mirada del propietario, sino de encima de él, o de sus manos. Pero cuando se dice violencia sobre las cosas no se entiende excluir la violencia sufrida mediatamente por la persona; sino que, por el contrario, en esto reside el verdadero criterio esencial de la rapiña. Procediéndose de otra manera, se llega a una intolerable confusión de ideas, en virtud de la cual todos los hurtos cometidos con destreza se convierten en rapiñas; lo que es absurdo. En efecto, en el hurto con destreza se sustrae la cosa de encima del propietario, lo que no se puede hacer sin usar fuerza física, esto es violencia sobre la cosa. La vis in res es casi general en todos los hurtos, porque ninguna cosa se puede contrectar sin usar fuerza sobre ella, salvo el caso de hurto de animales a los que el ladrón haya inducido con cebos a seguirlo. Por consiguiente, el verdadero concepto de la rapiña reside en lo siguiente: que la cosa sea sustraída de encima del propietario sin usar violencia directa sobre él, usándola solo sobre la cosa, pero siempre que (entiéndase bien) la violencia del ladrón haya sido usada para vencer mediatamente la fuerza física del propietario que quiere retener la cosa. Aquí reside la verdadera esencia constitutiva de la rapiña. Es preciso que el ladrón no haya puesto la mano sobre la persona del propietario; de otro modo el hecho configura un hurto violento; pero es necesario que el propietario haya usado o tentado usar su fuerza para retener la cosa, y que esta fuerza haya sido vencida por la fuerza del ladrón; en otra forma se incurre en un hurto con destreza, y yo estimo que es un error confundir las dos hipótesis".

Y de mucha importancia resulta la tercera nota del maestro Carrara al parágrafo 2152 de su obra, que se acaba de transcribir, en el que dice:

"...un joven calavera abordó a un transeúnte con el pretexto de pedirle la hora y en esa oportunidad se apoderó de la carte-

ra que contenía poco más de veinte liras que asomaba del bolsillo del chaleco de aquel y se dio rápidamente a la fuga. El propietario no ofreció resistencia y solo se dio cuenta del hurto cuando el ratero echó a correr. Se trataba de un verdadero hurto con destreza. Pero a los jurados se les preguntó si se trataba de una rapiña y contestaron que sí, lo que constituía un error injustificable. Pero de este error yo no los culpo a los jurados, que (pobrecitos) no estaban en condiciones de comprender la sutilísima noción de la rapiña... Si el viandante hubiese sacado el reloj para decir la hora al maleante y este hubiese tomado el reloj y con su fuerza hubiese vencido la fuerza del propietario que lo retenía, entonces sí que hubiese existido rapiña, aunque no hubiese sido rota la cadena, ni hubiese habido un prolongado conflicto de fuerzas. Pero para que pueda surgir el título de rapiña es indispensable que a lo menos por un momento haya existido el conflicto de las dos fuerzas. Esto es claro frente a los principios racionales. Pero es claro además en el texto del código toscano, porque éste exige ante todo la violencia, a la que define en el artículo 392, sin que pueda existir sin coacción de la persona, la cual, a su vez, no puede existir cuando el propietario, lejos de resistir, ni siquiera se da cuenta en el momento de la acción del hecho que se comete en su daño. Una cosa es presumir que conociendo el hecho el propietario habría resistido, y otra diferente es decir que él ha hecho cualquier resistencia, que fue vencida por la fuerza del ladrón usada mediatamente sobre la cosa robada. El error consistió en confundir la resistencia que ofrece la cosa en sí en virtud de su propio peso o de su adhesión a otras cosas, con la resistencia del hombre, que siempre es necesaria en la rapiña".

El artículo 392 del C. Penal toscano, mencionado por el maestro Carrara, dice: "Cuando la violencia ejercida por el ladrón no fue dirigida a ofender ni a atemorizar a la persona, sino únicamente a arrebatarle de la mano o de encima la cosa, se tiene el título de rapiña".

Cabe insistir en el alcance que en su nota da Carrara al precepto: "... éste exige ante todo, la violencia..., sin que pueda existir sin coacción de la persona, la cual, a su vez, no puede existir cuando el propietario, lejos de resistir, ni siquiera se da cuenta en el momento de la acción del hecho que se comete en su daño".

Refiriéndose Alfredo De Marsico al caso de hurto agravado previsto en la ley italiana en el referido ordinal 4º del artículo 625 y que en la doctrina se denomina "strappo", dice en su obra "Delitti contro el patrimonio" (pgs. 44 y ss.), según cita que de ese tratadista hace el demandante:

"Se verifica la segunda hipótesis en el hecho cometido 'arrebatando' la cosa de las manos o de encima de las personas. Prevista en el código de Zanardelli como figura atenuada de rapiña (Art. 406, último inciso) y conocida por la antigua jurisprudencia napolitana con el nombre de 'Scippo', esta circunstancia que agrava el delito por la grande audacia que demuestra el agente, ha sido con mayor precisión técnica prevista más bien que como atenuante de la rapiña, como agravante del hurto. Ella en efecto se concreta no en una violencia a la persona (vis en persona), sino en una violencia directa sobre la cosa (vis in rem lata). Así, en consecuencia, se da el hurto agravado si se arrebata velozmente la cartera que alguien tiene en la mano, en cambio existe rapiña, si al apoderarse de la cartera el ladrón le da un puñetazo a la persona para hacerla caer, por cuanto que en este caso se realiza una violencia directa contra la persona y con igual intención sobre la cosa y la persona".

En fin, que el "strappo" en la legislación de Italia, como un caso de hurto agravado, distinto al que se comete con violencia física sobre las cosas (Ord. 2º del Art. 625) y diferente del que se realiza con violencia física contra las personas (Art. 628), se cumple en una zona intermedia de formas ajenas a esas dos modalidades.

No es exacto, entonces, el siguiente concepto del demandante, del cual desprende

que el llamado vulgarmente "raponazo" en Colombia constituye, en todas las hipótesis posibles, delito de robo:

"De manera, pues, que hasta la saciedad se encuentra demostrado que en Italia el 'strappo', por constituir violencia sobre las cosas, por expreso mandato legal, se le da a tal hecho el nombre de 'hurto agravado'. En nuestro país a ese mismo hecho y que toma el nombre de 'raponazo', por ser de su esencia la violencia sobre las cosas, por mandato legal contenido en el Art. 2º de la ley 4ª de 1943, no puede dársele otro nombre que el de 'robo', y sancionarse en consecuencia de acuerdo con la disposición citada. Si se admite que en el 'strappo' hay violencia sobre las cosas y que el equivalente de ese hecho en nuestro país toma el nombre de 'raponazo', cómo no admitir entonces que en el 'raponazo' no (sic) hay violencia sobre las cosas. Lo contrario, es decir, afirmar que en el raponazo no hay violencia sobre las cosas, después de decir o sostenerse que este hecho es semejante al 'strappo' que se caracteriza por la violencia sobre las cosas, es una falta contra la más elemental de las lógicas".

Pero ocurre que lo que aparecería como verdaderamente ilógico en el legislador italiano es que el llamado 'strappo' (hurto agravado, según el ord. 4º del Art. 625) implique violencia física sobre las cosas (en el alcance jurídico-penal de violencia física contra las cosas) y que, en ese mismo artículo, también se indique, como motivo agravador de la penalidad del hurto la violencia física sobre las cosas (ord. 2º). Es que, una cosa es emplear una fuerza para tomar el bien mueble ajeno sin quebrantar resistencia alguna que se oponga al apoderamiento ("strappo", si la cosa desposeída la porta o la lleva encima la víctima), y cuestión distinta resulta cuando se quebranta la resistencia física que las cosas o las personas ofrecen para el apoderamiento (hurto agravado, ord. 2º del Art. 625, y hurto calificado, art. 628, respectivamente).

Como se dejó anotado, el C. Penal de Italia no tipifica el delito de robo. Señala, solo, circunstancias agravantes del hurto, como la violencia física contra las cosas (ord. 2º del Art. 625) y la violencia física contra las personas (art. 628). Igualmente y como se ha señalado varias veces, el denominado "strappo" se toma como motivo agravador del hurto (ord. 4º del Art. 625). Son, pues, los casos citados circunstancias agravadoras del hurto, relacionadas separadamente. Es obvio, entonces, que no cabe identificarlas. Una cosa es el hurto con violencia física en las cosas; otra distinta el "strappo", y cuestión diferente el hurto con violencia física contra las personas.

De acuerdo con la ley penal colombiana, el apoderamiento de los bienes muebles que la víctima porta o lleva encima no está tratado como circunstancia agravante del delito de hurto, ni se le hace equivalente al delito de robo. Es, sí, dable que la desposesión, en este caso, se realice mediante violencia física contra las cosas o contra las personas o mediante amenazas a las últimas. Si esto ocurre, se tiene el delito de robo. Pero si el agente no acude a esa violencia física o moral (entendida en el alcance jurídico ya señalado atrás), únicamente cabe calificar la conducta como hurto.

Con punzante ironía dice el maestro Carrara en la ya citada tercera nota al parágrafo 2152 de su "Programa de Derecho Criminal" (T. IV, pg. 189): "Condúzcase cualquier ratero ante las Asises y pregúntesele a los jurados si él ha usado violencia sobre el pañuelo para robármelo del bolsillo, y cualquier jurado deberá responder que sí, porque sin una vis sobre el pañuelo éste no podría haber pasado a poder del ratero. De tal manerà, ya no sería posible el hurto con destreza en razón de que él exige como extremo que la cosa sea sustraída de encima del propietario, para lo cual siempre es necesario usar fuerza sobre la cosa, y esa sustracción se realiza siempre contra la voluntad del propietario".

5º Los hechos ocurridos y su calificación jurídico-penal.

A más de la síntesis que de lo acontecido ya se hizo en esta providencia, conviene transcribir la relación de los hechos que hace la víctima. Dice en la ampliación de su denuncio (f. 10 del Cd. 1º);

"Yo estaba en la calle 27, con carrera 22, me parece, no recuerdo, pero fue en el Barrio Restrepo esperando bus para irme para Kennedy, cuando pasó el individuo por detrás y me rapó la cartera, salió corriendo y yo salí detrás; yo le alcancé a ver la cara y la forma como estaba vestido...".

En la sentencia recurrida se anota lo que pasa a transcribirse:

"Lamenta el Tribunal no aceptar la solicitud de nulidad invocada por su ilustre colaborador, por las siguientes razones:

"a) Porque para que se configure el delito de robo es necesaria la violencia, ya en las personas, ya en las cosas, como medio del apoderamiento y que éste sea contra la voluntad de su dueño. Y en el caso subjudice no hay prueba alguna de que la cartera materia del delito hubiese padecido violencia alguna y menos aún que la víctima hubiese sufrido violencia de ninguna clase... Cómo podría el Tribunal consagrar por vía jurisprudencial una violencia no comprobada, ni estatuída como presunción legal de tal, con base en el pensamiento de ilustres maestros extranjeros, si se quiere rectores del pensamiento jurídico y doctrinario universal, sin violar lo dispuesto por el artículo 26 de la Constitución que preceptúa que nadie podrá ser condenado sino por delito previamente señalado en la ley, la cual debe determinar sus elementos y no el juzgador, menos aún por analogía con legislaciones extranjeras, así sean de países donde mejor se ha desarrollado el derecho penal?

"b) El doctor Mesa Velásquez, en su obra "Delitos contra la vida y la integridad personal y delitos contra la propiedad", página 182, dice:

'... Si la fuerza en la cosa se ejerce en una forma normal, con los sistemas ordinarios y adecuados para la remoción o traslación del objeto, en forma semejante a como procedería el mismo propietario el título del hecho es hurto y no robo.

'Para mejor ilustración de los anteriores conceptos veamos algunos ejemplos:

'Deben considerarse como hurtos: el arrancamiento de frutos, el corte de árboles, de caña de azúcar, de trigo; la separación de las llantas de un vehículo, aflojando con herramientas y normalmente las tuercas que las sujetan; la separación de las tapas metálicas o cocas de las ruedas de un automóvil, utilizando palancas; la desunión de los alambres conductores de la corriente de un radio. En todos estos casos los medios utilizados por el ladrón son los que naturalmente se emplean por los poseedores para la remoción de la cosa. En consecuencia, la fuerza así ejercida no puede identificarse con la violencia propia del robo, que es destructiva e irregular, dañina y alterante de las cosas que rodean el bien robado.

'Acciones constitutivas de robo serían: la perforación y horadamiento de paredes, techos, pisos, puertas o ventanas; el corte de cercos o varillas metálicas; la aplicación de destornilladores sobre bisagras; el empleo de taladros para abrir cajas fuertes, chapas, etc.; el desempotramiento de una máquina o de cualquier otro objeto, etc. En todos estos supuestos existe una verdadera fuerza calificante del hecho, contraria a los medios normales de obrar del poseedor'."

"c) ... Por consiguiente, la fuerza empleada por José Ignacio Latorre, para apoderarse de la cartera, fue la normal para ello y nunca estuvo destinada a romper o burlar defensas previas, por lo cual no puede considerarse, en manera alguna, como violencia sobre las cosas; menos aún, sobre las personas, y mucho menos como violencia moral, por lo cual falta, en absoluto, este elemento estructurante del delito de robo, hallándose, en cambio, plenamente demostrado el hurto, que fue precisamente por el que se llamó a juicio, careciendo pues de base la nulidad alegada".

Pues bien:

Los hechos averiguados no constituyen el delito de robo, pues el apoderamiento no lo cumplió el acusado José Ignacio Latorre mediante violencia contra las cosas, ni contra las personas.

Si, como dice la ofendida Sanabria Céspedes, solo sintió que le "raparon" la cartera cuando el sindicado, "por detrás", se apoderó de ella, es obvio que no se cuenta con ningún elemento de juicio que permita aseverar que se llevó a cabo violencia física contra las cosas (en su alcance jurídico penal), ni violencia física contra la denunciante, pues más obró en la desposesión la sorpresa que la fuerza.

La víctima no manifiesta la manera como portaba la cartera materia del delito, ni fue preguntada por ese importante detalle. No se puede, entonces, siquiera suponer que el delincuente superó alguna resistencia material para cumplir el apoderamiento, como cuando la manilla es rota, por llevar la ofendida la cartera en el brazo, por ejemplo. Y resulta claro que la manera como el procesado realizó el hecho, acudiendo por detrás de la señorita Sanabria Céspedes, excluye esa necesaria voluntad renuente u oposición a una supuesta violencia, pues la nombrada ni siquiera tomó conocimiento de que iba a ser objeto de la desposesión de su cartera, sino que, cumplida tal desposesión, empezó a solicitar que se aprehendiera al delincuente.

Una cosa es la falta de consentimiento del sujeto pasivo en lo que atañe a la desposesión y asunto distinto la resistencia o voluntad renuente respecto de la fuerza física que ponga en juego el ladrón. La ausencia de consentimiento es elemento indispensable tanto en el delito de hurto como en el de robo. En el hurto por sorpresa, como en cualesquiera otros casos de hurto, la víctima es desposeída sin su consentimiento, como igual debe suceder en el evento del robo.

6º La sentencia que cita el demandante

En el fallo de 12 de diciembre de 1969 aseveró la Corte que la desposesión de que se hizo víctima a la señora Ligia Reyes de Ocampo de la cartera que portaba en el brazo constituía delito de robo, porque el responsable, Gustavo Ruiz Alfonso ejerció violencia contra la nombrada para superar la resistencia que ofreció para impedir la consumación del ilícito.

Al ser llamado a juicio el sindicado José Ignacio Latorre por el delito de hurto, no se incurrió en errada calificación de los hechos. La sentencia impugnada, en consecuencia, no fue proferida en un juicio viciado de nulidad, pues no resulta comprobado que se incurrió en el caso previsto en el ordinal 5º del Art. 37 del Decreto 1358 de 1964.

No prospera, en consecuencia, la causal 4ª de Casación invocada por el demandante, y la misma suerte corre la 1ª que el actor apoya en el mismo cargo hecho para fundamentar aquella.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de que se hizo mérito.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

José María Velasco Guerrero, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Efrén Osejo Peña, Conjuez, con salvamento de voto, *Luis Carlos Pérez, Julio Roncallo Acosta.*

J. Evencio Posada V., Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

Contra mi voluntad me veo en la necesidad de salvar mi voto en la sentencia precedente, porque, no obstante la extensión y los fallidos esfuerzos dialécticos, no he podido cambiar de opinión, ya expresada en la sentencia de la Corte de fecha 12 de diciembre de 1969 (G.J.T. CXXXII Nos. 2318 a 2320, págs. 433 y ss.) que juzgó no un caso similar, sino exactamente igual al presente, pues se trata ya de un hecho o acción que se ha convertido, por desgracia, de frecuente o común ocurrencia en el medio social de la capital.

Para cumplir con el deber legal de expresar los puntos de vista de mi disentimiento, me permito apuntar los siguientes motivos.

Primero. a) Existen algunos verbos en castellano que llevan ínsito el concepto de violencia, como rapar, arrebatar, despojar, arrancar, para llegar al popular "raponazo"; de manera que no es necesario otro elemento distinto para poner de manifiesto la violencia, vale decir, que no ha menester lesionar a la víctima más o menos gravemente o muy levemente, porque la ley, para calificar tal elemento, no se atiene a los efectos sino al "modus operandi".

b) Si en el acto del raponazo se consuma una lesión a la víctima, será consecuencia de la violencia, pero distinta y separable de ella, como distinto es el efecto de la causa en el orden lógico y ontológico; y si de hecho se consuma una lesión, habrá una concurrencia de delitos, material o ideal, de acuerdo con los principios que informen la legislación penal, pero jamás se podrá predicar que solamente existe violencia cuando deja lesiones, señales o huellas físicas como parece sugerirlo el fallo del cual me he permitido apartarme.

c) Tampoco parece aceptable, por decir lo menos, que la palabra "raponazo" o su equivalente, no está definida como delito por la legislación nacional, porque no se trata de inventar un delito sino de calificar una acción con el verbo castizo correspondiente, como rapar, arrebatar, despojar, etc., que conlleva en el acto mismo el elemento de violencia, como se pondrá de manifiesto con solo consultar el diccionario de la Academia, para luego calificarlo según las normas legales como robo, no como hurto, porque el modus operandi se llevó a efecto con violencia aun cuando no deje huellas o señales en la persona de la víctima.

d) Es evidente que vencer la fuerza de la gravedad, por sí mismo, no es propiamente una violencia; pero tal acción no se califica con los verbos arrebatar, rapar, despojar, etc., sino simplemente con el de **transportar**, que implica un concepto distinto al de violencia al cual se refiere la ley penal; asimismo, tampoco se puede confundir la resistencia o dureza de un objeto o cosa con el elemento violencia en su significado jurídico.

e) Resulta impertinente referirse a ciertos hechos o actos, en los cuales, no obstante actuar la fuerza física, los penalistas descartan el delito de robo, como el desmontar las llantas de un carro, pues aquí se trata del clásico "raponazo", no de desmontar llantas o romper los sellos de un paquete, sin olvidar, desde luego que en la primera actividad no puede existir paridad, porque cuando lo hace el dueño de las llantas o del carro es un acto lícito, pero cuando lo ejecuta un tercero con el ánimo de apropiárselas, es ya una actividad ilícita, que debe caer o clasificarse como violencia, como es violencia abrir una puerta con ganzúa, no obstante que el dueño también tenga que hacerlo si las circunstancias se lo imponen.

Poco convincente resulta la copiosa cita de autores italianos, que estudian una legislación en la cual no existe el delito de robo como ilícito autónomo, sino el hurto agravado; sin embargo, como lo observa un tratadista argentino: "El viejo Derecho ita-

liano empleaba el término "rapiña" para denominar el hecho consistente en el violento arrebato de la cosa de la mano y aún de encima del poseedor (subrayo), como podría ser su capa, pero sin usar violencia moral en su contra ni poner mano en su cuerpo..." El mismo autor transcribe el art. 392 del código penal toscano, que dice: "Cuando la violencia ejercida por el ladrón no fue dirigida a ofender ni a atemorizar a la persona, sino únicamente a arrebatarle de la mano o de encima la cosa, se tiene el título de rapiña".

Se podrá decir que en la legislación colombiana no existe el delito de "rapiña" pero como no se trata de la palabra literal en sí, sino de su contenido o concepto, es indudable que nuestro "raponazo" consiste "en el violento arrebato de la cosa (o cartera o reloj) de la mano y aún de encima del poseedor, como podría ser su capa" o su sombrero en nuestro medio.

Segundo. La Corte tuvo oportunidad de pronunciarse sobre esta clase de ilícitos, en la sentencia de fecha 12 de diciembre de 1969, a la cual pertenecen los párrafos sustanciales que se transcriben:

"I. Hechos: a) De acuerdo con la narración que aparece en autos, a las dos y media de la tarde del 23 de julio de 1968, Ligia Reyes de Ocampo se disponía a subir a un bus de servicio público en la Avenida Jiménez de Quesada con la carrera décima de esta capital, momento aprovechado por el procesado para arrebatarle la cartera que portaba, emprendiendo en seguida la fuga, pero ante los gritos de la damnificada, la cooperación de varios ciudadanos y la directa intervención del Coronel Víctor Delgado Mallarino fue capturado y se le encontró la cartera que contenía la suma de doscientos pesos y un reloj Mido todo lo cual se estimó en la cantidad de setecientos sesenta pesos.

"b) En el auto de proceder dictado por el juez 58 penal municipal de Bogotá, se lee:

" 'Ocupándonos ahora de entrar a calificar el aludido delito contra la propiedad, consistente en la sustracción de la cartera arrebatada por el denunciado a la denunciante y con la cual emprendió carrera, lógico es comprender que tal carrera fue la acción encaminada por el denunciado a contener el obstáculo en defensa del bien de que acababa de apropiarse. No obstante la carrera que tal sindicado se ingenió para obtener el propósito del aprovechamiento que en fin de cuentas no lo logró porque como se dijo la cartera se recuperó, se configura el delito de hurto, ya que no hubo violencia contra las personas o las cosas.

" 'Sentado lo anterior, debemos concluir que estamos frente a la figura jurídica del delito de hurto'. (fls. 22 cdno. Nº 1º)".

El Tribunal de Bogotá, aceptando la tesis del hurto, condenó al procesado a la pena respectiva por este delito, pero el fiscal sexto interpuso el recurso de casación con fundamento en la causal cuarta, que el procurador delegado en lo penal prohijó parcialmente, porque consideró que se trataba solamente de un delito de robo frustrado.

En aquel fallo, la Corte expuso:

"a) Conviene destacar, con el fin de evitar equivocadas interpretaciones, que la causal de nulidad alegada en este recurso no tiene la calidad de constitucional, sino de legal, porque el art. 198 del C. de P. P., en el ord. 5º considera como tal el 'haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo a la denominación jurídica de la infracción', que presupone, obviamente, la aceptación de los elementos de hecho, en cuanto a su existencia y modalidades, pero cuya calificación o adecuación a la norma penal se estima equivocada al darle una denominación distinta de la que realmente le corresponde.

"b) Definir si un acto dado, como el hecho de arrebatar a una persona algún objeto de su propiedad, una cartera, por ejemplo no es un elemento de derecho que venga a integrar el cuerpo del delito, sino que, como uno de hecho, queda a la consideración del juez en función con las pruebas allegadas al proceso; de manera que al definirlo en cuanto a su naturaleza, la doc-

trina o jurisprudencia, o mejor, la sentencia, no está creando un nuevo delito, con evidente violación del artículo 26 de la Constitución, sino verificando un hecho, porque ninguna ley ha definido qué actos deben calificarse como 'medio de violencia'; y, en consecuencia, al estimar el juzgador una determinada acción como acto de violencia', no está creando un delito por analogía sino dando una aplicación a una norma preexistente o sea el art. 402 del C. P., modificado por el 2º de la ley 4ª de 1943.

"c) En los delitos contra la propiedad no puede confundirse la consumación del ilícito con el aprovechamiento económico que el procesado obtenga o pueda obtener de la infracción; de ahí que los arts. conducentes del C. P. (397 a 402) se refieren a 'sustracción' o 'apoderamiento de alguna cosa mueble, mas no el aprovechamiento económico de la cosa sustraída o de la cual se apoderó mediante violencia a la cosa o persona.

"d) El hecho imputado al procesado (Ruiz Alfonso), en cuanto despojó o arrebató a Ligia Reyes de Ocampo su cartera, no puede calificarse sino como robo, porque entró en juego la violencia, pues el significado de tales palabras según el Diccionario de la Lengua: 'Arrebatar —Quitar o tomar alguna cosa con violencia y fuerza— Llevar tras sí o consigo con fuerza irresistible...' 'Despojar Privar a uno de lo que goza y tiene; desposeerle de ello con violencia...' Por tanto, darle a las palabras el correcto significado que tienen en el idioma, no implica la invención de un delito, sino la definición de una cuestión de hecho, prevista y calificada en la respectiva disposición penal.

"e) El acto atribuído a Ruiz Alfonso no puede denominarse sino como un despojo o que arrebató la cartera a la víctima del ilícito; y esta calificación de la acción no es del fiscal ni de la Corte, sino que los jueces de instancia la usaron, porque son los únicos verbos precisos para dar una idea exacta de la acción de Ruiz Alfonso: en el auto de proceder, en el aparte antes copiado, se refiere a la cartera arrebatada por el denunciado a la denunciante...' (Fl. 22 Cdno. Nº 1º): en la sentencia recurrida se lee: 'La señora Ligia Reyes de Ocampo, en momentos en que tomaba un bus, con algunos familiares en esta ciudad, fue despojada de la cartera de brazo por Gustavo Ruiz Alfonso, quien emprendió la huída...' (Fl. 28 cdno. Nº 3).

"f) El acto de despojar o arrebatar, en este caso, se dice que no puede reputarse como un medio de violencia, porque ni en la persona ni en el objeto dejó huella alguna o 'mutación en su conformación, ruptura, desgarramiento, distorsión; de ahí que algunos tratadistas sean enfáticos en exigir una fuerza anormal distinta de la natural y usual para tomar posesión de la cosa'; sin embargo, semejante modo de argumentar, además de estar en abierta oposición con el hecho consumado por Ruiz Alfonso, entraña un inaceptable concepto subjetivo al considerar que el despojar o arrebatar alguna cosa a su dueño, no es sino un acto normal, 'natural y usual para tomar posesión de la cosa', algo que resulta manifiestamente inaceptable por decir lo menos.

"g) Claro está que existen ciertos actos, mencionados en los apartes antes transcritos, que no pueden reputarse como 'medio de violencia', pero para calificarlos así deben revestir una 'forma semejante a como procedería el mismo propietario'; en otras palabras tener la calidad de normal, natural y usual, como cuando el dueño separa del árbol una fruta, que si bien requiere el empleo de cierta fuerza material, por sí misma, no podría integrar un delito de robo en caso de que la operación se llevara a efecto por un tercero sin derecho alguno; sin embargo nadie se atrevería a calificar como natural, normal y usual el acto atribuído al procesado que en la vía pública arrebató o despojó de la cartera a Ligia Reyes de Ocampo, aun cuando sean, desgraciadamente, de frecuente ocurrencia en esta ciudad.

"h) Finalmente, al sostener que no hubo violencia en virtud de la inexistencia de 'ruptura, desgarramiento, distorsión, etc.'

se confunde en la sentencia los efectos con la causa, porque la violencia es la causa que, ordinariamente, mas no siempre, deja huellas o rastros, como los indicados, pero si no existen, no puede afirmarse que no hubo violencia, sino que será más o menos difícil producir la prueba; y en el caso sub judice, hubo testigos que intervinieron cuando Ruiz Alfonso en forma violenta se apoderó de la cartera de la denunciante. En resumen los actos de violencia no requieren que necesariamente dejen ruptura, desgarramiento, distorsión, etc., o huellas en términos generales, para que existan aun cuando, en caso contrario, no puede ser difícil allegar la prueba al proceso, más no imposible.

"Debe concluirse, pues, que en el auto de proceder se incurrió en error en la calificación jurídica del ilícito, que impone la invalidación del fallo recurrido y la reposición de todo lo actuado a partir del auto de proceder que debe dictarse nuevamente por el juez competente".

Tercero. En el Dominical del 25 de enero de 1970, que se publica en esta capital, con ocasión del fallo de la Corte antes copiado en lo puramente sustancial, se hizo el siguiente comentario:

"En el lenguaje del Código Penal colombiano y en la mente de los jueces cultos, 'hurto' es sustracción y 'robo' es apoderamiento. La sustracción del hurto excluye la violencia. Lo que se sustrae no se arrebata: se extrae por debajo, se saca de la posesión de su dueño, con audacia, con malicia de apropiación o con destreza. No hay empleo de la fuerza contra la persona ni contra las cosas. En cuanto aparezca la fuerza, no es hurto sino robo, no es sustracción sino apoderamiento necesariamente con violencia si la fuerza se aplica para aprovechar la sorpresa de la víctima, que por verse sorprendida no puede oponer ninguna resistencia oportuna en defensa de su propiedad, o para vencer cualquier grado de resistencia que enfrente en caso de lograr advertir el atentado.

"La misma palabra 'raponazo', establecida en el habla bogotana, contiene la idea de violencia. Todo esto parece muy sencillo. Y sin embargo...

"Creíamos que la clásica distinción entre hurto y robo era cuestión resuelta, al menos desde las sabias lecciones de Francesco Carrara para sus alumnos de Pisa y la posteridad. La diferencia, clara en sí misma desde los romanos, halló en él un maestro todavía insuperable. Hay hurto y hurto violento. Si robo se pudiera designar como el nombre de hurto, habría que agregar la calificación: robo es hurto violento. El hurto es solo 'contrectatio' fraudalenta. Valga, por adorno del latín, la definición del romamano Paulo: 'Furtum est contrectatio fraudulosa, invito dómino (contra la voluntad del dueño) lucri faciendi causa'. Si además del ánimo de lucro aparecía el acto de violencia, la calificación se agravaba, ayer como hoy.

"Con todo, la casación publicada en El Espectador demuestra que aún existen abogados capaces de sostener que el 'raponazo' no es violento, no es robo, sino hurto, como quien dice un delito menor.

"'El hecho imputado al procesado en cuanto despojó o arrebató a la denunciante su cartera, no puede calificarse sino como robo, porque entró en juego la violencia', dicta con razón el fallo: Parece que así lo admitió también el defensor del 'raponazo', pero colocando a la Corte en el trabajo de argüir contra esta tesis sutil: el acto de arrebatar la cartera a la señora 'no es un acto de violencia, porque ni en la persona ni en el objeto dejó huella alguna, o mutación en su conformación, ruptura, desgarramiento, distorsión'.

"Es la primera vez que oímos afirmar que el robo debe ir acompañado de daño en cosa ajena o de lesiones personales. Lo que se castiga es la violencia del 'raponazo' no son los desperfectos en la cosa rapada ni las lesiones contra el dueño, sino la intensidad de la rapiña que aminora la capacidad defensiva de la propiedad.

"La rapiña es violencia. Esta palabra no existe en la terminología penal colombiana. Carrara la comenta en el Código toscano. Con alguna denominación que ahora no somos capaces de precisar, existía también entre los romanos. La rapiña se consideraba una modalidad intermedia entre el hurto y el hurto calificado violento. Fue una figura creada por los prácticos con un sentido de benignidad, porque el hurto violento, o robo, se castigaba con la pena de muerte. La figura delictiva de la rapiña (el 'raponazo' de aquí), se estableció para eximir su violencia de ese castigo.

"Entre nosotros, en nuestro tiempo, no es el caso buscar calificaciones para el 'raponazo'. Su misma odiosidad, su creciente carácter de amenaza pública, el desasosiego general que produce en los transeúntes su sola espectativa, y el sentimiento común de desamparo a la luz del día en las calles más centrales de la ciudad, son males que deben combatirse con criterios severos para la calificación del 'raponazo'.

En síntesis, un raponazo se parece a otro como una gota de agua a otra; de manera que resulta inoperante el más agudo y hábil casuismo, para admitir el elemento violencia en unos y desecharlo en otros.

Bogotá, fecha ut supra.

Efrén Osejo Peña.

IMPEDIMENTOS

No es causal de impedimento la amistad íntima o la enemistad grave entre el Juez o Magistrado con el apoderado o defensor que ya no es parte en el juicio. — La Corte reitera su anterior doctrina en relación al impedimento por parentesco el cual tiene carácter permanente a pesar de que el defensor o apoderado haya hecho dejación del cargo, cuando su actuación ha sido sustancial en el proceso.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, diecisiete de junio de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Doctor Alvaro Luna Gómez).

(Aprobado: Acta número 21, junio 17 de 1971).

Vistos

Por virtud de lo dispuesto en el artículo 74 del Código de Procedimiento Penal, debe esta Sala decidir de plano si es procedente o no el impedimiento manifestado por el Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, doctor Pedro Elías Serrano Abadía y que por auto de 17 de mayo del año en curso no le aceptaron los restantes Magistrados de la respectiva Sala de Decisión.

Primero: Antecedentes y manifestación del impedimento

1. Dentro del proceso seguido contra Luis Carlos Caicedo Valencia por el delito de homicidio en José Delmiro Cabezas, cuando las respectivas diligencias subieron al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en virtud del recurso de apelación interpuesto contra el auto de enjuiciamiento, el Magistrado Serrano Abadía se declaró impedido por "amistad íntima" con el apoderado en ese entonces del sindicado, abogado Francisco José Ferreira Delgado, a quien le había sustituído el poder el abogado Armando Holguín (fl. 249). El impedimento le fue aceptado (fl. 250) y se sorteó Conjuez (fl. 253) quien, debidamente posesionado (fl. 253) formó parte integrante de la Sala de Decisión que conoció del recurso (fl. 260 vto). El procesado, al ser notificado de la providencia, nombró como defensor al abogado Armando Holguín (fl. 261 vto.) quien, posesionado del cargo (fl. 264), solicitó pruebas en la etapa respectiva del juicio (fl. 279), intervino en la audiencia pública (fls. 180 ss. —sic—) y hasta la fecha ha continuado al frente del cargo.

2. Cabe destacar que la instrucción sumaria fue desarrollada por la Inspección Tercera Superior de Policía de Cali; que en la indagatoria el sindicado fue asistido por el abogado Libardo Lozano Guerrero (fls. 12 vto., 18) lo mismo que en esta primera etapa; que el 3 de septiembre de 1959, el Juzgado Primero Superior del Distrito Judicial de Cali, al cual correspondió en reparto el conocimiento del negocio (fl. 154 vto.), declaró cerrada la investigación (fl. 159) y que el 5 de febrero de 1968, el mismo Juzgado, teniendo ahora como titular al doctor Armando Holguín S., quien posteriormente y como ya se ha anotado aparece como defensor del encausado, decretó la nulidad del auto de clausura de investigación en atención a que regía nuevo pre-

cepto sobre la materia (Decreto 1358 de 1964) y la declaró cerrada de nuevo con las consecuencias de rigor (fl. 176). Que con posterioridad a su notificación al procesado, éste designó como apoderado al abogado Armando Holguín S., en escrito dirigido al efecto al Juez del conocimiento, que aparece con nota de aceptación del designado (fl. 203), quien luego de tomar posesión del cargo (fl. 204) y en ejercicio de la facultad de sustituir, lo hizo en el abogado Francisco José Ferreira (fl. 205), quien una vez posesionado del mandato (fl. 207), en escrito al Juez del conocimiento pidió reposición de la providencia enjuiciatoria y el que el expediente fuera enviado al Fiscal del Juzgado "para que opine sobre la aplicación del Art. 153". En subsidio apeló (fls. 208 ss.). El auto recurrido se repuso para llamar a juicio criminal por homicidio culposo, en vez de intencional como lo había sido antes y, entre otras disposiciones también se tomó la de enviar el expediente al Ministerio Público a fin de que conceptuara sobre aplicación del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal (fls. 220 ss.). Como el Fiscal del Juzgado no estuviera de acuerdo con la nueva calificación dada a los hechos, apeló de ella (fls. 233 ss.). Enviadas al Tribunal las diligencias, el Magistrado Pedro Elías Serrano Abadía manifestó por primera vez el impedimento por amistad íntima con el defensor Francisco José Ferreira Delgado (fl. 249), impedimento que le fue aceptado (fl. 250), habiéndose seguido la tramitación en la forma en que se deja reseñada en el párrafo inmediatamente anterior.

3. Ahora expone el Magistrado Serrano Abadía que en ocasión anterior se había declarado impedido dentro de este negocio, "porque en él intervenía el doctor Francisco José Ferreira Delgado como apoderado del sindicado ... y es un hecho público y notorio la amistad íntima que me une a dicho profesional" y que ese impedimento le fue aceptado. Agrega: "Con posterioridad a la ejecutoria del enjuiciamiento, durante la etapa de la causa y en la audiencia pública, actuó como defensor el doctor Armando Holguín Sarria. Como quiera que para mí el impedimento subsiste, así lo manifiesto nuevamente" y lo fundamenta con cita e interpretación que hace de una providencia de la Corte de 23 de noviembre de 1967.

Por su parte la correspondiente Sala Dual para no aceptarle el impedimento argumenta que "cree interpretar debidamente la citada jurisprudencia, cuando ella alude al impedimento por parentesco entre el Juez o Magistrado y el apoderado o defensor del reo, restringiendo ese impedimento a los vínculos de sangre o afinidad, pero no extensivo en tratándose de la amistad o enemistad".

Segundo: Consideraciones de la Sala

1. La jurisprudencia que invoca, por vía interpretativa, el Magistrado Serrano Abadía para fundamentar su impedimento, a falta de expresa disposición legal, considera, en concreto, la causal de inhibición contemplada en el ordinal 3º del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal: "Ser el juez o magistrado, o su mujer, pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad del apoderado o defensor de alguna de las partes". Entonces, sobre ella apuntó la Corte que siendo las relaciones de parentesco permanentes y no transitorias, la gestión cumplida por un pariente del funcionario puede inclinar el ánimo de éste a la función que aquel haya cumplido, teniendo siempre en cuenta que ésta "sea de carácter sustancial y no simplemente accidental, esto es, que tenga la capacidad suficiente para crear el vínculo que compromete al juez o magistrado con las tesis sostenidas por el apoderado o defensor". No se pretendió en tal ocasión, ni podía pretenderse, crear una nueva causal de impedimento o recusación sino que, con tal interpretación y para esos casos concretos del ordinal 3º citado, en atención a la permanencia de los nexos de parentesco fijados por la ley y a la labor esencial de defensa llevada a término por los apoderados o defensores, se quiso resguardar el mejor nombre de la administración de justicia contra toda sobra que pudiera llegar a opacarlo. Porque llevada a término una labor fundamental por parte de un pariente del juez o magistrado dentro de un determi-

nado proceso, se consideró que tal labor "genera el susodicho impedimento por un fenómeno de refracción afectiva que puede inclinar el ánimo en favor de la labor realizada por el pariente, así éste haya cesado en sus funciones de apoderado o defensor de una de las partes, ya que es indispensable que lo sea de éstas tal como lo tiene establecida la jurisprudencia de la Corte".

Ahora bien: En el caso que entonces fue contemplado, se generó el impedimento en vínculos de parentesco y en torno a ello se desarrolló el estudio pertinente.

2. Pero, en tratándose de la "amistad íntima" y habiendo dejado de ser el "amigo íntimo" del juez o magistrado el apoderado o defensor de una de las partes, como se plantea en el caso concreto ahora sometido a estudio, la apreciación del problema y, en consecuencia, su solución, habrán de ser distintas:

En efecto:

Lo que mueve a consagrar esta causal de inhibición es el interés directo y personal que el "amigo íntimo" del juez o magistrado pueda tener actualmente en ese determinado asunto judicial. Si ese interés de orden afectivo, económico o sentimental ha desaparecido en el "amigo íntimo" del funcionario por no ser ya parte en el juicio, la causal de impedimento también ha desaparecido. Porque no se puede concebir cómo un funcionario pueda tener un particular interés en un negocio, en atención a su amistad íntima con un apoderado o defensor que ya está despojado de su investidura como tal y, en consecuencia, es ajeno a las resultas concretas del proceso. En estas condiciones ha desaparecido el vínculo de unión, el nexo de causalidad, que vendría a ligar, con esa clase de interés, al funcionario con las resultas del proceso. No puede, entonces, el funcionario, por sí y ante sí, hacer suyo un interés de un amigo que ya no lo tiene. Otra cosa perfectamente distinta es el interés de orden intelectual que pueda generar el suceso o insuceso de determinadas tesis jurídicas que hayan sido planteadas, pero en las cuales no se tiene ya un interés concreto actual de orden práctico. El abogado que ha dejado de ser apoderado o defensor en un proceso determinado, ya no se siente concretamente vinculado a él, a sus resultas prácticas, en cuanto hace relación a la persona a quien prestaba sus servicios profesionales. Sentar la tesis contraria vendría a consagrar, extra-ley, una causal de impedimento a la cual podría aferrarse cualquiera, pues es de presumir que en todo abogado litigante y en todo funcionario hay un interés, en el sentido de inquietud intelectual, por el resultado de cualquier tesis de orden jurídico que pudiera plantearse dentro de cualquier negocio.

De ahí que el verbo y su inflexión que rige el ordinal 5º del artículo 73 del estatuto procesal penal por ser tan claro y expresivo, no admita ninguna interpretación: "EXISTIR enemistad grave o amistad íntima entre alguna de las partes o su apoderado o defensor y el juez o magistrado".

EXISTIR es "Tener una cosa ser real y verdadero. Tener vida" (Dic. de la Real Academia Española). Denota, pues, actualidad del sentimiento o asunto o fenómeno o circunstancia de que se trate. En el sentido del ordinal 5º del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal, cuando éste se refiere a la "amistad íntima" entre "alguna de las partes o su apoderado o defensor" y "el juez o magistrado", ello quiere decir que lo que debe tener existencia actual, que lo que debe tener vida real actualmente, es el nexo o relación de "amistad íntima" entre el funcionario y la parte o quien la represente actualmente, en el momento presente. De manera que si ese vínculo, si ese nexo de "amistad íntima" no puede estructurarse por ausencia de uno de los términos para establecer esa precisa relación, que es lo que constituye esta causal de inhibición, ella ha dejado de existir. Que es lo que ocurre en el caso que se viene contemplando: uno de los extremos necesarios, indispensables para establecer esa relación de "amistad íntima" ha dejado de tener vida en el proceso, por ausencia de la persona con quien podía y debía establecerse. Lo que lleva a la conclusión de que no puede aceptarse el impedimento manifestado.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DECLARA INFUNDADO el impedimento manifestado en ese asunto por el Magistrado doctor Pedro Elías Serrano Abadía y del cual se ha hecho mérito.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

José María Velasco Guerrero, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta.

J. Evencio Posada V., Secretario.

ESTADO DE IRA E INTENSO DOLOR

La Corte reitera su doctrina en el sentido de que la atenuante de ira e intenso dolor procede cuando es causada por grave e injusta provocación y así deben reconocerlo expresamente los Jueces Populares.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, veintiocho de junio de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Doctor Julio Roncallo Acosta).

(Aprobado: Acta número 22 de 25 de junio de 1971).

Vistos

Se decide el recurso extraordinario de casación interpuesto por el Fiscal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar contra la sentencia de veintiuno de marzo de mil novecientos sesenta y ocho, mediante la cual aquella Corporación, previa revocatoria parcial de la sentencia de primer grado, condenó a Jorge Antonio Claro Pérez a la pena principal de treinta (30) meses de presidio, como responsable del delito de homicidio, perpetrado en la persona de Rafael Plata Ovallos.

Con oportunidad del traslado previsto por el artículo 3º del Decreto 1154 de 1964, la Procuraduría Segunda Delegada tuvo a bien manifestar que no hacía uso de la facultad conferida por la mencionada disposición y que, consecuentemente, se abstenía de ampliar la demanda formulada.

Antecedentes

a) El fallo recurrido resume en los siguientes términos los hechos debatidos en el juicio:

"Historian los autos que el día 23 de julio de 1965, como a eso de las cuatro de la tarde, llegó el señor Rafael Plata Ovallos a su finca denominada "El Bosque", situada en el Corregimiento de Manaure, Municipio de Robles; en dicha finca encontró al sindicado Jorge Claro Pérez, quien venía trabajando desde hacía mucho tiempo al lado de la hoy víctima Plata Ovallos y a la concubina de Claro Pérez, Ana Mercedes Pérez; esta le sirvió el almuerzo a su patrón, como era de costumbre, y después de esto el occiso encargó a su trabajador Claro Pérez para que fuera a buscar aguardiente donde Críspulo Sarabia, pero al no tener esta clase de bebidas alcohólicas, llevó guarapo mosto, que comenzaron a ingerir aproximadamente a las cinco y media de la tarde, en la habitación ocupada por Rafael Plata Ovallos. En el curso del consumo de esta bebida embriagante, entre el propietario de la finca y el trabajador Jorge Claro Pérez, se suscitó una acalorada discusión motivada por algunos cultivos que el sindicado le atendía a Plata Ovallos, la que degeneró en un hecho extremadamente grave, al causarle Pérez varias heridas a Plata Ovallos, al propinarle violentas cuchilladas en su cuerpo, lo que le produjo la muerte pocos días después en la clínica Solma de esta ciudad". (Valledupar).

b) Adelantada la etapa investigativa, mediante providencia del once de febrero de mil novecientos sesenta y seis el Juzgado Segundo Superior del Distrito Judicial de Valledupar abrió causa criminal con intervención del Jurado contra Jorge Antonio Claro Pérez, por el delito de homicidio en la

persona de Rafael Plata Ovallos, en las circunstancias de tiempo, modo y lugar anotados en la parte motiva de aquella, en la cual se expresó que las lesiones mortales se habían cometido en riña imprevista, vale decir, dentro de las circunstancias previstas por el artículo 384 del C. P., auto enjuiciatorio que el ad-quem confirmó en el suyo de fecha diecinueve de diciembre de mil novecientos sesenta y seis.

c) Con oportunidad de la audiencia pública el Juez de la causa sometió a la consideración del jurado de conciencia el siguiente cuestionario:

"El acusado Jorge Claro Pérez, es responsable, SI o NO, de haberle ocasionado la muerte con el propósito de matar, al señor Rafael Plata Ovallos, por medio de lesiones que le causó con arma corto-punzante (cuchilla), las cuales describe la pericia médica visible al folio ochenta y siete (87) del proceso habiendo procedido el victimario en riña imprevista con el occiso, según hechos acaecidos en las primeras horas de la noche del veintirés (23) de julio de mil novecientos sesenta y cinco (1965), en la finca denominada El Bosque, ubicada en jurisdicción del Corregimiento de Manaure, Municipio de Robles, de la comprensión de este Distrito Judicial?"

d) Oídas las exposiciones de las partes, el Tribunal popular respondió así:

"Lo consideramos responsable, pero habiendo obrado impulsado por un estado de ira e intenso dolor".

e) Interpretando el veredicto como declarativo de la responsabilidad dentro de las circunstancias contempladas por el ya citado artículo 384 del C. P., el juzgador de primer grado, en sentencia del veintisiete de julio de mil novecientos sesenta y siete, condenó al acusado Claro Pérez, por el homicidio de autos, a la pena principal de cuatro (4) años de presidio, a las accesorias de rigor legal y a pagar a los interesados, de acuerdo con la ley civil, la cantidad de ciento sesenta mil pesos ($ 160.000.00), "como resarcimiento de los perjuicios ocasionados con la infracción". Fallo que el Tribunal sustituyó parcialmente mediante el que fue luego recurrido en casación por el respectivo representante del Ministerio Público.

El recurso extraordinario

La acusación contra la sentencia de segundo grado se sustenta sobre el medio impugnativo consagrado por el ordinal 2º del artículo 56 del Decreto 528 de 1964: Desacuerdo de la sentencia con el veredicto del Jurado. Planteamiento en cuyo favor argumenta el demandante:

"El Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, Sala Penal de Decisión, al dictar esa sentencia, originó el hecho configurativo de la causal que alego, pues en ella se condena por homicidio en estado de ira e intenso dolor causado por grave e injusta provocación a la pena de treinta meses de presidio, cuando el Jurado de Conciencia lo declaró en su veredicto responsable, pero habiendo obrado en estado de ira e intenso dolor, porque al hacer tal declaratoria reconoció que el homicidio lo había cometido en la circunstancia modificadora de la riña imprevista, pues esa respuesta corresponde absolutamente a la cuestión puesta a su consideración, que fue elaborada conforme a los cargos concretados en el auto de proceder.

"No se puede estimar que ese veredicto desconoció la circunstancia atenuante de la riña imprevista, cuya motivación se hizo en el auto de proceder, porque tal desconocimiento si jurídicamente es posible, debe hacerse de manera expresa, y no se hizo en esta forma.

"La otra circunstancia reconocida por el Jurado la de 'pero habiendo obrado impulsado por un estado de ira e intenso dolor', no es atenuante de la responsabilidad, por cuanto no está entre las que como tales puntualiza la ley. La del estado de ira e intenso dolor, tiene que ser originada por un hecho de injusta provocación de condiciones graves, que debe ser reconocido por el Jurado en su veredicto para que tal cir-

cunstancia pueda considerarse por el Juez de derecho como atenuante de la responsabilidad, artículo 28 del Código Penal. No es suficiente pues la simple enunciación o reconocimiento de la circunstancia sin su motivo determinante, aunque las partes durante la audiencia lo hayan alegado y exista de esa alegación la respectiva constancia en el acta de la audiencia, pues al Juez de derecho no le está permitido hacer interpretaciones de términos no escritos en el veredicto para concluir que el Jurado Popular quiso reconocer determinada circunstancia eximente, agravante o atenuante de responsabilidad, porque no tiene la materia o elemento de la interpretación, así sea que en el acta de las actuaciones en la audiencia, aparezca que se alegó una de esas circunstancias. Ello solo es posible cuando se utiliza por el Jurado Popular, al que no se le puede exigir conocimientos jurídicos, términos confusos en su veredicto, pues estos son la materia de la interpretación, entonces sí es necesario recurrir al acta para establecer lo que quiso decir el Jurado, teniendo en cuenta lo dicho confusamente, y no lo no dicho o no escrito, porque no se puede hacer interpretación de lo inexistente.

"La interpretación del veredicto no implica adicionamiento del mismo, es el medio de su aclaración.

"No se puede concluir que el Jurado Popular quiso decir tal cosa cuando no la ha expresado en ninguna forma, porque ello implica una adición del veredicto por el Juez de derecho, que no le está permitida, porque el veredicto es de Jueces de Conciencia únicamente, y no de estos y el de derecho, porque con ella se contraría la finalidad esencial del procedimiento de juzgamiento en audiencia pública con intervención del Jurado Popular, cual es la de que este únicamente en conciencia, declare sí o no es responsable el acusado de la comisión del ilícito simplemente o en una de esas circunstancias, y la concordancia o unidad que debe existir entre la sentencia, el veredicto y el auto de proceder".

El libelo concluye expresando que la sentencia recurrida viola el artículo 15 del Decreto 1358, conforme al cual, en los procesos con intervención del jurado, la sentencia se dictará de acuerdo con la calificación que aquel diere a los hechos sobre los cuales haya versado el debate.

La Corte considera

1. Ya se recordó en el lugar adecuado del presente fallo que en la parte considerativa del auto de proceder quedó claramente expresado que el homicidio a que se contrae el proceso se había perpetrado dentro de las circunstancias contempladas por el artículo 384 del C. P., tema ampliamente tratado por el Tribunal al revisar, por vía de apelación, el llamamiento a juicio de primer grado. En efecto, el juzgador de segunda instancia, después de examinar la prueba de autos sobre el particular y de referirse extensamente al fenómeno de la riña imprevista, dijo: "La calificación dada por el Juez a-quo en el auto enjuicitatorio al abrir causa criminal contra Claro Pérez por el delito de homicidio en Rafael Plata Ovallos con las circunstancias modificadoras de que habla el artículo 384 del Código Penal, por haber cometido el homicidio en riña suscitada de un modo imprevisto para los combatientes, se ajusta a la realidad jurídica y procesal, y por tanto la Sala debe confirmar en todas sus partes".

2. También hubo de memorarse que con oportunidad de la audiencia pública el Juez de la causa, al compendiar el pliego de cargos en la formulación del cuestionario, incluyó por modo inequívoco la atenuante de la "riña imprevista". Y se observó asimismo que los jurados después de escuchar las exposiciones de las partes respondieron de manera textual: "Lo consideramos responsable, pero habiendo obrado impulsado por un estado de ira e intenso dolor".

3. Ahora bien: Tal respuesta, que no ofrece confusión alguna, está afirmando categóricamente la responsabilidad del acusado con respecto a la totalidad del cuadro criminoso propuesto con suma claridad en el cuestionario. En otros términos: La respuesta, así concebida, corresponde a una concreta y determinada situación jurídica, va-

le decir, a la responsabilidad derivada de una cierta conducta delictuosa (homicidio), pero calificada por la atenuante que el mismo cuestionario plantea, o sea la riña imprevista.

4. Así lo entendió el fallo de primera instancia, pero el ad-quem lo revocó parcialmente para acoger una situación distinta, fundándose, no en la voluntad declarada del Jurado, sino en la voluntad presunta del mismo, como lo demuestra el fiscal recurrente. En efecto, a la simple adición de que el responsable había "obrado impulsado por un estado de ira e intenso dolor" le asignó la categoría atenuante consagrada por el artículo 28 del Código Penal, olvidando que —como lo ha expuesto esta Sala en una de sus doctrinas más reiteradas— no es la cólera o el dolor lo que aminora el delito, sino la justa causa de esas intensas alteraciones anímicas. Podrían multiplicarse las citas de las numerosas oportunidades en que la Corte ha sostenido, de manera uniforme en cuanto al contenido conceptual, el criterio de que el fenómeno jurídico previsto por el memorado artículo 28 se desintegra cuando el veredicto pretermite la gravedad y la injusticia, factores necesarios o indispensables para que la provocación constituya circunstancia modificadora de la responsabilidad. Pero basta recordar los pasos siguientes:

"Es cosa bien distinta y de consecuencias jurídicas diferentes el que un delito se cometa en estado de ira, y el que ese mismo estado se manifieste como complemento de la provocación injusta y grave, pues esta segunda forma de explosión sí está consagrada como circunstancia modificadora del delito. Pero para ello es forzoso y necesario que esté expresado con absoluta nitidez en la respuesta del Jurado". (Sentencia, 12 de febrero de 1948, LXIV, 169).

"Cuando el jurado afirma que el homicida cometió el delito en un momento de ira e intenso dolor síquico simplemente, callando la condición, cumple un acto inoficioso, sin consecuencia jurídica alguna; y así como el Juez puede, si la juzga probada, aplicar esa circunstancia (como de menor peligrosidad), puede también en caso contrario desecharla, sin que el acto arbitral implique violación de la norma penal; pero si el Tribunal interpreta el veredicto en el sentido de que los estados emocionales fueron causados por grave e injusta provocación sin el expreso reconocimiento del jurado, ese Tribunal habría dictado sentencia sobre una calificación de los hechos distinta a la del jurado, esto es, en desacuerdo con el veredicto, creando así una nueva causal de casación y una consiguiente inestabilidad procesal contraria a los fines fundamentales del proceso". (Sentencia, 10 de marzo de 1947, LXII, 784).

5. Habiendo demostrado el recurrente que la voluntad declarada del tribunal popular traduce una precisa y concreta situación jurídica y que la sentencia acusada adoptó otra sustancialmente diversa, habrá de prosperar la causal segunda invocada. Procede, en consecuencia, casar parcialmente el fallo recurrido, sustituyéndolo, en lo pertinente, por el que debá reemplazarlo. En ejercicio de la atribución que le confiere el artículo 58, ordinal 1º, del Decreto 528 de 1964, la Corte estima correctamente individualizada la pena principal impuesta al reo en el fallo de primer grado, pero a los cuatro (4) años de presidio imponibles deducirá una quinta parte, conforme a la ley 40 de 1968.

Decisión

En virtud de las consideraciones que preceden, la Corte Suprema, —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, INVALIDA parcialmente la sentencia acusada, de fecha y origen indicados en la parte motiva, y, en su lugar, condena a Jorge Antonio Claro Pérez, cuyas condiciones civiles y personales constan en autos, a la pena principal de cuatro (4) años de presidio, como autor responsable del delito de homicidio, cometido en la persona de Rafael Plata Ovallos, según hechos ocurridos en el mes de julio de mil novecientos sesen-

ta y cinco (1965) en el Corregimiento de Manaure, Municipio de Robles, Distrito Judicial de Valledupar. Concédese una rebaja de la quinta parte de la pena privativa de la libertad aquí impuesta, condicionándola a los requisitos señalados en el artículo 3º de la Ley 40 de 1968. En lo demás rige el fallo acusado, excepto en cuanto a la sanción accesoria de pérdida de pensión, jubilación o sueldo de retiro, que se revoca (Art. 12, Ley 16 de 1969).

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

José María Velasco Guerrero, Mario Alario Di Filippo, Humberto Barrera Domínguez, Alvaro Luna Gómez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Romero Soto, Julio Roncallo Acosta.

J. Evencio Posada V., Secretario.

Sala de Casación Laboral

PENSION RESTRINGIDA DE JUBILACION

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, enero veinte (20) de mil novecientos setenta y uno (1971).

(Magistrado Ponente: Doctor Miguel Angel García B.).

(Acta número 1).

El señor Julio Antonio Hamburger Lubo, por medio de apoderado, demandó a la empresa Aerovías Nacionales de Colombia, S. A. "AVIANCA", en juicio ordinario laboral de mayor cuantía, el cual correspondió por repartimiento al Juzgado Tercero Laboral Municipal de Barranquilla, con la finalidad de que, se le reconociera pensión de invalidez, equiparada a jubilación al tenor de lo dispuesto por el inciso 2º del artículo 278 del C. S. T.

Como fundamento de hecho expuso los siguiente:

Que el señor Hamburger Lubo trabajó en "Lansa", Líneas Aéreas Nacionales, S. A., ya extinguida, desde el 11 de mayo de 1948 hasta el 20 de diciembre de 1951, o sea durante tres años, 7 meses y 9 días, y con la empresa demandada desde el 3 de marzo de 1952 hasta el 5 de agosto de 1964, o sean: 12 años, 5 meses y 2 días, lo que da un total de 16 años, 11 días servidos en las dos empresas.

Que el actor fue despedido estando enfermo, de enfermedad grave, que lo incapacita para trabajar en forma total, y que así lo diagnosticó el médico de la empresa, doctor Teodoro Tarud, diagnóstico que sirvió de base a la demandada para despedirlo.

Que es bien sabido que la Empresa "AVIANCA" al adquirir la Empresa "Lansa" la sustituyó en todos sus derechos y obligaciones.

Que el demandante tiene más de 55 años de edad.

La parte demandada se opuso a lo sustancial de la acción, expresó no constarle el tiempo servido por el demandante en la Empresa Lansa, y que el tiempo servido en "AVIANCA" es el comprendido del 4 de marzo de 1952 al 30 de julio de 1964.

Que el contrato de trabajo terminó por justa causa contemplada en el "suspendido" ordinal 5º del art. 63 del C. S. T.; Que como secuela de la lesión que padecía el demandante a la terminación del contrato de trabajo se le pagó la cantidad de $ 11.059.50 por concepto de invalidez permanente parcial, de acuerdo con el concepto médico, lo que ocurrió el 28 de agosto de 1964, según lo comprende el acta de conciliación celebrada en ese mismo Juzgado", en la cual entre otras cosas se dice que la empresa queda a paz y salvo con el señor Hamburger por concepto de 'indemnización por enfermedad no profesional' y además que, excepción hecha al posible derecho a la pensión de jubilación ordinaria, no tiene ni tendrá en el futuro que hacer ninguna clase de reclamación a Aerovías Nacionales de Colombia, S. A. "AVIANCA" por razón

de salarios, prestaciones e indemnizaciones, derechos y obligaciones, etc.".

Se remitió a lo que lograra probar el actor y propuso las excepciones de cosa Juzgada y Prescripción.

Concretada en esta forma la traba jurídico procesal y agotada la tramitación de primera instancia, terminó ésta con el fallo de veinticuatro de febrero del año próximo pasado, por el cual el Juzgado del conocimiento condenó a la Empresa Aerovías Nacionales de Colombia, S. A. "AVIANCA" a reconocer y pagar al señor Julio A. Hamburger Lubo, una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente a $ 829.46 desde el día 12 de abril de 1965.

Contra esa providencia interpuso recurso de apelación el apoderado de la parte demandada, y remitidos los autos al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, éste por medio de sentencia de fecha treinta de junio último, reformó la del inferior y condenó a la parte demandada a pagar a la actora una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente a seiscientos sesenta y tres pesos con 57/100 ($ 663.57) a partir del 12 de abril del año de 1970.

La parte demandada interpuso recurso de casación contra el fallo de segundo grado. Concedido éste y admitido aquí por la Sala, presentada en tiempo la demanda correspondiente, y sin réplica de la parte contraria se procede a decidir.

La demanda de Casación

Alcance de la impugnación

Dice el casacionista al fijar el alcance de su demanda lo siguiente:

"Aspiro con este recurso extraordinario a que la referida sentencia sea casada en su totalidad y que la Corte, en función de instancia, revoque el fallo de primer grado y absuelva a mi mandante de todo cargo".

Formula en desarrollo de su acción tres cargos así

"Primer cargo

"Violación directa, por interpretación errónea, del art. 8 de la Ley 171 de 1961 y del Art. 63-A ordinal 5º del C. S. T.

"Conforme a su texto literal y a la interpretación que ha venido dándole, sin un solo disentimiento anterior, la Jurisprudencia de los Juzgados y Tribunales del país y la muy clara y reiterada de esa Honorable Sala de la Corte, el art. 8 de la ley 171 de 1961 no contempla ninguna pensión a cargo del empresario en caso de despido con justa causa. Solamente prevé esa obligación patronal en tres eventos inequívocamente delimitados: A) por despido sin justa causa, con más de 10 y menos de 15 años de servicios, a los 60 años de edad; B) Por despido sin justa causa, después de 15 y menos de 20 años de servicios, a los 50 años de edad, y C) Por retiro voluntario del empleado, después de 15 y menos de 20 años de servicios, a los 60 años de edad.

"El sentenciador de Barranquilla da por probado que el señor Hamburger fue despedido por AVIANCA después de 16 años de servicios, con 55 años de edad, CON JUSTA CAUSA oportunamente invocada (incapacidad mayor de seis meses por grave enfermedad crónica, no profesional) y demostrada. No obstante lo cual, condena a la Empresa a pagarle al señor Hamburger la pensión proporcional a los 16 años a partir del cumplimiento de los 60 años de edad, 'Como si el retiro hubiese sido voluntario' según explica.

"Esta frase de la motivación, considerada aisladamente y frente a todas las pruebas del expediente, daría lugar a pensar en un error de hecho, que forzaría a enrutar el ataque por la vía indirecta. Pero el resto de la argumentación del H. Tribunal elimina esa duda inicial. Copio, en efecto:

'Pero admitido que el tiempo de servicios fue de más de 15 años, si bien discontinuos, y que el retiro SE PRODUJO POR DESPIDO, aunque POR JUSTA CAUSA consis-

tente en la enfermedad crónica, la cual no exime al patrono de las prestaciones (la subraya es del sentenciador) e indemnizaciones legales derivadas de la enfermedad. Quiere ello decir, y así LO INTERPRETA LA SALA, que esa justa causa, en este caso, no priva del derecho a la jubilación (Folio 19 cuaderno II)'.

No se trata, pues, de una cuestión probatoria, ni de dar por demostrado un HECHO, el retiro voluntario, que no lo está, o de negar, contra la evidencia, otro HECHO, el despido con justa causa.

"Expresamente se admite que el contrato con el señor Hamburger terminó POR DESPIDO, y no por retiro voluntario, y por ese despido tuvo JUSTA CAUSA. Se trata entonces, lisa y llanamente, de una peculiar interpretación de las normas legales que lleva al sentenciador a equiparar un determinado evento de DESPIDO CON JUSTA CAUSA al retiro voluntario, para efectos de la pensión prevista en el Art. 8º de la ley 171 de 1961.

"Esto queda más claro aún al copiar otro aparte de la motivación: 'No está fuera de lo pedido y debatido al resolver la jubilación, no ya por derivación del derecho a pensión de invalidez, sino con fundamento en el hecho del tiempo servido mayor de 15 años y haber cumplido los 60 años después del retiro, COMO SI ESTE HUBIESE SIDO VOLUNTARIO, contemplado en el artículo 8º, parágrafo 2º de la ley 171 de 1961; porque si el voluntario da derecho a la jubilación... o relacionados con él'.

"Puede observarse que el sentenciador hace una diatriba, por cierto muy atendible, contra el texto de la ley, que en su concepto ha debido equiparar la invalidez mayor de seis meses por enfermedad grave o crónica, al retiro voluntario del trabajador. (Incluso podría admitirse que sería recomendable asimilar esa "justa causa" al despido sin justa causa, para efectos jubilatorios después de los 50 años de edad, y no desde los 60). Pero la modificación sustancial de la norma corresponde privativamente al Legislador, y no al intérprete.

"He hablado también de equivocada interpretación del Art. 63-A, ordinal 5º del Código Sustantivo del Trabajo, porque parece que el Sentenciador tomara pie en la parte final de este otro precepto para la interpretación del Art. 8º de la Ley 171 de 1961. Allí se lee:

'Pero el despido por esta causa (la enfermedad) no exime al patrono de las prestaciones e indemnizaciones legales y convencionales derivadas de la enfermedad'.

"El código se refiere aquí, exclusivamente, a las prestaciones DERIVADAS DE LA ENFERMEDAD, en el sentido de que al trabajador despedido por esa causa legal se le deben todas las prestaciones que le habrían correspondido **por la misma enfermedad** si no hubiera sido despedido. Pero nada más. En nada puede referirse a la pensión de jubilación, ordinaria o extraordinaria plena o restringida, que en ningún caso es 'derivada de la enfermedad'."

Se estudia el cargo

El impugnante al enfocar la censura por vía directa, por interpretación errónea del art. 8º de la ley 171 de 1961 y del art. 63-A, ordinal 5º del C. S. T. (hoy art. 7º del decreto 2351 de 1965 ordinal 15), parte de la base del supuesto fáctico, no controvertido en casación de que, el promotor del juicio si fue despedido después de 16 años de servicio a la Empresa demandada, **mas por causa de enfermedad crónica, grave, no profesional y demostrada.**

Y, en esas condiciones considera que, siendo la causa justa, no cabe la pensión señalada por el **ad-quem**, como si el retiro hubiese sido voluntario.

Ciertamente, en materia de régimen jubilatorio, y en lo atinente a lo dispuesto por el Art. 8º de la ley 171 de 1961, esta norma establece que:

"El trabajador que sin justa causa sea despedido del servicio de una empresa de capital no inferior a ochocientos mil pesos ($ 800.000.00), después de haber laborado para la misma o para sus sucursales o subsidiarias durante más de diez (10) años y

menos de quince (15) años, continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de la presente ley, tendrá derecho a que la empresa lo pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos sesenta (60) años de edad, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido.

"Si el retiro se produjere por despido sin justa causa después de quince (15) años de dichos servicios, la pensión principiará a pagarse cuando el trabajador despedido cumpla los cincuenta (50) años de edad o desde la fecha del despido, si ya los hubiere cumplido. Si después del mismo tiempo el trabajador se retira voluntariamente, tendrá derecho a la pensión pero solo cuando cumpla sesenta (60) años de edad.

"La cuantía de la pensión será directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que le habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos necesarios para gozar de la pensión plena establecida en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, y se liquidará con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios.

"En todos los demás aspectos de la pensión aquí prevista se regirá por las normas legales de la pensión vitalicia de jubilación, etc.".

De forma que, como ya lo anotó la Corte en otras ocasiones, 'El código contemplaba un solo evento: despido sin justa causa, después de quince años de servicios, con cincuenta años de edad. La nueva ley dividió el tratamiento pensional según la antigüedad: Mas de diez años y menos de quince años de servicios, pensión-sanción por despido sin justa causa, a los sesenta años de edad. Más de quince años de servicio, pensión-sanción por despido sin justa causa, a los cincuenta años de edad. Pero, agregó otra causal: retiro voluntario después de quince años de servicio, a los sesenta años de edad, caso en el cual sería impropio hablar de "Sanción".

'Para la antigüedad con veinte años de servicio o más, la pensión plena de jubilación sigue regida por el Código Sustantivo del Trabajo (Art. 260 y 274)'.

En el caso sub judice, el meollo de la cuestión estriba en que, el actor señor Julio Antonio Hamburger, fue despedido por la empresa AVIANCA, después de un tiempo de servicio directo a esa empresa de más de doce años, y de servir en Lansa más de tres años, con un total de más de dieciséis años contando los meses y días, comprendidos en la demanda y contestación de la misma.

La continuidad patronal por sustitución de una empresa a otra y por tanto el servicio de más de dieciséis años, no ha sido motivo de la demanda de casación.

Dijo el Tribunal en la sentencia acusada:

"Pero admitido que el tiempo de servicios fue de más de 15 años, si bien discontinuos, y que el retiro se produjo por despido, aunque por justa causa consistente en la enfermedad crónica, la cual no exime al patrono de las prestaciones e indemnizaciones legales derivadas de la enfermedad. Quiere ello decir, así lo interpreta la Sala, que esa justa causa en este caso, no priva del derecho a la jubilación(...)

Y más adelante agrega:

"La reclamación de jubilación que ahora se ventila, es entonces la dejada a salvo en aquella conciliación con efecto de cosa juzgada. Y como la jubilación ordinaria es una, no empece sus diferencias de cuantía que solamente se deben al factor tiempo de servicios, no está fuera de lo pedido y debatido resolver la jubilación no ya por derivación del derecho a pensión de invalidez, sino con fundamento en el hecho del tiempo servido mayor de 15 años y haber cumplido los 60 años después del retiro, como si este hubiese sido voluntario, contemplado en el artículo 8º parágrafo 2º de la ley 171 de 1961; porque si el voluntario da derecho a la jubilación al cumplir tal edad, con mayor razón tiene que darlo el involuntario por enfermedad, siendo que las enfermedades no se contraen por voluntad de

quien las padece. Sería contrario al sentido de justicia social interpretar que la terminación por justa causa excluya esa jubilación, y menos la causal de enfermedad crónica, puesto que ni el retiro voluntario lo excluye, como tampoco se ha consagrado que la jubilación después de 20 años se pierda por el despido justificado. De forma que, para la Sala si bien no hay fundamento para la jubilación por conversión, sí la hay en razón del tiempo de servicio por haber ocurrido el retiro después de 15 años y haber cumplido el trabajador la edad de sesenta (60) años, desde la fecha en que los cumplió, o sea, desde el 12 de abril de 1970. (...)".

Es protuberante, pues, cómo el ad-quem, al interpretar el art. 8º de la ley 171 de 1961, que señala los casos restrictivos de pensión-sanción, con excepción del de retiro voluntario, asimiló el despido por causa justa originado por la enfermedad grave que padece el actor del juicio, al aludido retiro voluntario, y señaló la pensión correspondiente a ese evento, errando flagrantemente en tal interpretación de la norma jurídica citada, toda vez que, la empresa tuvo como motivo determinante del despido, el hecho comprobado clínicamente de que el señor Hamburger padece: "angina de pecho" (insuficiencia coronaria crónica), que según el concepto médico que aparece al folio 18 del cuaderno 1º, "Esta es una enfermedad no profesional, que le ocasiona invalidez permanente parcial (sic) que se gradua en un 96%..."

Y en esas condiciones en presencia de una enfermedad no profesional y demostrada, que el propio casacionista califica de grave y crónica, y en vista del altísimo porcentaje de invalidez que le fue señalado clínicamente, el actor del juicio estaba desde luego amparado por lo dispuesto por el art. 278 del Código Sustantivo del Trabajo, en cuyo apoyo precisamente impetró la pensión de invalidez convertida en jubilación.

No obstante la claridad del planteamiento, el ad-quem, como está advertido antes, estimó erradamente que no era el caso de ordenar la pensión de jubilación por invalidez, sino que, con fundamento en lo dispuesto por el art. 8º de la ley 171 de 1961, parte final del inciso segundo (retiro voluntario) condenó a la empresa demandada a pagar una pensión de jubilación inferior a la decretada por el Juzgado del conocimiento y a partir del 12 de abril de 1970, es decir, desde el cumplimiento de los sesenta años por parte del demandante.

Expresa el Tribunal como fundamento de su resolución que, el retiro por justa causa consistente en la enfermedad crónica, no exime al patrón de las prestaciones e indemnizaciones legales derivadas de la enfermedad, apoyado seguramente en lo dispuesto por el ordinal 15 del art. 7 del Decreto 2351 de 1965 o en el ordinal 5 del art. 63 del C. S. T., subrogado por el anteriormente citado, pero precisamente en el caso específico de que aquí se trata, esas prestaciones derivadas de la enfermedad están para el trabajador Hamburger reguladas por el art. 278 del mismo código. De forma que, el despido con causa justificativa no impedía el reconocimiento del derecho a la pensión, por invalidez de graves proporciones.

Tiene pues razón el casacionista en la formulación de este cargo; con todo, no puede quebrarse por ese motivo el fallo acusado, por cuanto al hacerlo surge el fenómeno de que, al proceder en sede de instancia, no podría la Corte revocar el fallo del a-quo, que es lo pedido por el impugnante si no por el contrario confirmarlo, lo que haría más gravosa su situación en el recurso.

No sobra anotar aquí, para mayor claridad que, el fallo del a-quo condenó a la empresa AVIANCA al pago de $ 829.46 como pensión mensual vitalicia de jubilación por invalidez y desde el 12 de abril de 1965, mientras que el Tribunal condenó a la parte demandada al pago de una pensión de jubilación fijada en $ 663.57 mensuales y a partir del 12 de abril de 1970.

Es decir que, el fallo de primera instancia fue más benéfico para el trabajador que el de segunda, tanto por el tiempo desde cuando fue decretada la jubilación como por la cuantía de la misma, pero contra esa sentencia del Tribunal no recurrió la parte demandante.

Esta compleja y contradictoria situación, impide desde el punto de vista de la lógica jurídica, la quiebra de la sentencia acusada como está anotado antes, y es también por esto por lo que no puede prosperar el cargo formulado.

Segundo cargo

En este segundo cargo el demandante de casación acusa la providencia recurrida por violación directa del art. 8º de la ley 171 de 1961, por aplicación indebida, con la natural finalidad consecuencial de que sea casada la sentencia materia del recurso y revocada la de primer grado.

Mas, como la resultante de la prosperidad del recurso sería exactamente igual a la señalada como conclusión para el primer cargo, no es menester entrar en mayores consideraciones para idéntico fin.

Es protuberante cómo, sea que se estime error en el juicio al apreciar la norma jurídica citada o aplicación indebida de la misma, no podría invalidarse el fallo del ad-quem para dar cabida a la confirmatoria de la del a-quo, ya que no cabría la revocatoria de éste, que es la pretensión del casacionista.

No prospera pues el cargo.

Tercer cargo

En este tercer cargo, el casacionista muy brevemente acusa la sentencia recurrida, por aplicación indebida del artículo 50 del Código de procedimiento laboral, que llevó al ad-quem a la indebida aplicación del art. 8º de la ley 171 de 1961, es decir que, el Tribunal falló al margen de lo pedido y debatido en juicio.

Ciertamente el pronunciamiento de la providencia de segundo grado operó extra petita, toda vez que el pedimento del actor se dirigió a la pensión por invalidez convertida en jubilación y no a pensión-sanción ni por retiro voluntario. Empero, de las argumentaciones expresadas en el estudio de los cargos anteriores, se deriva como conclusión, el imposible jurídico de infirmar la sentencia acusada, y por ello no puede prosperar el cargo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia materia del recurso, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, en este juicio.

No hay lugar a condenación en costas.

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

José Enrique Arboleda V., Miguel Angel García B., José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

HOMOLOGACION

La Corte, por providencia de 23 de enero de 1971, DECLARA INEXEQUIBLE el laudo arbitral proferido por el Tribunal de Arbitramento Obligatorio convocado para decidir el conflicto colectivo de trabajo suscitado entre la Electrificadora de Bolívar S. A. y el Sindicato de sus Trabajadores.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., veintirés de enero de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Doctor Jorge Gaviria Salazar).

(Acta número 2).

Se va a decidir el recurso de homologación que la Sociedad Anónima Electrificadora de Bolívar y su Sindicato de base, interpusieron en tiempo contra el Laudo Arbitral de fecha 16 de octubre de 1970, proferido por el Tribunal de Arbitramento obligatorio, convocado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y con el cual se puso fin al conflicto colectivo surgido a raíz de la presentación por parte de la organización sindical de un pliego de peticiones.

Antecedentes

Electrificadora de Bolívar S. A. y el Sindicato de Trabajadores de la misma, tenían celebrada una convención colectiva de trabajo cuya vigencia expiraba el 31 de marzo de 1970 (folios 49 y 50, cdno. número 3).

El 23 de marzo del año próximo pasado el Sindicato de base de la Empresa denunció parcialmente tal convención y en la misma fecha presentó el pliego de peticiones, origen del conflicto (folios 20, 24 a 27 cdno. número 2).

La Sociedad por su parte, también procedió el 30 de marzo de 1970 a denunciar la citada convención colectiva.

Las negociaciones en la etapa de arreglo directo se iniciaron el 16 de abril subsiguiente y terminaron sin que se hubiere llegado a acuerdo alguno (folios 46 a 86, cdno. número 2).

El 15 de mayo siguiente, comenzó la etapa de conciliación que se prolongó hasta el 10 de junio del mismo año, sin que tampoco las partes hubieran podido arreglar el diferendo (folios 2 a 18, cdno. número 2).

Como se trataba de una Empresa de servicio público, al fracasar las etapas de arreglo directo y de conciliación, el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social convocó de acuerdo con el artículo 34 del Decreto Extraordinario 2351 de 1965, hoy Ley 48 de 1968, un tribunal de arbitramento obligatorio y ordenó a las partes el nombramiento de sus respectivos árbitros dentro de las 48 horas siguientes, disponiendo que el tercero sería designado por el Ministerio (Resolución número 0802, de 19 de junio de 1970) (folios 210 y 211, cdno. número 3).

El 13 de julio de 1970, una vez que la Empresa y el Sindicato designaron sus árbitros, el Ministerio por Resolución 0932 de la misma fecha integró el Tribunal, así:

Por la Empresa, doctor Felipe S. Paz León.

Por el Sindicato, doctor Jorge Tadeo Lozano Osorio, y

Por el Ministerio, doctor Aníbal Pérez Sotomayor (folios 207 y 208, cdno. número 3).

El Tribunal así integrado, se instaló y entró en funciones el 27 de julio de 1970 (folio 204 cdno. número 3). El 5 de agosto le fue otorgada una prórroga de 15 días para dictar el fallo, mediante Resolución número 1172 y luego otra por el mismo término el 21 de septiembre, según aparece de la Resolución número 1528 dictadas por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (folios 150 y 151, cdno. número 3).

Antes de la concesión de esta última prórroga, el árbitro de la Empresa renunció el cargo, y la Sociedad designó en su reemplazo al doctor Ricardo Segovia Morales, quien fue reconocido como tal por el Ministerio, según Resolución número 1527 de 21 de septiembre de 1970 (folios 147 y 148, cdno. número 3).

Posesionado el nuevo árbitro, entró en funciones y el Tribunal profirió su Laudo el 16 de octubre de 1970.

Contra el fallo mencionado interpusieron los apoderados de las partes recurso extraordinario de homologación para ante la Sala Laboral de la Corte y el Tribunal de Arbitramento, con el fin de resolver lo pertinente, se reunió el 28 de octubre de 1970 y dictó el siguiente auto: "Envíese todo lo actuado a la H. Corte Suprema de Justicia (Sala Laboral) para lo de su cargo, de conformidad con la ley".

Solamente el apoderado de Electrificadora de Bolívar S. A., sustentó ante la Corte el recurso extraordinario, y presentó, además, certificado sobre distribución del capital social, autenticado en la Notaría Segunda del Circuito de Cartagena y una certificación de la Cámara de Comercio de la misma ciudad sobre constitución y representación de la sociedad.

Para la Empresa recurrente, el Laudo es inexequible por dos razones: a) Porque violó la facultad reconocida por la ley al patrono de dirigir y gobernar su empresa autónomamente y mantener bajo su subordinación o continuada dependencia al personal de colaboradores que le sirve y, b) Por cuanto el Laudo también desconoció la facultad de Electrificadora de Bolívar S. A., sociedad de economía mixta, de clasificar su personal libremente, sin cogobierno del Sindicato, tal como lo previene el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968 en armonía con el 3º del 3130 del mismo año.

Consideraciones de la Corte

1. La Empresa, parte en este conflicto, según su objeto social, consistente en "la explotación, exclusivamente industrial y comercial, de plantas generadoras de energías eléctricas", especialmente para solucionar el problema de suministro de este fluído al norte del Departamento de Bolívar "y demás poblaciones que (sic) se considera factible y conveniente mediante la aplicación de esa energía en los ramos de calefacción, fuerza motriz y alumbrado...", es de servicio público, y por tanto, la Corte es competente para conocer y decidir el doble recurso de homologación que se interpuso contra el Laudo arbitral del 16 de octubre de 1970.

2. No era indispensable, que el Tribunal de Arbitramento obligatorio que decidió el conflicto, dijera cuando fue interpuesto por las partes el recurso de homologación que lo concedía, para entender que así había resuelto las peticiones de la Empresa y el Sindicato sobre este particular. El hecho mismo de haberse reunido para tramitar las peticiones y resolver enviar para lo de ley, todo el expediente a esta Sala de la Corte, indican que sí lo concedió, pero que obró tal vez como lo prevé el artículo 143 del C. P. T. Por lo demás el recurso fue interpuesto en tiempo y por persona hábil.

3. La circunstancia de que el Sindicato recurrente no hubiera sustentado el recurso de homologación no limita la competencia de la Corte al solo estudio del propuesto por la Empresa, pues de todos modos y de oficio, debe esta Sala estudiar la regularidad del Laudo y analizar si él viola o no derechos o facultades reconocidos a las partes por la Constitución, la ley o la Convención vigente.

4. En sentencia de fecha 20 de noviembre de 1970, dictada en Sala Plena Laboral, por reunión de sus dos secciones, la Corte al resolver el recurso de homologación con-

tra el Laudo Arbitral que decidió el conflicto colectivo entre la sociedad "Expreso Trejos Ltda." y su Sindicato de Base, indicó que todo lo que concierne a la integración de los Tribunales de arbitramento obligatorio, a su funcionamiento, quorum, facultades de los árbitros, término para fallar y decisión del conflicto a través de una sentencia que toma el nombre de "Laudo", es de orden público, y por tanto, la omisión o desconocimiento de las normas positivas que regulan estas materias producen la inexequibilidad total del fallo.

También dijo que el control jurisdiccional que otorga la ley a la Corte en relación con esta clase de laudos es completo, y que por tanto, su función, en el recurso de homologación, no se limita a comparar las disposiciones de la sentencia arbitral con los derechos reconocidos a las partes por la Constitución, la ley o la convención colectiva vigente, para homologarla si no los afectaren, o para declararla inexequible en caso contrario sino que examina la regularidad del laudo, y al proceder en esta forma, no puede eludir, porque va implícito en ello, el estudio de la naturaleza del conflicto, si se han cumplido las etapas de arreglo directo y de conciliación, si el Tribunal ha sido integrado conforme a la ley, si ha funcionado como ésta lo ordena y si ha proferido sentencia dentro del término respectivo y sobre la materia debatida.

5. Igualmente en la sentencia citada, se estudió lo referente a la integración de los Tribunales de arbitramento obligatorio, y luego de analizarse las disposiciones del C. S. T., las que posteriormente las subrogaron y la Ley 48 de 1968, no solamente en lo que respecta a su texto, sino lo concerniente a su historia, concluyó que fue deseo del legislador que se modificara la constitución de todos los Tribunales de Arbitramento obligatorio que consagra la ley, como consecuencia de lo acordado en el Consejo Nacional del Trabajo, y que, el querer del legislador quedó reflejado en el texto mismo del numeral 3º del artículo 3º de la citada ley 48, que reguló la integración de tales tribunales, así: un árbitro nombrado por cada una de las partes, y el tercero, designado dentro de las 48 horas siguientes por los dos principales, una vez posesionados del cargo, dejando al Ministerio del Trabajo y Seguridad Social la facultad de nombrar este tercer árbitro, solamente en el caso de falta de acuerdo de los primeros, y escogiéndolo de la lista a que se refiere el numeral mencionado.

6. Se dijo también que un Tribunal obligatorio integrado por árbitros designados en forma distinta de la señalada en la Ley 48 de 1968, no adquiere jurisdicción para decidir el conflicto, no obstante que se cumpla el requisito de la posesión de los árbitros y por tanto, la sentencia que dicte es inexequible.

7. Aparece, de los documentos que obran en autos, que el Ministerio integró el Tribunal en forma distinta a lo preceptuado por la Ley 48 de 1968, ya que no dio oportunidad a los árbitros principales para designar el tercero y lo nombró directamente.

Esta indebida constitución del Tribunal hace que él no adquiriera jurisdicción para decidir el conflicto y en consecuencia, el Laudo que dictó es inexequible y así habrá de declararlo la Corte.

En mérito de las consideraciones antes 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,

Falla

Declárase inexequible el Laudo arbitral de diez y seis (16) de octubre de mil novecientos setenta (1970), proferido para decidir el conflicto colectivo de trabajo entre la Electrificadora de Bolívar S. A. y el Sindicato de sus trabajadores.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial, y devuélvase el expediente al Ministerio del Trabajo y Seguridad Social para lo de su cargo.

Juan Benavides Patrón, Alejandro Córdoba Medina, Jorge Gaviria Salazar.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CASACION
(Técnica)

Es sabido que la infracción de la ley por vía directa es totalmente ajena a consideraciones de hecho o de valoración de la prueba y de sus resultados.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. —

Bogotá, D. E., enero veinticinco de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Doctor José Enrique Arboleda Valencia).

(Acta número 2).

Luis Jesús Mantilla García, mediante apoderado, instauró demanda, repartida al Juzgado Cuarto Laboral de Bogotá, contra el Banco Central Hipotecario, en busca de que fuese condenado a pagar a aquel "Indemnización por despido ilegal e injusto" y "pensión de jubilación plena a partir del 15 de noviembre de 1973, fecha en que cumple 50 años de edad, por haberlo despedido sin justa causa después de 20 años de servicio".

Alegó como hechos sustentadores de esta acción el haber servido Mantilla García a la entidad demandada desde el 18 de junio de 1947, mediante contrato escrito de trabajo, con sueldo promedio en el último año de $ 5.742.50, hasta el 23 de octubre de 1968, o sea, 21 años, 4 meses y 6 días fecha esta última en que "el Banco Central Hipotecario despidió de manera unilateral e ilegal a Luis Jesús Mantilla García por medio del oficio 43049 de fecha 23 de octubre de 1968". Afirmó, por último, que el demandante nació en Bucaramanga el 18 de noviembre de 1923.

Al contestar la demanda el Banco sostuvo que despidió al actor "por las justas causas contenidas en los numerales 5º y 6º del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, como se le informó en comunicación número 43049 de 23 de octubre de 1968, originaria del Jefe de Personal de la Institución".

El Juzgado del conocimiento desató la litis con sentencia de 19 de mayo de 1970, mediante la cual absolvió al demandado en cuanto a la indemnización por despido y declaró probada la excepción de petición antes de tiempo respecto de la pensión plena de jubilación.

Por apelación de la parte actora subieron los autos al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el que, por sentencia de 28 de julio de 1970, revocó la absolución impartida por el a-quo y condenó al Banco a cubrir al actor la suma de $ 125.380.10 como indemnización por despido ilegal e into, y confirmó la declaración de hallarse probada la excepción de petición antes de tiempo, respecto de la pensión plena de jubilación.

A conseguir la invalidación de la parte condenatoria de este fallo enderezó el Banco, por procurador judicial, demanda de casación oportunamente replicada por el demandante, cuyo primer cargo es del tenor siguiente:

"Violación directa, por aplicación indebida, del artículo 7º ordinales 5º y 6º del Decreto 2351 de 1965 (adoptado por la ley 48 de 1968) en relación con los artículos 58 y 60 del C. S. T., y del artículo 6º, ordinal 4, literales a) y d) del mismo Decreto 2351, y también en relación con los artículos 55 y 56 del mismo Código".

En sustentación de este ataque sostiene lo que se copia:

"El sentenciador da por probados, con los documentos que no desecha, con la declaración del agente comisionista Guillermo Andrade y con las posiciones absueltas por el mismo demandante Mantilla, que éste era Revisor de Auditoría del Banco Central Hipotecario, que no estaba autorizado para vender cédulas de capitalización del mismo, que realmente les vendió a Jaime Avila y Carlos H. García las dos cédulas de capitalización de que ellos hablan en sus declaraciones ratificadas en otro juicio y trasladadas al presente, que efectivamente les expidió los dos recibos que obran en autos y que obró así por encargo del Agente Comisionista Guillermo Andrade, quien recibía del Banco la comisión por tales ventas realizadas por Mantilla en las oficinas del Banco y sin intervención del Comisionista. Pero dice que "la entidad bancaria no estableció nítidamente que Mantilla García hubiera cometido actos delictuosos O INMORALES que comprueben la causal aducida; el hecho de haber colaborado de manera ocasional EN LA VENTA DE LAS CEDULAS DE CAPITALIZACION, no configura acto doloso (sic); ni tampoco se puede hablar de acto inmoral o amoral, como lo entiende el a-quo, porque EL DEMANDADO NO DEMOSTRO EN FORMA FEHACIENTE LA INMORALIDAD ALEGADA, con las pruebas incompletas allegadas para justificar la terminación unilateral del contrato de trabajo".

"No obstante la ambigua expresión de que se vale el sentenciador en su motivación, que a primera vista parece referirse a la prueba de los hechos, al adentrarse en el examen de su argumento se encontrará que lo que echa menos es la falta de prueba de "LA INMORALIDAD" que los hechos admitidos implican.

"No se trata, entonces, de un error de hecho, proveniente de equivocada o defectuosa apreciación de las pruebas, sino de un errado concepto de la INMORALIDAD laboral".

Anota el opositor, con razón, que en este ataque "se escogió la violación directa de la ley, que no encaja en el asunto sub-lite, por cuanto el fallo acusado descansa sobre razonamientos de carácter fáctico, tales como las declaraciones de terceros que no fueron ratificadas dentro del juicio, omisión de este rito procesal en que incurrió el apoderado principal del Banco Central Hipotecario, en la aducción de la prueba testimonial".

La Sala, para resolver, considera:

Es sabido que la infracción de la ley por vía directa es totalmente ajena a consideraciones de hecho o de valoración de la prueba y de sus resultados. Y en el cargo a estudio lo que el casacionista discute es el concepto de moralidad o inmoralidad que envuelven los hechos de que se acusó al actor para dar por terminado su contrato de trabajo y en estas condiciones la vía adoptada debió ser la del error de hecho en la apreciación de las pruebas de los mismos.

Basta mirar al respecto que uno de los argumentos del Tribunal en el fallo sub lite es el de que "el demandado no demostró en forma fehaciente la inmoralidad alegada con las pruebas incompletas allegadas para justificar la terminación unilateral del contrato de trabajo" y ante afirmación tan categórica de ausencia de demostración del hecho fundamental del juicio por mirar como "incompletas las pruebas allegadas", no puede pretenderse que el punto por resolver es jurídico y no de hecho, a fin de prescindir de la vía indirecta.

Es cierto que el recurrente (con gran habilidad) y en busca de soslayar la imposibilidad de revisar en casación la prueba testimonial, dice que "no se trata, entonces, de un error de hecho, proveniente de equivocada o defectuosa apreciación de las pruebas, sino de un errado concepto de la INMORALIDAD laboral", como si fuese posible dejar de lado el hecho calificado de inmoral que se imputa a un trabajador despedido, para fijarse únicamente en el concepto abstracto de inmoralidad laboral, tra-

tándose de un fallo en que lo que se juzga es precisamente la calificación de inmoral que el patrono asignó a determinada conducta de su empleado. Es obvio, pues, que no pueden separarse los hechos y su calificación y que quien pretende que hubo error en la que se les dio a aquellos, debe dirigir su ataque en casación por vía indirecta, destinada a enmendar yerros de esa naturaleza, y no por la directa, que busca corregir equivocaciones de índole jurídica y en ningún caso fáctica.

Por lo tanto, no prospera el cargo.

El segundo cargo está concebido en los términos siguientes:

"SEGUNDO CARGO. Violación, por vía indirecta, por aplicación indebida, de los arts. 7º, ordinales 5º y 6º del Decreto 2351 de 1965, y artículo 8º, ordinal 4, literal d) ibídem, como consecuencia de errores evidentes de hecho que singularizo así:

"(Al tratar de invidualizar los hechos que, estando demostrados en el expediente, no da por demostrados el sentenciador, o los que da por establecidos en el proceso sin estarlo realmente, no logré encontrar ninguno. Lo cual me afirma en el concepto de que el sentenciador erró al CALIFICAR los hechos que admite, y que por tanto fue directa, y no indirecta, la violación de los arts. 7º y 8º del Decreto 2351 de 1965, por indebida aplicación)".

Basta la lectura del cargo para desecharlo por contradictorio, ya que la acusación es por "errores evidentes de hecho", no obstante lo cual, al sostenerlo, afirma que "no logré encontrar ninguno". Reitera, además, la Sala el concepto anotado en el primer cargo, en cuya virtud no es posible separar los hechos imputados a un trabajador despedido de su calificación ética para formular el ataque en casación por la vía directa y no por la indirecta, como si se tratara no de un error de hecho, sino de uno de índole jurídica.

Por razón de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia impugnada.

Con costas a cargo del recurrente.

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

José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García B., José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PENSION DE JUBILACION DE EMPLEADOS PUBLICOS Y TRABAJADORES OFICIALES

No permite la ley, la suma de tiempo dentro de los dos órdenes de relación para los efectos del artículo 8º de la ley 171 de 1961, puesto que las dos situaciones de derecho son distintas, y cada una de ellas se mueve dentro de una órbita especial de normas sustantivas y de jurisdicción. — Son dos regímenes estatutarios que se mueven en planos diferentes.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, veintiséis de enero de mil novecientos setenta y uno.

(Ponente: Abogado Asistente, Doctor Gerardo Rojas Bueno).

(Acta número 89).

Agotado el trámite ritual, entra la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra el fallo del Tribunal Superior de Medellín, Sala Laboral, pronunciado dentro del juicio ordinario de Isidro Romero Restrepo contra el Municipio de Medellín.

Antecedentes

Isidro Romero Restrepo, por medio de apoderado, presentó demanda ordinaria contra el Municipio de Medellín para reclamar una pensión mensual vitalicia de jubilación, el valor del preaviso proporcional al tiempo laborado y las costas del juicio. Como hechos de su petición formuló los siguientes:

El demandante prestó sus servicios al Municipio de Medellín en el desempeño de diversos oficios, desde el 1º de Nobre. de 1937 hasta el 1º de febrero de 1965, habiendo devengado un sueldo mensual de $ 692.93. El trabajador fue despedido sin justa causa en la fecha últimamente indicada, sin que se le preavisara, luego de haber trabajado para el patrono por espacio de más diez y siete años, y teniendo en la fecha del rompimiento del vínculo laboral una edad de cincuenta años cumplidos. Dentro de estas circunstancias Romero Restrepo tiene derecho a que se le pensione de conformidad con la Ley 171 de 1961, y a que se le pague el valor del preaviso en los términos del Acuerdo 31 de 1960. En forma subsidiaria, tiene derecho a la indemnización correspondiente "por ruptura unilateral del Contrato Presuntivo de Trabajo".

Al responder el traslado de la demanda, la entidad municipal se opuso a las pretensiones del actor negando los hechos, y reclamando la prueba respecto a la relación de trabajo. Además explicó que Romero Restrepo no estuvo vinculado a la administración municipal por virtud de un contrato de trabajo, sino mediante el régimen estatutario del servidor público, habiendo sido empleado de libre nombramiento y remoción del Alcalde de conformidad con lo preceptuado por las Leyes 72 de 1926 y 89 de 1936. Dijo además que por estas razones el demandante no tenía derecho al período presuntivo que reclamaba (sic), ni tampoco lo tenía para el pago de la pensión de jubilación que demandaba. Finalmente pidió que no le fueran aplicadas las disposiciones de la Ley 171 de 1961 y las del Decreto 1611 de 1962.

Concluído el debate en primera instancia, el Juez condenó al Municipio de Medellín al pago de una pensión mensual vitalicia de jubilación en favor del demandante, en cuantía de quinientos pesos ($ 500.00) m/c., y a partir del 31 de marzo de 1965, puesto que el día anterior cumplió cincuenta años de edad. Absolvió además a la misma entidad de las restantes pretensiones de la demanda. El negocio pasó luego al Tribunal Superior de Medellín, Sala Laboral, por apelación que formuló contra el fallo el apoderado de la parte demandante.

El Tribunal se pronunció sobre el negocio en providencia del 18 de agosto de 1967, y a virtud de ello revocó la del juzgador de primer grado, condenando en su lugar al Municipio, al pago de la cantidad de dos mil doscientos noventa y nueve pesos ($ 2.299.00), como valor de la indemnización "por violación del plazo presuntivo del contrato". Además absolvió a la misma entidad de los restantes cargos que le habían sido formulados. Es, contra esta decisión, que se interpuso por el apoderado del trabajador el recurso de casación, el cual habiéndose tramitado, como se dijo, dentro de las ritualidades procesales, se procede a resolver, con la observación de que existe en los autos un escrito de oposición formulado por el Procurador Delegado en lo Civil del Municipio demandado.

Alcance de la impugnación

Sostiene el impugnante en este capítulo de la demanda que sus pretensiones se orientan a que la Sala CASE PARCIALMENTE el fallo del ad-quem, "para que en su lugar se declare que el "MUNICIPIO DE MEDELLIN" está en la obligación de reconocer y pagar a don Isidro-Romero Restrepo la pensión de jubilación puntualizada en el libelo demandatorio de agosto 5 de 1966, y en la cuantía y términos señalados por la Ley 171 de 1961 (Art. 8º) y su decreto reglamentario 1611 de 1962, quedando así confirmado y revocado, en parte el fallo de 18 de agosto de 1967 pronunciado por la Sala Laboral del H. Tribunal Superior de Medellín"

Se sustenta el recurso

Con el fin de sustentar sus pretensiones el recurrente formula dos cargos, cuyo planteamiento y demostración conjunta, se pueden sintetizar así:

Primer cargo

"El H. Tribunal Superior de Medellín, Sala Laboral, con su fallo dictado el 18 de agosto de 1967, violó el art. 8º de la Ley 171 de 1961 en su inciso 2º y parágrafo único, así como también el art. 21 del Decreto 1611 de 1962, reglamentario de aquella, por interpretación errónea de esos textos legales".

El recurrente transcribe en forma textual el artículo 8º de la Ley 171 de 1961 y el 21 del Decreto 1611 de 1962, y luego comenta:

"Parece desprenderse una distinta intención entre la Ley, y su Decreto reglamentario. Mientras la primera trae la norma general consagrando la llamada pensión sanción, traspasando ese derecho del campo particular al oficial, con excepciones, el 2º quiere introducir novedades inexistentes en la ley, aunque su intención es la misma. Sólo se exige que al momento del despido se requiere (sic) un vínculo a la administración pública que tenga carácter de contrato de trabajo. Pero nótese que la Ley en sentido general dijo que la norma "**se aplicará también a los trabajadores ligados por contrato de trabajo a la administración pública...**" (Las subrayas no son del texto). Ya el Decreto reglamentario empleó una terminología (sic) que a simple vista se nos presenta distinta, pero juiciosamente analizados quieren decir lo mismo. No varía sino en el participio empleado en singular en una, y en plural en la otra".

En apoyo de sus pretensiones el impugnador cita el salvamento de voto que al fallo de la mayoría de la Sala formuló el doctor Rafael Isaza Moreno, y de él transcribe los siguientes conceptos:

"El artículo 8º de la Ley 171 de 1961, estableció para los trabajadores particulares una pensión jubilatoria especial en

tres casos, configurados por la forma del retiro y la edad del trabajador. El parágrafo de dicho artículo dispone que la norma será aplicable a los trabajadores oficiales, en los mismos tres casos, cuando en el momento del retiro se hallaban ligados por contratos de trabajo, con referencia a la pensión plena, es decir proporcionada en su cuantía al tiempo servido y al total de 20 años. Esta es la conclusión clara que fluye del texto del parágrafo, que no habla de trabajadores que hubieran estado vinculados por contrato de trabajo sino de los que estén vinculados en el momento del retiro, lo cual es explicable, porque el despido tiene distintas consecuencias cuando afecta a trabajadores (sic) ligados por una relación de derecho público...". "Como el demandante prestó servicios a la misma entidad pública por más de 15 años y fue despedido sin justa causa, hechos que reconoce la sentencia, es indudable que tiene derecho a la pensión especial por hallarse en uno de los casos de que trata el artículo 8º y haber estado vinculado por contrato ficto de trabajo en el momento del despido..."

Pasa luego el casacionista a comentar el fondo de la providencia recurrida en el acápite en que ella destaca la solución de continuidad del vínculo de trabajo entre el demandante y la administración, durante el período en que aquel sirvió al Municipio de Medellín en el cargo de Agente de la Policía, y en el que lo sirvió como Celador y Auxiliar de Distribución en la Secretaría de Obras Públicas, y concluye: "Cuando el H. Tribunal habla en esos términos, contraría el espíritu certero de la Ley... Al menos así hay que pregonarlo desde el punto de vista interpretativo, fuere cualquiera el sistema doctrinario que se acoja al efecto. El fallador no puede desconocer los efectos que produce una relación laboral en el tiempo, y el hecho de exigir el nexo contractual por todo el tiempo que ligó a Romero Restrepo con la entidad pública, a fin de obtener su prestación jubilatoria, da a entender que hay incompetencia en el sentenciador, lo que es absurdo... Sería desplazar la órbita de acción marcada por las normas procesales, el que se saque un negocio de la justicia ordinaria a la Administrativa por el solo hecho de que al Empleado lo ligó en tiempo anterior un vínculo de derecho público. Entonces, por el fallador de segundo grado, al aplicar las disposiciones legales que se citan como infringidas, les dio un alcance distinto, vale decir las interpretó en forma errada y no consultó su verdadero espíritu y finalidad". Finalmente agrega:

"De bulto resalta que el verdadero espíritu de la Ley 171 de 1961 en su artículo 8º fue sancionar a la entidad de Derecho Público que despide a su trabajador injustamente, y cuando está ligado (entiéndese al momento del despido) por contrato ficto de trabajo, después de 10 y 15 años de servicio, con el pago de una pensión vitalicia de jubilación a favor de aquel. La ley cuando dice que en ese aspecto se aplicará también al asalariado que se encuentre en esa específica situación, no ha querido significar que todo el tiempo sea laborado por contrato presuntivo de trabajo. Ella dice categóricamente: **"Se aplicará a los trabajadores vinculados"**. (Las subrayas no son del texto). La terminología usada indica que al momento de ocurrir el despido hay que tener el vínculo contractual referido, y no otro. Si el espíritu de la Ley fuera distinto o el mismo que le dio el H. Tribunal en su interpretación, estaríamos frente a la más monstruosa injusticia, y se le daría al participio de presente una significación de pasado que entrañaría un absurdo gramatical. Con la terminología clara de la Ley se quiso perseguir la finalidad de amparar a todos los servidores oficiales que estuvieran en esas condiciones, al momento de entrar en vigencia la Ley, o con posterioridad a ella, para que por un proceder inconsulto del funcionario público, no fueran privados del beneficio a obtener la pensión plena de jubilación, en el futuro. Mas, no se quiso clasificar el tiempo requerido para la jubilación-sanción en Bueno y en Malo. Esta interpretación tan errada desquicia el principio de la unidad del tiempo servido para efectos de la pensión jubilatoria".

Segundo cargo

Sin entrar a plantear directamente el concepto de la violación, el recurrente empieza citando el salvamento de voto del Magistrado doctor Isaza Restrepo, haciendo en este cargo, aún más que en el primero, un alegato de instancia impropio de la técnica de una demanda de casación. La cita contiene el pensamiento del Magistrado opositor, centrado éste en el criterio de que la mayoría de la Sala, al hacer la distinción entre el tiempo servido por el demandante mediante un contrato de trabajo y el que prestó al Municipio a través de una relación de derecho administrativo, le dio una interpretación equivocada a la Ley, y le permitió hacer la separación de ese tiempo que ni la Ley lo hace ni la justicia lo permite. A continuación el impugnador hace la siguiente afirmación:

"Ciertamente, como lo da a entender el distinguido Magistrado, el H. Tribunal Superior de Medellín, al pronunciar su fallo el 18 de agosto de 1967, violó el art. 29 de la ley 6ª de 1945, el art. 12 del Decreto 1600 del mismo año, y el art. 29 de la Ley 24 de 1947. Esta violación emerge como consecuencia de la errónea interpretación que dio a las disposiciones sustantivas que se dijeron infringidas en el primer cargo. La citada violación de los textos legales aludidos, aparece por infracción directa bajo el cargo de falta de aplicación". Y continúa: "En efecto, si el H. Tribunal Superior de Medellín, interpreta bien la Ley 171 de 1961 y el Decreto 1611 de 1962, en sus disposiciones concretas al caso controvertido, debería haber aplicado la Ley 6ª de 1945, Art. 29, el Decreto 1600 del mismo año, art. 12, y la Ley 24 de 1947 art. 29, y lógicamente debería haber reconocido la pensión de jubilación a don Isidro Romero Restrepo. Pero como hizo lo contrario, vale decir, como interpretó mal las primeras, y dejó de aplicar las segundas, se vio precisado a negar el derecho al recurrente".

Cita a continuación, textualmente, los artículos referidos —29 de la Ley 6ª de 1945, 12 del Decreto 1600 del mismo año y 24 de la Ley 24 de 1947— y en una larga exposición vuelve a decir que el Tribunal se equivocó al dejar de aplicar las disposiciones en cita, por errónea interpretación que hizo de las normas aludidas en el primer cargo. Alega que en este caso la entidad juzgadora no debió restar el tiempo, tal como lo hizo, sino que debió sumarlo. "El restar este tiempo y no sumarlo, como era lógico, dice, llevó al fallador de segunda instancia a la violación directa de la norma sustancial por no haber aplicado los mandatos del art. 29 de la Ley 24 de 1947, artículo 12 del Decreto 1600 de 1945 y 29 de la Ley 6ª de 1945, motivados precisamente por la errónea interpretación a que tanto hicimos alusión en el cargo primero". Termina el casacionista insistiendo en que la sentencia sea casada parcialmente, de manera que se condene al MUNICIPIO DE MEDELLIN a reconocer y pagar a Isidro Romero Restrepo la pensión mensual vitalicia de jubilación impetrada, en la cuantía y términos expresados por la Ley 171 de 1961 y su Decreto Reglamentario, y desde la fecha en que el trabajador cumplió sus 50 años.

La oposición

En representación del Municipio de Medellín, el Procurador Delegado en lo Civil, se opuso a la impugnación a través de tres argumentos: Primero, que las reglas del Decreto 1611 de 1962 son reglamentarias, y que por tal razón no siendo preceptos sustanciales no pueden sufrir quebranto por parte del fallador de instancia, y en estas circunstancias no puede dar lugar a la quiebra del fallo impugnado. Para sostener su punto de vista cita una providencia de esta Sala, en la que se ratifica que "La violación de la Ley consagrada como causal 1ª de casación en el art. 87 del Cod. de Proc. del Trab., se refiere a la ley sustantiva, o sea, aquella que la doctrina y la jurisprudencia han definido como la que consagra o establece derechos y obligaciones por oposición a la adjetiva que señala el procedimiento o determina la manera de hacer efectivos los derechos". Segundo, el Tribunal Superior de Medellín aplicó correctamente la Ley 171 de 1961 cuando se negó a pensionar al trabajador, porque éste prestó, es cierto, los

servicios al Municipio, pero lo hizo en dos etapas y dentro de dos situaciones jurídicas diferentes, en su carácter de empleado público en una, y por virtud de un contrato ficto de trabajo en la otra. Y tercero, el recurrente no ha llevado a la Corte ningún argumento particular sobre el quebrantamiento de la Ley por parte del Tribunal, y apenas se complace en citar las razones del Magistrado disidente. Igualmente, al respecto de esta objeción, cita una jurisprudencia de esta Sala en la que se recalca el criterio de que "Cuando el sentenciador presenta razones y el demandante no lo hace, ni explica el por qué de su reclamo, ni hay fuente de donde partir para emprender un estudio que requiere el planteamiento de previa controversia, puntos de vista en desacuerdo u opuestos y no únicamente la expresión desnuda de una queja, no es posible imaginar o suponer los fundamentos que tuvo el demandante para combatir el fallo". (sic) Concluye afirmando que las críticas a la sentencia del ad-quem "no le traen a la H. Corte razones demostrativas de ese error cometido por el Tribunal sentenciador".

Se estudia la acusación

Primer cargo

Para estudiar por separado cada cargo, debe empezar esta Sala de la Corte afirmando que, si es verdad lo que sostiene el opositor en su cita, respecto a que el ataque en casación es improcedente cuando se limita a la infracción de normas adjetivas, la misma claridad del concepto expuesto en esa alusión la releva de hacer extensas explicaciones al respecto. Porque, como igualmente lo comenta el mismo opositor, el Decreto 1611 de 1962 es reglamentario de la Ley 171 de 1961, y por esta circunstancia su contenido no tiene otro significado y alcance que el de explicar e interpretar esa ley, la que por otra parte se ha citado como infringida por el recurrente. No puede entonces aducirse respecto al Decreto que su contenido preceptivo sea simplemente de carácter formal, sin ninguna conexidad con la Ley, y que por esta razón el ataque carece de eficacia para menoscabar el fallo impugnado.

Respecto a la falta de exposición de razones por parte del casacionista, aunque fuera cierto que ninguna particular se expusiera en la demanda, el solo hecho de acoger como suyas las expuestas por el Magistrado disidente, y de coadyuvarlas por otra parte en forma enfática —siendo ellas tan diáfanas y comprensibles por lo mismo, y estando presentadas como lo están de manera ordenada igualmente, tal circunstancia le permite a la Sala entrar al estudio del recurso, porque "hay fuente de donde partir", y porque, por otra parte, es evidente que en el escrito se han aducido puntos de vista en desacuerdo, que son un verdadero ataque al fallo impugnado. Se examinará pues, la censura, dentro de un análisis por separado de los dos cargos, como se deja dicho.

Dijo el Tribunal en el fallo recurrido, luego de destacar que el demandante estuvo vinculado al Municipio de Medellín en dos períodos consecutivos, con algunos lapsos de interrupción, en el primero como Agente de la Policía, y en el segundo como celador y Auxiliar de Distribución en la Secretaría de Obras Públicas, "... de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, el demandante tuvo la calidad e empleado público, sometido al régimen estatutario de que habla el representante del Municipio en el memorial de contestación a la demanda, durante la época en que sirvió en el carácter de Agente de Policía, y estuvo vinculado a la misma entidad por una relación jurídica con las características del contrato de trabajo, durante el lapso en que la actividad se cumplió en la dependencia de obras públicas".

A continuación transcribe la totalidad del artículo 8º de la Ley 171 de 1961, con un comentario que empieza diciendo: "Estas circunstancias —las que se dejan expuestas antes— no ofrecen campo de aplicación a lo estatuído en la Ley 171 de 1961 en relación con la jubilación especial consagrada en el artículo 8º..." Y termina su juicio con esta afirmación: "Isidro Romero fue

despedido por el Municipio de Medellín en la última etapa de su vinculación a esta entidad, en la dependencia de obras públicas, después de trabajar durante 5 años, 2 meses y 20 días, hecho que no cabe dentro de las previsiones del estatuto que se acaba de transcribir. Por lo mismo, la solicitud de jubilación especial carece de base jurídica y el fallo de primera instancia debe ser revocado en este punto".

En su salvamento de voto, a la vez, el Magistrado Isaza Moreno argumenta lo siguiente: "La mayoría sostiene que al tiempo servido bajo una relación de derecho público no se le puede acumular el cumplimiento en otra relación distinta, cuando es evidente que en ninguna parte hace la ley esa distinción, ni podría hacerla en justicia. Por el contrario, el artículo 29 de la L. 24 de 1947, permite aún acumular lo servido en distintas entidades públicas, sin distinción alguna"... "La interpretación de la mayoría conduce a una contradicción inexplicable en el legislador, porque si la jubilación especial, en este caso, tiene como fin evitar que el patrono fruste (sic) la expectativa del trabajador de adquirir una jubilación plena, tal finalidad no se logra con una simple indemnización por ruptura ilegal del contrato, sino obligando a la entidad pública a que conceda por lo menos una pensión proporcional al tiempo servido".

La Ley 6ª de 1945 formuló en su época, el régimen prestacional de los empleados y obreros oficiales, estableciendo en el ordinal b) del artículo 17, una pensión vitalicia de jubilación después de veinte años de servicio del trabajador y luego de haber cumplido este la edad de cincuenta años. Tal era la situación ordinaria, para estos efectos, de unos y otros de los funcionarios del Estado, sin que la Ley citada, u otra de la misma naturaleza, singularizara eventos de extinción de la relación de trabajo por razones distintas a las contempladas en la norma en comento. Es decir, que tanto los empleados oficiales, como los trabajadores de la misma índole vinculados al Estado por contrato de trabajo, carecían de un estatuto laboral particular que previera la ruptura injusta o ilegal por parte del patrono, antes del cumplimiento de los veinte años de servicios. Como se dirá más adelante en vía de aclarar esta idea, para los primeramente mencionados subsiste, en caso de rompimiento ilegal, el estatuto contencioso-administrativo, y para los segundos, hoy, la protección extensiva que les dio la Ley 171 de 1961.

Efectivamente, bajo el régimen laboral de los trabajadores particulares creado por los Decretos 2663 y 3743 de 1950, aquellos quedaron gozando de un privilegio específico, mediante las prescripciones del artículo 267 que estableció la pensión de jubilación, después de los quince años de servicio, por razones de un despido sin justa causa. De esta forma, una era, hasta entonces, el área de operancia legal de los empleados y obreros oficiales, y otra la de los trabajadores particulares respecto a esta singularidad prestacional. Porque para el caso de aquellos, el vínculo oficial generaba una acción de índole administrativa dentro de las figuras contenciosas del abuso del poder o de la falsa motivación, que les permitía, si no una gracia pensional, cuando menos el reintegro al cargo, lo que significaba una posibilidad de recuperación de la expectativa al goce de la pensión jubilatoria.

La circunstancia de haberse creado el Estatuto de los trabajadores particulares, obligó al legislador a fijar su posición respecto a los servidores públicos, a los que obviamente, debía también dar un régimen legal especial. De aquí que en el artículo 4º del C. S. T. dijera, que las relaciones del derecho individual del trabajo entre la administración pública y los trabajadores de los FF. CC. Nacionales, empresas, obras públicas y demás servidores del Estado, se regirían por normas especiales que debían dictarse posteriormente. Por su parte el art. 4º del Decreto 2127 de 1945 dijo que las relaciones entre los empleados públicos y la administración nacional, departamental o municipal no constituían contrato de trabajo, y se regían por leyes especiales, a menos que se tratara de la construcción o sos-

tenimiento de las obras públicas, o de empresas industriales, comerciales, agrícolas o ganaderas que se explotaran 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. Este último precepto, lo ha repetido muchas veces la jurisprudencia, contempló una doble situación hipotética, la general y específica del funcionario público y la del trabajador vinculado a las faenas oficiales por medio de un contrato ficto de trabajo. Sin embargo estos últimos, por la índole singular del vínculo, a falta de un estatuto especial, estaban cobijados por las disposiciones de carácter laboral anteriores al Código. (Art. 492 del C. S. T.) Así establecida esta situación jurídica, los trabajadores oficiales cuyo vínculo nacía de un contrato de trabajo, si era cierto que estaban amparados por la jurisdicción laboral para la decisión de los conflictos jurídicos originados directa o indirectamente de dicha relación contractual, las normas sustantivas que la regulaban, eran las anteriormente mencionadas.

Frente a una situación preceptiva y jurisdiccional de esta índole, se comprende cómo la posición de los trabajadores oficiales vinculados por contrato de trabajo, dentro de la hipótesis del artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, carecían de protección frente al patrono que no estaba dispuesto a garantizarles la permanencia en el trabajo, con el criterio siempre invocado por él, de la facultad legal de libre nombramiento y remoción. Se dirá que las reglas pre-estatutarias buscaban dar esa seguridad mediante el criterio de la indemnización por el despido injusto. Pero si esto era verdad, la indemnización no le aseguraba al trabajador después de los quince años de servicio y con una edad que podría pasar de los cincuenta, el goce de una pensión de jubilación, justa retribución a unos esfuerzos siempre prestados al Estado. Porque en tanto que la acción contencioso-administrativa conducía en más de las veces al reintegro, capacitando al funcionario para el disfrute de todas sus prerrogativas prestacionales, el simple obrero o trabajador contractual, perdía dentro de las acciones laborales pertinentes, esta expectativa. Para solucionar tal desequilibrio, el legislador de 1961, en virtud del artículo 8º de la Ley 171 que se ha invocado por el casacionista, permitió a los trabajadores ligados por contrato de trabajo con la administración pública o con los establecimientos públicos descentralizados, disfrutar de los privilegios creados por la disposición, frente a un despido injusto, en los casos particulares contemplados en dicha regla. Desde luego, y dentro de este orden jurídico de ideas se comprende por razones lógicas que los funcionarios oficiales cuyo vínculo depende de una relación de derecho administrativo, quedaran al margen de esta disposición, sometidos naturalmente a su estatuto particular. Lo que no permite la Ley, por lo que se deja explicado, es la suma de tiempo dentro de los dos órdenes de relación para los efectos del mencionado artículo 8º, tal como lo presume y pretende el recurrente, puesto que las dos situaciones de derecho son distintas, y cada una de ellas se mueve dentro de una órbita especial de normas sustantivas y de jurisdicción. Son dos regímenes estatutarios que se mueven en planos diferentes. Y es apenas lógico que así suceda, porque no obstante que es uno mismo el patrono de empleados y de obreros, son dos distintos los vínculos de unión establecidos y reconocidos por la Ley. Y en tanto que el legislador no resuelva darle unidad institucional a los dos tipos de relación, habrá que subordinarse a los términos muy claros de la legislación vigente. De aquí que la posición asumida por el juzgador de segundo grado, en el fallo materia del recurso, sea correcta, y por ello la interpretación que le dio al artículo 8º, y a su parágrafo, obviamente, sea la exacta, fiel y única que deba darse en el caso sub-lite. No prospera pues, el cargo.

Segundo cargo

Dijo el casacionista respecto a este cargo —como se explicó antes— que el juzgador de segunda instancia no aplicó el artículo 29 de la Ley 6ª de 1945, el 12 del Decreto 1600 del mismo año y el 29 de la Ley 24 de 1947, como consecuencia de haber interpretado erróneamente las disposiciones en cita del primer cargo. En otras palabras,

que de haberse dado al artículo 8º de la Ley 171 de 1961, una interpretación ajustada a las pretensiones del recurrente, el Tribunal de Medellín hubiese aplicado necesariamente las normas antes mencionadas.

Este planteamiento carece de razones lógicas y de fundamentos legales, y es equivocado integralmente. Porque aún en el supuesto que fuese dado aplicar al caso subjudice las previsiones del artículo 8º y las de su Decreto Reglamentario, la verdad es que estos preceptos se refieren a un tipo de pensión restringida, precisamente por la falta del tiempo que regla la pensión plena, y las disposiciones invocadas por el casacionista como violadas, solo tienen vigencia en el supuesto de una acumulación para el reconocimiento de la pensión plena. Ninguna de estas últimas reglas ha establecido la acumulación de una relación de trabajo bajo el supuesto de un contrato, con una regulada por las normas del derecho público, para los efectos del reconocimiento de una pensión por despido ilegal e injusto, de aquí su inaplicabilidad para hacer un cómputo de tiempo en la última hipótesis. Como antes se dijo, el trabajador oficial solo puede aspirar a la defensa de sus intereses prestacionales al amparo del artículo 8º de la Ley 171, cuando sus servicios se hayan prestado por más de diez años, o más de quince, según los eventos allí contemplados y dentro de una relación contractual, pero en ningún caso bajo las dos concepciones estatutarias, porque las normas de la Ley no lo preveen. No prospera el cargo.

Resolución

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA el fallo recurrido del Tribunal Superior de Medellín.

Costas a cargo del recurrente.

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

Alejandro Córdoba Medina, Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

NULIDAD

Los actos procesales pueden adolecer de vicios y errores que no alcanzan a invalidarlos por tratarse de simples irregularidades intrascendentes, por no tener entidad para causar un desquiciamiento en la organización judicial o una violación del derecho de defensa.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., enero veintinueve de mil novecientos setenta y uno.

(Ponente: Abogado Asistente, Doctor Arturo Linares Ortega).

(Acta número 89).

Se resuelve el recurso de casación interpuesto por la "Compañía de Servicios Públicos de Sogamoso S. A." contra la sentencia de 15 de diciembre de 1965, en el ordinario de trabajo que le promovió Manuel S. Torres, para que sea condenada a pagarle una pensión de jubilación de $ 277.50 mensual, indemnización moratoria, lucro cesante o "el preaviso legal de 45 días" y los perjuicios morales y materiales causados por el despido, las costas y costos del juicio así como "la cantidad de dinero que se determine por concepto de las incapacidades permanentes, parciales, temporales, tratamientos médicos, quirúrgicos, hospitalarios y farmacéuticos hasta por seis (6) meses que resultaren de las enfermedades que padece mi representado, como son las siguientes: Pterigios bilaterales; tuberculosis pulmonar, várices poplíteas, sordera unilateral, (oído izquierdo)", como reza textualmente el libelo. También impetra condenación a pagarle la cantidad de dinero que se determine por concepto de las "incapacidades temporal, permanente, parcial y tratamientos médicos, farmacéuticos, hospitalarios, quirúrgicos y de prótesis por la miopía profesional a que se refiere el HECHO Nº 8 de la demanda".

Se afirma en el libelo inicial que Manuel Torres laboró durante más de 25 años a las Compañías de Servicios Públicos de Sogamoso así: desde el 29 de abril de 1935 en la Compañía de Energía Eléctrica de Sugamuxi y Tundama hasta el 4 de julio de 1948, "fecha en que fue liquidada dicha compañía y cedida en su parte principal de su activo al Municipio de Sogamoso. Desde la fecha preindicada las Empresas Municipales de Servicio Público, integrada por los haberes de la anterior y precitada compañía, hasta el 30 de julio de 1955, luego en la Compañía de Servicios Públicos de Sogamoso S. A. (que fue constituída entre el Municipio y particulares y con los haberes de las susodichas Empresas Municipales de Servicios Públicos) hasta el día 30 de junio de 1960"; que se ha operado entre las tres empresas una sustitución de patronos por no haber variado el giro de negocios; que ocupó el cargo de Jefe de Instaladores en las dos primeras empresas con un sueldo de $ 200.00 mensuales y en la última el de "Lector de Contadores" con $ 370.00 mensuales; que fue despedido injustamente, que al salir de la Empresa cumplía 60 años de edad; que fue despedido porque no accedió a renunciar determinadas prestaciones médicas y hacer nuevo contrato con la empresa; que el contrato que ligó a las partes fue de duración indefinida con cláusula de reserva; que cuando fue despedido estaba sufriendo: "Pterigios Bilaterales, Tuberculosis Pulmonar, Várices Poplíteas, Sordera Unilateral (oído izquierdo) y Miopía; esta última enfermedad profesional"; que pese a los ofrecimientos de la Em-

presa demandada de pagar los tratamientos e indemnizaciones a Manuel Torres por concepto de las citadas enfermedades no le ha pagado nada la demandada y que ha recibido perjuicios de orden material y moral por el despido".

Como fundamentos de derecho citó los artículos 67 a 70, 206 a 276, 1º, 18, 54, 55, 56, 57, 37, 39, 43, 45, 46, 47, 48, 49, 31, 62, 63, 64, 65, 74, 227, 277, 209, 179, 186, 192, 249, 253, 340, 306 a 308 y concordantes del C. S. del T.

La demandada al contestar el libelo, negó los hechos, se opuso a las declaraciones y condenaciones impetradas y propuso excepciones que formuló así: "de ineptitud sustantiva y adjetiva de la demanda; inexistencia de las pretendidas obligaciones o derecho por falta de causa; extinción de los derechos y obligaciones nacidos en época de la relación laboral por pago o compensación y en general por el cumplimiento dado por la Compañía-patrono que represento y eventualmente, por la prescripción o cualquier otro hecho favorable al tenor de lo preceptuado en los artículos 329 del C. J., 1625 del C. C. y concordantes con éstos".

Tramitada la controversia por el Juzgado del conocimiento, que lo fue el Primero Civil del Circuito de Sogamoso, la desató mediante sentencia proferida en audiencia pública iniciada el 24 de agosto de 1964 y continuada el 25 de enero de 1965, por medio de la cual declaró no probadas las excepciones perentorias propuestas; que entre la Compañía de Energía Eléctrica de Sugamuxi y Tundama, las Empresas Municipales de Servicio Público de Sogamoso y la Compañía de Servicios Públicos de Sogamoso S. A. existió una sustitución sucesiva de patronos; que Manuel Torres tiene derecho a la Pensión de Jubilación por parte de la Compañía de Servicios Públicos de Sogamoso a partir del 1º de julio de 1960, asimismo declaró ilegal e injusta la rescisión del contrato de trabajo y profirió condena así: por concepto de pensión de jubilación "la suma de $ 237.50 de la cual se descontará la suma de $ 23.45 hasta amortizar la suma de $ 7.100.00 quedándole una pensión líquida de jubilación al demandante de doscientos trece pesos con setenta y cinco centavos ($ 213.75), por "salarios caídos" a partir del 1º de julio de 1960 hasta cuando la Empresa cancele al demandado el valor de las condenas, por lucro cesante la suma de $ 2.220.00, también condenó a la demandada suministrar al actor los tratamientos hasta por seis (6) meses, médicos, quirúrgicos, hospitalarios y farmacéuticos, así como el pago de la mitad de las costas del juicio. Absolvió de los cargos formulados en la petición novena del libelo que dice: Condénase a la Compañía de Servicios Públicos de Sogamoso S. A. a pagar a Manuel Torres, la cantidad de dinero que se determine por concepto de incapacidades, temporal, permanente, parcial y tratamientos médicos, farmacéuticos, hospitalarios, quirúrgicos y de prótesis por la miopía profesional a que se refiere el HECHO Nº 8 de la demanda".

Contra el fallo de primer grado interpuso recurso de apelación la parte demandada para ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sogamoso que lo resolvió mediante sentencia de 15 de diciembre de 1965 por medio de la cual dispuso: "Primero. CONFIRMASE la sentencia de fecha veinticinco de enero de mil novecientos sesenta y cinco proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Sogamoso en el juicio ordinario laboral de Manuel Torres contra la Compañía de Servicios Públicos de Sogamoso S. A.", en sus puntos primero, segundo, tercero y en la condena al pago de la mitad de las costas hecha contra la parte demandada, y REVOCASE en todo lo demás".

"Segundo. En consecuencia, de los puntos primero, segundo y tercero que se confirman, condénase a la Compañía de Servicios Públicos de Sogamoso S. A. a pagar al trabajador Manuel Torres una pensión vitalicia de jubilación de doscientos setenta y siete pesos con cincuenta centavos ($ 277.50 M/cte.), mensuales, de la cual descontará periódicamente la suma de veintisiete pesos con setenta y cinco centavos ($ 27.75) hasta amortizar la cantidad de siete mil ciento diez pesos ($ 7.110.00) que-

dando una pensión líquida de doscientos cuarenta y nueve pesos con setenta y cinco centavos ($ 249.75 m.l.) que la empresa debe pagar al demandante a partir del primero (1º) de julio de mil novecientos sesenta (1960) en adelante".

"Tercero. ABSUELVESE a la empresa demandada de los demás cargos de la demanda".

Contra la sentencia anterior interpuso el recurso de casación el mismo apoderado de la "Compañía de Servicios Públicos de Sogamoso S. A. "y habiéndoselo denegado el Tribunal, recurrió de hecho y la Corte lo declaró mal denegado, consecuencialmente concedió el recurso, por tanto se le va a resolver mediante el estudio de la correspondiente demanda. No hubo oposición.

El libelo extraordinario se formula por las tres causales de casación consagradas por el art. 60 del Decreto 528 de 9 de marzo de 1964 vigente para el sub lite se plantea en orden inverso al establecido en la disposición pertinente.

El alcance de la impugnación lo expresa el recurrente al terminar el desarrollo de cada acusación. Los cargos los formula de conformidad con las tres causales comenzando por el que imputa nulidad insubsanable, siguiendo con la segunda por estimar que la sentencia del Tribunal hizo más gravosa la situación del apelante y termina con el motivo relacionado con la violación de la Ley sustantiva por "error de hecho en la apreciación de las pruebas".

La Sala estudia de último el cargo segundo por cuanto es subsidiario de los otros dos.

Primer cargo

Acusa la sentencia por la causal tercera de casación y lo formula así: "Como la causal alegada aquí es la nulidad, vicio que comprende la segunda instancia del proceso y de manera especial la sentencia recurrida. La nulidad está consagrada en el artículo 448 del C. J. La nulidad no es saneable".

El impugnador en la sustentación del cargo afirma: "El día quince de abril del año de mil novecientos sesenta y cuatro tuvo ocurrencia la última audiencia de trámite y se declaró cerrado el debate, allí mismo se fijó el día 19 de junio de dicho año para proferir o leer el fallo como lo manda la ley, por motivos ajenos a la voluntad del señor Juez no se pudo realizar el acto antes indicado en la fecha fijada, por eso nuevamente se señaló el día 24 de agosto del año preindicado, más ocurrió que en la fecha últimamente indicada el señor Juez llevó una parte del posible fallo, para leer la segunda parte se señaló un nuevo día, el 14 de octubre; en la fecha últimamente indicada tampoco fue posible leer la segunda parte del fallo, por eso se fijó el día 19 de noviembre del año que nos ocupa, pero ocurre que tampoco se hizo nada en la fecha antes señalada, por eso, el 9 de diciembre se señaló nuevamente el día 25 de enero del año de 1965 para continuar la sentencia".

"Ocurre que el día 25 de enero el señor Juez del conocimiento y su secretario se constituyeron en audiencia para darle lectura a la segunda parte del fallo, pero ocurre que realmente no existe el fallo o sentencia, pues tal resolución o providencia termina o se suscribe por los funcionarios correspondientes en seguida de las expresiones: "PUBLIQUESE, COPIESE Y NOTIFIQUESE". Del presente fallo quedaron las partes notificadas en Estrados.

"En forma objetiva se puede ver que el proyecto de fallo quedó sin el requisito indispensable para que tenga vida jurídica, ese requisito dice relación con la falta de firma del señor Juez y de su Secretario, máxime si se tiene en cuenta que en este caso la audiencia se contrae única y exclusivamente a leer el fallo que se lleva escrito y firmado por el funcionario a funcionarios correspondientes y a notificar a las partes, repito, que así lo manda el art. 81 del Decreto aludido antes".

Y más adelante dice el casacionista: "Ya se comprende que la mal llamada sentencia tiene dos vicios que la hacen inexistente: el primero dice relación a que un fallo o

sentencia legalmente no se puede proferir por etapas o por partes, esa pieza constituye una unidad indivisible y que para evitar esas ocurrencias, el legislador estatuyó una quinta audiencia que tiene por objeto leer íntegramente el fallo. El segundo vicio consiste en la falta o ausencia de las firmas del señor Juez del conocimiento y de su secretario".

El impugnante hace radicar la nulidad en que en su opinión, el Tribunal "usurpó jurisdicción al conocer de un proceso en donde no se ha terminado en forma legal la primera instancia", para el recurrente no existe sentencia legalmente pronunciada y el ad-quem, según él, ha debido declararse inhibido para fallar y disponer que el a-quo profiriera el fallo correspondiente y agrega: "la nulidad" está expresamente contemplada en el art. 448 del C. J. La incompetencia de jurisdicción se debe al hecho de haber incurrido el H. Tribunal de Sogamoso en una clara usurpación de jurisdicción al proceder pretermitiendo la sentencia de primera instancia. Lo anterior quiere decir que la causal de nulidad alegada es la contemplada en primer término por el artículo 448 de la obra en cita". Asimismo, dice que la nulidad en mención, queda comprendida dentro de lo estatuído por el art. 26 de la Constitución Nacional.

Y finaliza la censura con la formulación del alcance de la impugnación en los siguientes términos: "Por lo expuesto con toda atención le solicito a la H. Corte que case la sentencia proferida por el H. Tribunal Superior de Sogamoso con fecha quince de diciembre del año de mil novecientos sesenta y cinco, dentro del juicio laboral incoado por Manuel Torres contra la "Compañía de Servicios Públicos de Sogamoso S. A.", por haber incurrido en la causal primera de nulidad contemplada en el art. 448 del C. J. y en el art. 26 de la Constitución Nacional. Como consecuencia de la existencia de la nulidad alegada, disponer que el juicio vuelva a la audiencia de conciliación, pues el Municipio de Sogamoso no tuvo esta etapa procesal que es vital dentro de los procesos laborales".

Se estudia:

El recurrente sustenta el ataque en lo que para él constituye "inexistencia de la sentencia" ya que estima que se trata de un simple proyecto que no alcanza a tener la calidad de providencia y por ende no es susceptible de recurso, fundamenta su aserto en la falta de firma de la resolución judicial y en lo que denomina: "proferir el fallo por etapas o por partes". La imputación se hace al pronunciamiento definitivo del a-quo pero como el ad-quem aceptó conocer de la segunda instancia dándole valor de sentencia pues proveyó sobre dicho acto procesal, el impugnador considera que el Tribunal "usurpó jurisdicción" incurriendo con ello en la nulidad a que se contrae el numeral 1º del artículo 448 del C. J. porque en su concepto, el sentenciador pretermitió la sentencia de primera instancia.Asimismo ubica la nulidad impetrada dentro del mandato del art. 26 de la Constitución Nacional.

Si bien es cierto que el fenómeno de la "usurpación de competencia", se presenta entre otros casos en el que señala el recurrente, cuando el superior pretermita la instancia, no es menos evidente que las circunstancias que lo tipifican deben aparecer establecidas con claridad y concreción en el proceso.

Los actos procesales pueden adolecer de vicios y errores que no alcanzan a invalidarlos por tratarse de simples irregularidades intrascedentes, por no tener entidad para causar un desquiciamiento en la organización judicial o una violación del derecho de defensa. Ahora bien; el juzgado evidentemente incurrió en deficiente proceder al comenzar el fallo el día y hora señalado para la celebración de la audiencia respectiva y luego interrumpir su pronunciamiento suspendiéndola y fijando nuevos día y hora para su continuación; sin embargo esta irregularidad no alcanza a producir una violación de las garantías del debido proceso, capaz de invalidar lo actuado; menos, causar la nulidad por incompetencia de jurisdicción. Tampoco resulta afortunado predicar ocurrencia de la causal de nulidad

mencionada, por la falta de firmas de Juez y Secretario al final de la sentencia dictada, y a renglón seguido de la fórmula "PUBLIQUESE, COPIESE Y NOTIFIQUESE", pues lo que el legislador exige es que el Juez y el Secretario estampen su firma en señal de aprobación y autenticidad de la diligencia respectiva, sobre el acta correspondiente, como así se hizo. El acta constituye formalmente el recuento fiel de las circunstancias en que se lleva a cabo la audiencia, de tal manera que si en ella se profiere la sentencia, se notifica por estrados y por esta razón una de las partes o ambas interponen recursos contra la providencia, el documento suscrito a su terminación por el Juez, el Secretario y demás personas que han intervenido, no carece de ninguno de los requisitos formales que le dan validez al acto procesal de que se trata. En este mismo orden de ideas, tampoco es acertado acusar de "usurpación de jurisdicción" al sentenciador de segundo grado, ya que habiendo el Tribunal entendido, como lo entendió, que el fallo de primera instancia se profirió conforme a los ritos que las normas instrumentales pertinentes han establecido para ello, por cuanto existió formal y sustancialmente fallo, no incurrió en la causal de nulidad por "incompetencia de jurisdicción", a que se contrae el numeral 1º del art. 448 del C. J. ni infringió el mandato contenido en el art. 26 de la Carta Fundamental, por consiguiente se rechaza el cargo.

Tercer cargo

Acusa la sentencia con fundamento en la causal primera (1ª) del artículo 60 del Decreto 528 de 1964 y el motivo lo explica así: "consiste en haber incurrido el fallador de segunda instancia en una indebida aplicación de normas legales y la consiguiente violación de la ley sustantiva, todo lo cual se debió a un error de hecho en la apreciación de las pruebas". Asimismo, señala el libelista del recurso extraordinario normas infringidas como medio que condujo a la violación de preceptos sustanciales y cita para ello los artículos 593, 597, 603, 605 a 607 y 693 del C. J.; arts. 25, 36 a 51 a 60 y 79 del Decreto 2158 de 1948; art. 22 de la Ley 57 de 1887; 1º y 3º de la Ley 92 de 1938; 465 del C. de Co., 40 de la Ley 28 de 1931 y 1760 del C. C.; 67, 68 y 260 del Código Sustantivo del Trabajo.

Se atribuye al sentenciador los siguientes errores: a) dar por demostrada la edad del demandante con una partida irregularmente llevada a los autos; b) dar por probada la sustitución de patronos con "elementos de juicio que no son los adecuados para el caso"; c) dar por establecida la existencia de una sociedad por medio de confesión; y d) aceptar y tener por demostrados los hechos primero y segundo de la demanda inicial atinentes al tiempo de servicios del actor a la Compañía de Energía Eléctrica de Sugamuxi y Tundama, las Empresas Municipales de Servicio Público y a la Compañía de Servicios Públicos de Sogamoso S. A., así como lo concerniente a la unidad económica que predica de éstas y la "sustitución de patronos por no haber sufrido variación esencial en el giro de las actividades o negocios de las citadas Empresas", con la diligencia de inspección ocular.

Fundamenta el impugnador la censura por el primer error imputado al Tribunal así: "Existe una verdadera riña entre la sentencia y las normas legales que ordenan en forma muy clara que en los juicios laborales se deben relacionar las pruebas en la demanda y ser decretadas por el juez dentro de la primera audiencia de trámite. Podemos aceptar que en la demanda se relacionó la partida de nacimiento pero también es cierto que tal prueba no se decretó en el juicio, por eso, por no haber sido decretada, el sentenciador no la podía tener como demostrativa de un "hecho". Ahora bien, este razonamiento llevó al casacionista a deducir la indebida aplicación de los arts. 593, 597, 601 del C. J., arts. 25, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60 del Decreto 2158 de 1948 como medio para la violación del art. 260 del Código Sustantivo del Trabajo.

Sobre el segundo error el acusador arguye que "la ley prohibe expresamente tramitar incidentes fuera de la primera audiencia y la declaratoria de confeso se hace en la sentencia, vale decir al valorar las prue-

bas" y agrega "no es dable tener como demostrada la vida de una persona jurídica por medio de confesión". Luego, glosa la declaratoria de confeso que recayó sobre el representante de la sociedad demandada, aunque posteriormente la acepta según él "en gracia de discusión".

Asevera también el impugnador, que es grave error "afirmar que una sociedad o su existencia se puede acreditar con testimonios ya que esa demostración debe hacerse por los medios expresamente estatuídos por la Ley, ese medio es la escritura pública y el certificado de la Cámara de Comercio pero el H. Tribunal sostiene que la prueba testimonial es apta para acreditar tal cosa" y agrega que el sentenciador "da por existente una sociedad por el hecho de que una persona natural conteste una demanda, la condición de representante legal también se necesita acreditar cuando se dice llevar la personería de una sociedad, así lo dice la Ley 28 de 1931".

Concluye el recurrente la sustentación diciendo: "la apreciación de los elementos de juicio es completamente equivocada, máxime que la sentencia se funda en declaraciones que en su mayoría no fueron relacionadas en el escrito de demanda, no se decretaron en la correspondiente audiencia y por lo mismo se llevaron a los autos contrariando expresos mandatos legales" y después de hacer una transcripción doctrinal, agrega: "si bien es cierto que en la segunda instancia se le atribuye a las pruebas un valor probatorio que no tienen, que no se estimó en debida forma la confesión que hizo la parte actora en la demanda y que no se demostró que el contrato original se conservó durante los 25 años de que se habla en la demanda, también lo es que por tal medio se llegó a poner en abierta contradicción el fallo con las normas legales de carácter procesal por haber sido indebidamente aplicadas y luego se violó la ley sustantiva".

La acusación termina expresando su finalidad en el sentido de pedir que se case el fallo y "en su lugar se profiera una sentencia en la cual se absuelva de todos los cargos a la Compañía de Servicios Públicos de Sogamoso S. A.".

Se considera

El ataque señala como primer error de hecho cometido por el sentenciador, dar por demostrada la edad del demandante con una prueba que en opinión del recurrente no fue llevada en forma regular al proceso. Sin embargo, aparece oportunamente enunciada en el libelo inicial, pero aunque no fue llevada con la demanda sí lo fue antes de celebrarse la cuarta audiencia de trámite, además fue decretada y tenida como prueba la partida de nacimiento visible a folio 45 del cuaderno primero (1º) de tal manera que no erró el ad-quem en su apreciación, pues se observaron las formalidades legales sobre aducción, admisión y valoración de dicho elemento probatorio, ya que de otra parte se respetaron los principios de contradicción y publicidad de la prueba en materia laboral.

En punto al error que se imputa al sentenciador en relación con la apreciación de la prueba atinente al fenómeno de la sustitución patronal y que lo hace radicar en el valor que el Tribunal dio a los distintos medios probatorios que obraron en el juicio para darlo por demostrado, cuando según el censor: "el demandante ha debido probar la existencia de cada una de las sociedades intervinientes en la sustitución, con la prueba ad-solemnitatem exigida para acreditar esta circunstancia", no existe yerro del ad-quem pues no se trata de la demostración de la constitución de sociedades que comparezcan al proceso como partes, sino de una mención de las entidades empresariales o unidades de explotación económica donde prestó servicios el actor, solo para los efectos de reconocer el cambio de patrono a patrono o lo que es lo mismo la sustitución, conservando la identidad del establecimiento, es decir, en cuanto no sufra variaciones esenciales en el giro de sus actividades o negocios, hechos éstos que admiten prueba libre o lo que es lo mismo que su demostración puede hacerse por los medios probatorios comunes.

El Tribunal ha apreciado como pruebas de la sustitución patronal las siguientes: a) atestación del ex-Gerente y ex-Secretario Contador de la Compañía de Energía Eléctrica de Sugamuxi y Tundama (fl. 3); b) certificación del Tesorero Municipal de Sogamoso (fl. 4); c) testimonios de Abel de J. Duarte, doctor Jorge Guevara, Joaquín Montaña Soracá, Juan Abella, Carlos Alberto Chaparro y José Arias (fl. 25-31 a 35, 43 y 48); d) copia de la escritura pública número 1481 de 12 de noviembre de 1947 (fl. 41); y e) declaración de certeza de los hechos por renuencia a la práctica de una inspección ocular (fl. 42).

Se sabe por la escritura pública de folio 41, que la Compañía de Energía Eléctrica de Sugamuxi Tundama S. A. por Asamblea General facultó a los liquidadores para liquidar y pagar la cesantía de los empleados de acuerdo con la Ley y "entregar al Municipio de Sogamoso la planta eléctrica, las líneas de transmisión y demás accesorios que en la actualidad prestan servicio de alumbrado dentro y fuera del Municipio de Sogamoso (fl. 4) se acredita que Manuel Torres trabajó inicialmente en las Empresas Municipales de Servicio Público como Jefe Instalador de Luz Eléctrica" y luego en el Municipio de Sogamoso desde el 4 de julio de 1948 hasta el 30 de junio de 1955. Con las declaraciones rendidas por los testigos Abel de J. Duarte, Jorge D., Guevara, Joaquín Montaña, Juan Abella, Carlos Alberto Chaparro y José Arias que aparecen claras, concordantes y responsivas se demuestra que el demandante trabajó para las tres empresas durante más de veinticinco (25) años y que entre las tres unidades de explotación económica hubo transferencia de bienes sin alteración del giro de negocios del establecimiento y que en la prestación de servicios de Manuel Torres, no hubo solución de continuidad; así fueron estimadas estas probanzas por el ad-quem sin que por otra parte el casacionista haya indicado el error o errores ostensibles en que hubiere incurrido en su apreciación y que la Corte no puede oficiosamente buscar supliendo la actividad que compete al impugnante.

El recurrente afirma que la sentencia se funda "en declaraciones que en su mayoría no fueron relacionadas en el escrito de demanda, no se decretaron en la correspondiente audiencia y por lo mismo se llevaron a los autos contrariando expresos mandatos legales". Sin embargo, los atestados procesales establecen lo contrario ya que se cumplieron las exigencias rituarias para la producción, aducción y recepción de los testimonios por lo cual no se ha incurrido en violación medio de los preceptos instrumentales señalados por la censura.

En punto a la crítica formulada por el libelista del recurso extraordinario acerca de la estimación que el Tribunal hizo de la inspección ocular, no tiene razón en cuanto a la oportunidad procesal de que dispone el juzgador de instancia para pronunciarse sobre los efectos de la "renuencia de las partes a la práctica de la inspección" que regula el artículo 56 del Decreto 2158 de 1948 (C. P. L.) toda vez que el incidente de confeso en este evento debe sujetarse a las reglas del Estatuto Procesal del Trabajo y no como lo estimó el Tribunal en cuanto consideró que dicho incidente previo es ilegal. Con todo, aunque el sentenciador está equivocado en este concepto, por la valoración de la confesión dada a la renuencia de la parte demandada a la práctica de la respectiva diligencia no erró pues acogió el valor probatorio que el a-quo le dio a la renuencia de la demandada una vez tramitado el incidente respectivo de declaratoria de confeso, por tanto, la aducción documental, la recepción de los testimonios y la declaratoria de ser ciertos los hechos como efecto de renuencia a la inspección ocular son correctos y no existio el error de hecho que atribuye la censura al ad-quem, razón para que el cargo no prospere.

Segundo cargo

El impugnador lo presenta como subsidiario del primero y el tercero al decir: "Para el caso de que no sea decretada la nulidad alegada en el cargo anterior y en el supuesto de que el cargo tercero tampoco prospere, acuso la sentencia material del recurso de casación por la causal segunda

contemplada en el artículo 60 del Decreto 528 del año 1964, vale decir, por haberse infringido o quebrantado en la sentencia expresos mandatos legales".

Asevera el recurrente que el demandante no interpuso recurso alguno del "mal llamado fallo de primera instancia", como lo denomina y que la apelación o recurso de instancia "lo solicitó el apoderado de la Compañía de Servicios Públicos de Sogamoso S. A."; que en el aparte cuarto del fallo, llamado por él proyecto, de primer grado la sociedad demandada fue condenada a pagar a Manuel Torres una pensión vitalicia de jubilación de doscientos treinta y siete pesos con cincuenta centavos de cuya cantidad se ordenó descontar por mesadas la suma de veintitrés pesos con cuarenta y cinco centavos ($ 23.45) hasta amortizar la suma de siete mil ciento diez pesos ($ 7.110.00) quedándole una pensión líquida de jubilación de doscientos trece pesos con setenta y cinco centavos ($ 213.75) moneda legal; asimismo afirma que la sentencia de segunda instancia "cambia la cuantía de la pensión de jubilación y la sube a doscientos setenta y siete pesos con cincuenta centavos ($ 277.50) mensuales, de los cuales se le descuenta a Torres la cantidad de veintisiete pesos con setenta y cinco centavos ($ 27.75) hasta amortizar los siete mil ciento diez pesos y en tal forma la pensión líquida queda en doscientos cuarenta y nueve pesos con setenta y cinco centavos ($ 249.75)".

Finaliza su argumentación el acusador, reiterando que los guarismos ponen de manifiesto que la situación de la parte apelante se hizo más gravosa en la segunda instancia ya que el monto de la pensión jubilatoria fijado por el a-quo; resultó inferior a la cantidad por el mismo concepto señalada por el ad-quem. Termina la acusación con el alcance de la impugnación que lo expresa así: "Con fundamento en lo dicho y en guarda de la ley quebrantada en la forma más comedida solicito a la H. Corte que infirme la sentencia recurrida por estar de manifiesto el motivo alegado en esta parte del libelo. Casado el fallo recurrido, en forma muy respetuosa pido que sea absuelta la compañía demandada".

Para resolver la Corte considera:

Como la acusación se ha formulado con fundamento en la causal 2ª del art. 60 del Decreto 528 de 1964 y esta Sala lo ha reiterado: no se requiere acudir a ningún otro concepto de violación de la ley, ya que lo que ve debe determinar es si la sentencia de segundo grado excedió a la primera instancia en lo desfavorable al único apelante.

La Sala observa que la sentencia de primera instancia fue desfavorable parcialmente a la parte demandada pues si bien es cierto que hubo condenaciones contra ella por pensión de jubilación, "salarios caídos", lucro cesante, suministro de tratamientos hasta por seis meses y pago de incapacidades temporales y si resultaren incapacidades permanentes originadas en enfermedades, no es menos evidente que fue absuelta del pago de incapacidades y tratamientos médicos, farmacéuticos, hospitalarios, quirúrgicos y de prótesis por miopía profesional. Ahora bien, igualmente aparece de la confrontación de las dos sentencias que al litigante parcialmente vencido, en este caso, la sociedad demandada, se le condenó por el Juzgado a pagar una pensión líquida de jubilación en cuantía de $ 213.75 y por medio del fallo de segundo grado a pagar la misma prestación jubilatoria a razón de $ 249.75 mensuales. Es decir: que el Tribunal excedió los límites cuantitativos de la decisión del a-quo en perjuicio de la parte demandada que fue la apelante, contraviniendo así el principio de la reformatio in pejus ya que debe entenderse que el recurso solamente sirve para enmendar el perjuicio causado al impugnador es así como debe entenderse que fue interpuesto solo en lo desfavorable.

Al Tribunal por tanto, le estaba vedado por mandato legal imponer una situación agravada al litigante vencido parcialmente y apelante ya que solo podía limitarse a considerar en la motivación del fallo que

si bien habría lugar a un aumento de la condena por concepto de pensión jubilatoria en el evento de que hubiese apelado la parte demandante, por virtud de la reformatio in pejus no le era legalmente admisible variar dicho cuantum en perjuicio de la parte demandada que no apeló. En consecuencia, el cargo prospera.

La Sala en consecuencia, casará parcialmente la sentencia recurrida en cuanto a la condena por concepto de pensión jubilatoria y en sede de instancia confirmará la cuantía de la aludida prestación o sea la de $ 237.50 impuesta por el Juzgado, a pesar de que el monto correcto debería haber sido la que dedujo el Tribunal en cantidad de $ 277.50; asimismo, obrando en la misma función mantiene la deducción del diez por ciento (10%) tomada de cada mensualidad, hecha por el ad-quem, por consiguiente deberá descontar la suma de $ 27.75 mensual hasta amortizar la cantidad de siete mil ciento diez pesos ($ 7.110.00) quedando una pensión líquida de $ 209.75 que deberá pagar la demandada al demandante a partir del 1º de julio de mil novecientos sesenta (1960) en adelante.

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 segunda instancia de 15 de diciembre de 1962, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sogamoso —Sala Laboral— en el presente juicio en cuanto por su ordinal "Segundo" condenó a la Compañía de Servicios Públicos de Sogamoso S. A. a pagar a Manuel S. Torres una pensión vitalicia de jubilación de $ 277.50 M/cte. mensuales y en su lugar confirma el literal a) Tercera Petición del punto Quinto de la sentencia de 25 de enero de 1965 solamente en cuanto condenó a la demandada a pagar al demandante por concepto de pensión de jubilación la suma de doscientos treinta y siete pesos con cincuenta centavos ($ 237.50) no así en lo atinente a la deducción para cubrir la amortización de los $ 7.110.00, en lo que se está a lo dispuesto por el Tribunal, NO CASA EN LO DEMAS.

Sin costas en el recurso.

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

Alejandro Córdoba Medina, Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CASACION
(Técnica)

El rechazo que se formula a la providencia recurrida, motivado en errores de hecho, debe contener un análisis concreto de los elementos de juicio que, en su sentir, están equivocados, y una crítica además, respecto de las circunstancias singulares que condujeron al fallador a la perpetración del error anotado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., tres de febrero de mil novecientos setenta y uno.

(Ponente: Abogado Asistente, Doctor Gerardo Rojas B.).

(Acta número 3).

Manuel Antonio Sanabria, mayor de edad y de este vecindario, demandó por medio de apoderado a Ricardo Vargas Iriarte, igualmente mayor y vecino de esta ciudad, con el propósito de que se le condenara al pago de un reajuste de salarios, y al de prestaciones sociales por el tiempo comprendido entre el 24 de julio de 1945 al 25 de marzo de 1964. Apoyó su solicitud en los siguientes hechos:

El demandante trabajó durante todo el tiempo indicado antes, como mensajero y celador, en el consultorio del demandado, haciéndolo, dentro del primer cargo durante las ocho horas ordinarias de trabajo diario, y en el segundo desde las 6 p.m. hasta las 6 a.m. del día siguiente.

El trabajador recibió durante el servicio, sin modificación ninguna, un salario de diez pesos ($ 10.00) diarios, que no correspondían al mínimo señalado por la ley.

En el lapso atrás indicado, Sanabria no recibió de su patrono el pago de ninguna prestación periódica, razón por la cual se le adeuda el de las primas de servicio, las vacaciones no disfrutadas, la cesantía y los zapatos y overoles.

El doctor Vargas Iriarte dió respuesta a la demanda, negando los hechos y oponiéndose a las declaraciones del actor. Propuso en su defensa las excepciones de inexistencia de la obligación, carencia de causa y título y, subsidiariamente, la de compensación, respecto de cualquier suma que se demostrara en juicio como debida por el demandante al demandado.

Agotado el trámite en la primera instancia, el Juez Tercero Laboral de esta ciudad, a quien tocó conocer del negocio, se pronunció en el fallo de 13 de julio de 1965, absolviendo al demandado de todos los cargos que se le habían formulado, y condenando en costas al actor. El negocio subió al Tribunal por apelación que contra la providencia indicada propuso el apoderado del actor, y esta entidad, por intermedio del su Sala Laboral, resolvió el recurso en sentencia de 26 de agosto del año antes indicado (1965), confirmando la del a quo, y condenando en las costas de la instancia al mismo demandante. Contra esta última providencia, a su vez, se interpuso por el

representante del trabajador el recurso de casación, que se entra a resolver, agotadas como están las ritualidades de ley, haciendo la observación de que en los autos existe un memorial de oposición.

De la impugnación

Se persigue la quiebra de la sentencia del Tribunal, para que casada por esta Sala de la Corte y convertida ella en Tribunal de Instancia, se pronuncie a favor del demandante en la totalidad de las peticiones que se formularon en la demanda inicial. Se apoya el recurrente en la causal primera del artículo 60 del Decreto 528 de 1964, invocando como motivo de la casación el ser la sentencia acusada violatoria de la ley sustancial, por apreciación errónea de varias pruebas, con lo cual se incurrió en un error de hecho.

En un largo alegato que no garantiza la estrictez de las demandas de esta índole, formula y sustenta el casacionista lo que podría ser un solo cargo, apoyado éste en los puntos de vista expresados antes, y expresando que la violación indirecta de las normas sustantivas del Código Laboral se hizo en los siguientes artículos: 1º, 6º, 9º, 18º, 21, 23, 24, 27, 47, 127, 129, 132, 144, 145, 172, 173, 174, 177, 179, 186, 189, 192, 197, 230, 232, 249, 306 y del artículo 1º 1769 del C. Civil.

Explicaciones

Sostiene el impugnador que el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, decidió erróneamente al descartar la existencia del contrato de trabajo entre las partes, y que su equivocación resultó de haber interpretado en forma errada el documento que, suscrito por el propio demandado, se acompañó a la demanda, y por el hecho de proceder en el mismo sentido en relación con las declaraciones que obran en el informativo. A este último respecto critica la actuación del Tribunal cuando rechazó el testimonio de Luis Telémaco Villarreal, que favorecía los intereses del demandante, acogiendo en cambio los de María Luisa Viviesca, Carmen Elisa Ramos y María Cleofe Guevara que negaban el vínculo de trabajo alegado.

En relación con lo fundamental de este ataque, empieza el recurrente dándole, dentro de su criterio, una interpretación al certificado o constancia que obra a folio 6 del expediente, en el que, en su sentir, se ha hecho la confesión por el demandado de la existencia de una relación laboral con Sanabria. Agrega que si en ese documento no se dijo nada respecto al tiempo de servicio y al salario pagado, debió procederse por el Tribunal haciendo una condena con respaldo en el salario mínimo, y señalando como término de la relación, cuando menos, el de seis meses indicado en el artículo 47 del C. J. (sic) del Trabajo.

Respecto al error en la interpretación de la declaración de Villarreal, dice el recurrente que ésta "complementa la confesión del demandado cuando precisa que Sanabria trabajó como celador en el consultorio situado en esta ciudad, en la calle 18, entre carreras 12 y 13, lo que coincide perfectamente con la dirección del consultorio del doctor Vargas Iriarte, impresa en el papel membreteado en que escribió la constancia de folios 6".

Continúa afirmando que la confesión hecha por el demandado en el documento tantas veces citado, es de mayor entidad que las declaraciones de sus barrenderas, quienes no estaban al tanto de saber las relaciones laborales entre el actor y aquel. Dice, por esto, que las mencionadas declaraciones de la Viviesca, la Ramos y la Guevara, fueron a su vez erróneamente interpretadas por el Tribunal, llegándose por estas circunstancias a las conclusiones a que se llegó.

Con la cita de algunas jurisprudencias de esta Sala de la Corte respecto a la presunción del contrato de trabajo por el solo hecho de la existencia del servicio y del pago de una remuneración, el casacionista termina su demanda, no sin antes haberse referido en forma crítica al pliego de posiciones absuelto por el mismo demandado, y

en el que, según su sentir, éste se ratifica en su confesión ya estampada en el documento aludido.

La oposición

El opositor ratifica en su escrito los antecedentes que dieron origen a la controversia judicial, explicando la naturaleza y calidad de las relaciones que existieron entre el demandante y el demandado, glosando a su vez los términos de la demanda de casación, y transcribiendo algunos apartes de los fallos de primera y segunda instancia. Sostiene que el apoyo que tanto en uno como en otro, se dió a las declaraciones de las trabajadoras es correcto, igual que lo es la interpretación que en las instancias se produjo respecto al documento del folio 6. Asimismo considera que es perfecto el entendimiento y comentario que se hizo de la declaración de Villarreal, vista, ya por la índole contradictoria de su exposición, ora por el aspecto simplemente referencial que tiene. Termina el oposicionista pidiendo a la Corte que no case el fallo recurrido.

Se estudia el cargo

Empieza el fallo recurrido sostenido, que las pruebas presentadas al juicio por el actor no establecen en forma alguna la existencia del contrato de trabajo. Al efecto, analiza el certificado o constancia expedida por el propio demandado, que obra o folio 6 del expediente, y de el opina que es de una vaguedad manifiesta, hasta el punto que ni precisan la fecha de ingreso o retiro, ni deja entrever el cargo desempeñado por el demandante, ni indica el salario que pudo pagársele como contraprestación. Y agrega: "Sus términos están concebidos a manera de una recomendación para acreditar en beneficio de la persona a quien se escribió, su honorabilidad y consagración al trabajo; y es concordante con ese certificado la contestación a la demanda en donde se explica el móvil que la motivó".

Analiza a continuación el pliego de posiciones rendido por la parte demandada, en el que ésta insiste en afirmar que el actor nunca fue trabajador suyo, y que el documento que obra en los autos lo expidió porque este último le pidió que le diera una recomendación concebida en dichos términos, para conseguir trabajo, "sin presumir, dice, que se tratara de un asalto a mi buena fe y de una celada para hacer reclamaciones a las que no tiene derecho, y por prestarle un nuevo favor distinto del de haberle permitido alojarse en mi consultorio...".

Se refiere luego el Juzgador de Segundo Grado a los testimonios de María Luisa Viviesca, Carmen Elisa Ramos y María Cleofe Guevara, y de ellos dice que dan la clave para deducir que Sanabria no fue trabajador del doctor Vargas. Y comenta: "... si el actor dormía en el local donde el profesional prestaba sus servicios, su presencia allí no tenía como origen una relación laboral, si no más bien como despréndese de la realidad probatoria, una actitud generosa del profesional demandado".

Y para terminar, se enfrenta el fallo a la declaración de Luis Telémaco Villarreal en la que el casacionista ha apoyado fundamentalmente su defensa y, desde luego, el ataque a la providencia recurrida, y de ella dice lo siguiente: "Y falta por glosar el testimonio de Luis Telémaco Villarreal. Para desestimarlo bastaría anotar que es un testigo de oídas que informa por lo que le dijera el mismo actor; pero es que además se confunde en forma inocente cuando afirma indistintamente que el servicio se prestaba por Sanabria en una droguería y en un consultorio. Este testigo no suministra ningún dato en cuanto a la duración del contrato".

Se aprecia, por lo transcrito y expresado, que el ad-quem no abandonó en el examen del negocio ninguno de los elementos de prueba que el actor había aportado a los autos, y de ellos hacen el análisis juicioso que le permitió concluir en la inexistencia del vínculo alegado, y por lo tanto en la denegación de todas las suplicas pedidas inicialmente.

Respecto del ataque formulado en la demanda por el casacionista, debe destacar la Sala dos aspectos importantes que hacen

parte de su jurisprudencia, por cierto muchas veces expresada. En primer lugar, que el rechazo que se formule a la providencia recurrida, motivado en errores de hecho, debe contener un análisis concreto de los elementos de juicio que, en su sentir, estén equivocados, y una crítica además, respecto a las circunstancias singulares que condujeron al fallador a la perpetración del error anotado. No basta, se ha dicho, con enumerar las pruebas, y hacer alusión superficial a las presuntas equivocaciones del ad-quem, puesto que a la Corte debe decírsele en qué descansa el error y por qué razones el juicio del Tribunal es equivocado frente a otros elementos probatorios, o simplemente frente a las mismas pruebas estimadas erróneamente. En el caso sub-lite, el impugnador apenas se refiere en este último sentido al documento del folio 6, pero no contraataca en debida forma el grupo de testimonios apreciados por el Tribunal, ya para sostener su criterio, ya para rechazar el de aquel. Sería esta una razón suficiente para desestimar el recurso, puesto que no se ha formulado por el casacionista un verdadero ataque al fallo, en condiciones que por el método indicado, destruya el criterio del Tribunal al respecto, rehabilitando las razones y los fundamentos de la demanda del trabajador.

Por otra parte, pertenece igualmente a la jurisprudencia de esta misma Sala, el criterio reiterado de que el Tribunal de instancia goza de la más completa autonomía, como es elemental que tal suceda en guarda del principio de la libre formación racional del convencimiento, para apreciar las pruebas que se presenten al proceso. Dentro de este criterio, el error de hecho solo procede en casación cuando es meridianamente protuberante u ostensible, deduciéndose esta circunstancia de una realidad procesal distinta y contraria a la estimada por el juzgador. Por lo demás, y este último criterio es importante, en circunstancias de hecho dudosas los Tribunales tienen autonomía para decidirse por el extremo que a su juicio consideren mejor demostrado. Desde luego que en el caso sub-judice no acontece este último evento, como se aprecia por el análisis del fallo recurrido, en el que la seguridad de criterio del juzgador es evidente, apoyada ella en la totalidad de las pruebas aportadas por el demandante. No prospera pues el cargo.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida, procedente del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente al Tribunal de Origen.

Miguel Angel García B., José Enrique Arboleda V., José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

REPRESENTANTE DE UNA PERSONA JURIDICA

La sola manifestación de quien se dice representante de una persona jurídica no demuestra tal hecho, cuya prueba es solemne, a la luz de las disposiciones tanto civiles como mercantiles que regulan los diversos tipos de sociedades.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., febrero nueve de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Doctor José Enrique Arboleda Valencia).

(Acta número 5).

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por Cayetano Cañizares Mendoza, mediante apoderado, contra la sentencia de 5 de agosto de 1970 por la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá confirmó la absolución proferida por el Juzgado Octavo Laboral de la misma ciudad en favor de Kellog Overseas Services Corporation, demandada en este juicio.

La demanda de casación, oportunamente replicada por la empresa, trae la siguiente "SINTESIS DE LA LITIS":

"Mi patrocinado, el expresado Cayetano Cañizares Mendoza ha sostenido que la empresa demandada le adeuda la suma de cuarenta y seis mil trescientos cuarenta y seis dólares con veinte centavos de dólares de los Estados Unidos de América (US$ 46.346.20), saldo de los honorarios que le corresponden según contrato que celebró con el señor Richard F. Lankenau representante legal de la firma M. W. Kellog Co. y de la sociedad demandada. En virtud de tal contrato Cañizares debía prestar sus servicios de asesoría y colaboración, y efectivamente los prestó, en orden a que la mencionada M. W. Kellog Comp. triunfara en la licitación abierta por la Empresa Colombiana de Petróleos (Ecopetrol) para ensanches en su refinería de Barrancabermeja. La M. W. Kellog obtuvo la adjudicación, y la ejecución de los correspondientes trabajos fue contratada con la empresa demandada, que en realidad es la misma M. W. Kellog que triunfó en la licitación, razón por la cual debe ella ser condenada al pago del saldo de honorarios sobre que versa la demanda.

"El Juzgado absolvió a la demandada, y el Tribunal, al que subió el negocio por apelación de Cañizares, confirmó dicha sentencia absolutoria. Estimó el Tribunal que no se acreditó en el proceso que mi patrocinado hubiera realizado los trabajos de asesoría y cooperación a que se había comprometido, y que faltando la prueba de este extremo fundamental de la acción, sobraba toda dilucidación sobre los otros soportes de la misma".

Pretende el recurrente la casación total del fallo del Tribunal para que la Corte, en sede de instancia, revoque el del Juzgado y "condene a la demandada a pagar la suma de US$ 46.346.20, o su equivalente en moneda colombiana, más sus intereses moratorios hasta cuando se efectúe el pago, y las costas del juicio".

Para conseguir este fin formula un solo cargo del tenor siguiente:

"Violación indirecta, como consecuencia de errónea apreciación de unas pruebas y no apreciación de otras, de las siguientes normas sustanciales: por aplicación indebida: 1609 del C. C.; por falta de aplicación o ignorancia: 607 y 608 del C. J.; 2190 del C. C.; 1602, 1973, 2000, 2063, 2064, 2056, 2069, 1408, 1610, 1617 del C. C.".

Señala el casacionista como el principal error de hecho "el no haber dado por demostrado, estándolo, que Cañizares sí prestó sus servicios de asesoría y colaboración para la adjudicación a M. W. Kellog de la licitación que abrió Ecopetrol".

En cuanto al acervo probatorio indica que hubo "errónea apreciación del documento de folios 66 a 68. Consiste éste en la escritura pública por medio de la cual se protocolizaron las declaraciones que formulara en documento privado el señor Richard F. Lankenau, cuya firma reconoció ante el mismo notario que dio fe de la protocolización. Para el Tribunal las declaraciones de Lankenau no constituyen un testimonio procesal, sino "un relato de naturaleza extraprocesal, pues como diría Echandía no es jurídicamente un testigo". Admite que Lankenau reconoce allí que mi patrocinado prestó los servicios de asesoría con toda eficencia, y que además le había pagado a buena cuenta del precio de los servicios la suma de US$ 21.500.00 y que le quedó adeudando la de US$ 46.346.20. Pero no le reconoce mérito probatorio alguno, ya que, a su juicio, no está debidamente acreditado que Lankenau hubiera sido representante de la empresa demandada y así hubiera podido comprometerla frente a mi patrocinado. Al respecto cometió un evidente error de hecho, pues sí aparece acreditado en autos que Lankenau era representante legal de la Kellog Overseas Services Comp., a lo menos cuando reconoció ante notario la firma que había puesto al pie del documento en que hizo las declaraciones de que se viene hablando y otras más, o sea el 8 de octubre de 1965. Pero si para esa fecha era representante legal de la demandada, sus dichos perjudiciales para ella y que habían sido objeto de las afirmaciones del demandante a todo lo largo del proceso, constituyen confesión extrajudicial; y como no queda duda de su existencia, tiene mérito de plena prueba, según el principio científico de crítica de la prueba recogido en el art. 608 del C. C., que tiene validez ante el Juez Laboral no tanto como norma consagradora de tarifa legal de prueba, que no existe en el proceso laboral, sino precisamente como tal principio científico, y que, en todo caso, no fue aplicado. Por otra parte, la confesión del representante legal es válida también en virtud del principio científico de criterio probatorio, que está recogido en el art. 807 del C. J., tampoco aplicado, y que se impone igualmente al Juzgado Laboral. Y es que no es presumible que el apoderado acepte hechos perjudiciales para su poderdante sin ser ciertos".

Y por lo que hace a las pruebas dejadas de estimar, las singulariza, así:

"El Tribunal incurrió en el error de hecho que anoto, de no haber dado por demostrado que Lankenau era representante legal de la demandada cuando hizo la confesión extrajudicial de que estoy hablando, porque no apreció las siguientes pruebas: a) La escritura 515, que corre a folios 62 a 65, por la que se protocolizó el poder que el 14 de agosto de 1964 había recibido Lankenau en virtud de autorización de la Junta Directiva de la sociedad demandada, para representarla en Colombia, con amplísimas facultades para actuar a nombre de la empresa y comprometerla, incluso para absolver posiciones, o sea que tenía facultades expresas para hacer confesiones. El otorgamiento de ese poder está rodeado de las máximas formalidades, y sin dejar la menor duda sobre la extensión de las facultades conferidas. b) No apreció el Tribunal la escritura 6530, que corre a folios 97 a 114, que contiene la protocolización de varias documentaciones referentes a la Kellog of Panama Corporation, entre otras su acta de constitución y los estatutos de la misma, de los cuales resulta que la sociedad estaba regida por la Directiva y su presidente (fl. 100 v. a 105), no por gerentes, y que la sucursal abierta en Bogotá estaría

regida igualmente por los mismos estatutos (f. 97 v) de la principal, o sea de la Kellog of Panama Corporation, que luego cambió su nombre por el de Kellog Overseas Services Corporation, la demandada, según aparece del certificado de la Cámara de Comercio de folio 21, no apreciado por el Tribunal.

"c) No apreció la misma escritura acabada de citar, en lo que respecta a la protocolización del acta de su junta directiva del 30 de junio de 1961, según la cual había sido nombrado como apoderado en Colombia de la Kellog of Panama Corporation "con facultades de un gerente" el señor James W. Reisbech. Pero como posteriormente, según ya se vio, el 14 de agosto de 1964, fue nombrado Lankenau apoderado en Colombia de la Kellog Overseas Services Comp., el poder de Reisbech quedó implícitamente revocado según el art. 2190 del C. C. que fue ignorado por el Tribunal, a consecuencia de la no apreciación de las pruebas indicadas en este literal y los anteriores, cometiendo el error de no haber dado por demostrado que el poder de Reisbech había quedado revocado. Sin que pueda sostenerse que Reisbech era gerente y no simple representante porque esa categoría no figura en los estatutos, por lo cual fuerza es concluir que Reisbech era un simple representante; pero con menos facultades que Lankenau, y, en todo casi sin las de revocar poderes de representantes nombrados por la Directiva.

"d) No apreció el Tribunal la escritura 3454, que corre a folios 95 a 96, según la cual James W. Reisbech, diciéndose apoderado de la demandada, manifiesta el 17 de septiembre de 1965 que revoca el poder que la Kellog Overseas Services Corp., había conferido a Lankenau por la escritura 515 de febrero 18 de 1965. (citada ha poco). Como, según se expresó antes, el poder de Reisbech había quedado implícitamente revocado, esta revocatoria carece de todo valor. O porque entre las facultades de los apoderados de la empresa, según sus estatutos ya citados, no figura la de revocar poderes de otros representantes; ni esas facultades surgen del precario poder que en 1961 había recibido Reisbech. Repito que el poder de Lankenau había sido conferido por la Junta Directiva, por lo que mal podría revocarlo Reisbech que no había recibido facultades para ello, y cuyo poder todo indica estaba revocado tácitamente, como se indicó antes.

"e) No apreció el Tribunal el certificado de la Cámara de Comercio que aparece a los folios 148 y 149, según el cual se registró el extracto de la escritura 3454 citada en el punto anterior. Pero, como ya se demostró, en esa escritura 3454 Reisbech realizó un acto del todo inane, por decir lo menos, ya que, o había cesado en sus funciones de apoderado de la demandada, o no tenía facultades para revocar el poder de un colega, según los estatutos ya citados, y los términos de su propio poder".

Y en lo referente a la violación de la ley, sostiene:

"El basamento de la sentencia recurrida, como ya se dijo, es la afirmación de que "no fue demostrado en este juicio el hecho fundamental para la prosperidad de la acción, cual es que el señor Cayetano Cañizares Mendoza hubiera prestado personalmente servicios de asesoría y colaboración para la adjudicación a la firma M. W. Kellog del contrato de ampliación de la refinería de Barrancabermeja por la Empresa Colombiana de Petróleos, circunstancia esta suficiente para despachar desfavorablemente la petición de la demanda". Es decir, que el Tribunal, aunque no lo dijo "expresis verbis", reconoció la "exceptio non adimpleti contractus" consagrada" en el art. 1609 del C. C. Sin embargo aquel supuesto fáctico es errado, por lo que la aplicación del citado artículo 1609 fue indebida".

El opositor arguye a este respecto lo que se copia:

"El recurrente estima, en primer término, que la declaración transcrita del Tribunal implica un tácito reconocimiento de la "exceptio non adimpleti contractus" consagrada en el artículo 1609 del C. C.

"En ningún momento la parte demandada propuso la excepción de contrato no cumplido, ni alegó en su defensa hecho alguno que hiciera presumir tal excepción.

Al contrario, lo que manifestó desde la contestación del libelo inicial, con toda claridad y firmeza, es que no había celebrado **ningún contrato** con el señor Cañizares tendiente a obtener que se adjudicara a M. W. Kellog Company of New York y menos a la propia demandada, las obras de ampliación de la refinería de Ecopetrol en Barrancabermeja.

"Y en lo tocante a la decisión absolutoria del fallador, tampoco reside ésta en la consideración de que las partes pactaran la prestación de un servicio a cambio de un determinado estipendio, pero que por no haber cumplido el demandante sus obligaciones, surgiera para el demandado la facultad de rehusar las suyas. No. Lo que acontece simplemente es que no halló demostrado el hecho condicionante del derecho al pago de remuneración por los "servicios personales de carácter privado" de que trata el decreto 456 de 1956, norma que ni siquiera menciona la acusación.

"Así, pues, no cabe sostener que el fallador diera aplicación, siquiera implícitamente, al artículo 1609 del Código Civil".

La Corte, para resolver, considera:

Versa la acusación fundamental del recurrente sobre el quebrantamiento por parte del Tribunal del artículo 1609 del C. C., que consagra la llamada excepción de contrato no cumplido, y para ello hace una interpretación de la sentencia, sosteniendo que "aunque no lo dijo 'expresis verbis', reconoció la exceptio non adimpleti contractus". Es preciso, pues, examinar si en efecto fue esa la base sobre la cual edificó el sentenciador la absolución de la demandada, a cuyo fin se copian a continuación los pasajes principales del fallo recurrido:

Comienza el Tribunal haciendo ver cómo "la primera inferencia que salta a la mente del fallador es la de que no se trata de una controversia sobre la existencia de ejecución y cumplimiento de un contrato de trabajo en los términos de los artículos 22, 23 y s.s. del Código Sustantivo del Trabajo, sino de un litigio sobre aquellas cuestiones reguladas en cuanto a competencia para dirimirlas por los decretos 466 y 931 de 1956 vale decir, sobre "reconocimiento de honorarios y remuneraciones por servicios personales de carácter privado, cualquiera que sea la relación jurídica o motivo que les haya dado origen...".

"Y no otra cosa puede deducirse de la petición formulada en el libelo por el actor al decir que solicita 'se condene a la empresa demandada a pagar a mi cliente la suma de dinero que en la actualidad se le adeude y que plenamente expreso en el hecho 6º de los hechos de esta demanda..." y el hecho 6º se refiere a que al señor Cayetano Cañizares por 'los servicios de asesoría y colaboracion contratadas (sic) se le debe la cantidad de US$ 46.346.20 los cuales hasta el presente la compañía Kellog Overseas Services Corporation no ha pagado".

"En efecto, se aprecia en todas las manifestaciones del actor durante el juicio, su decidida intención de llevar al convencimiento del juzgador la existencia de una deuda a cargo de la sociedad demandada, causada a su leal saber y entender por su intervención personal en la adjudicación del contrato licitado con la Ecopetrol, actuación ésta que por sus características de transitoriedad, independencia y autonomía para realizarla descarta la posibilidad de inminencia de un contrato de trabajo".

Obsérvese de qué manera la sentencia sub lite fija con claridad indudable los términos de la cuestión capital por resolver, que no es otra que "el reconocimiento de honorarios y remuneraciones por servicios personales de carácter privado", cuestión esta que en modo alguno ataca o discute el casacionista y que aleja al Tribunal de entrar a estudiar la existencia de un contrato y si fue o no cumplido por las partes, para concretarse a analizar el siguiente punto básico: "Primero, si el demandante Cayetano Cañizares Mendoza prestó personalmente los servicios de asesoría y colaboración para la adjudicación a la firma M. W. Kellog Co. del contrato de ampliación de la refinería de Barrancabermeja por la Empresa Colombiana de Petróleos...".

Sobre este planteamiento procede el sentenciador a estimar las pruebas del proceso y termina diciendo:

"Finalmente, del análisis hecho al acervo probatorio se concluye sin lugar a dudas que no fue demostrado en este juicio el hecho fundamental para la prosperidad de la acción, cual es que el señor Cayetano Cañizares Mendoza hubiera prestado personalmente servicios de asesoría y colaboración para la adjudicación a la firma M. W. Kellog Co. del contrato de ampliación de la refinería de Barrancabermeja por la Empresa Colombiana de Petróleos, circunstancia esta suficiente para despachar desfavorablemente la petición de la demanda sin que para ello fuere necesario entrar a estudiar los otros aspectos de la litis relacionados con la persona o personas beneficiarias de los servicios no demostrados, ni menos lo relativo a deuda a cargo de alguna persona natural o jurídica y a favor del demandante por la misma razón expuesta, de ausencia de demostración de los servicios personales prestados".

Y esta conclusión general coincide con los resultados parciales a que el ad-quem llega del estudio de las diversas probanzas, como pasa a mostrarse:

Con relación a la "diligencia de posiciones y declaratoria de confeso producida contra el señor Joseph Carnelase", sostiene: "Esta prueba no aporta certeza alguna acerca de los servicios prestados por Cañizares a la demandada ...". Al finalizar el análisis del documento de folios 66 a 68", contentivo de la protocolización de unas declaraciones formuladas por el señor Richard Lankenau", del que afirma que "carece de poder de convicción", asienta: "... si por otro lado se hubiese demostrado asimismo la intervención personal del demandante en la adjudicación del contrato de ampliación de la refinería de Barrancabermeja por la Empresa Colombiana de Petróleos". El estudio de las posiciones del demandante que obran a folios 83 a 94 del expediente concluye con este aserto: "Sin embargo, esta afirmación del propio actor no alcanza a constituir un indicio necesario de que Cayetano Cañizares hubiese intervenido personalmente en 'servicios de asesoría y colaboración para la adjudicación a la firma M. W. Kellog Co. del contrato de ampliación de la refinería de Barrancabermeja por la Empresa Colombiana de Petróleos". Tomado en consideración el documento "que figura a folios 141 y 142, contentivo de una certificación del Presidente de la Empresa Colombiana de Petróleos (Ecopetrol)", manifiesta: "Pero en cuanto a servicios personales prestados por Cayetano Cañizares en relación con la adjudicación del contrato aludido, no dice nada el documento". Por último, confrontado este certificado con la declaración jurada de quien la suscribió, concluye: "Además, este mismo declarante, doctor Mario Galán Gómez, ni en el certificado que expidió ni en su declaración rendida en el juicio, hizo la más leve referencia en torno a una presunta o real participación o intervención personal de Cayetano Cañizares, ni directa ni indirectamente, en la adjudicación a la Kellog Overseas Services Corporation del contrato sobre las mencionadas labores de ampliación de la refinería en Barrancabermeja de propiedad de la Empresa Colombiana de Petróleos (Ecopetrol)".

Las transcripciones que acaba de efectuar la Sala no dejan la menor duda de que la base sobre la cual absolvió el Tribunal a la demandada fue la de que no se demostró en el juicio la prestación de los servicios personales cuyo pago reclama el demandante. En estas condiciones, carece de exactitud el planteamiento del casacionista al acusar la sentencia estudiada de haber dado por establecida, aunque implícitamente, la excepción de contrato no cumplido, pues dicha excepción sólo es jurídicamente deducible cuando no se discute la existencia de un contrato bilateral, respecto de cuyo cumplimiento la parte demandada sostiene no hallarse en mora por no haber satisfecho en todo o en parte sus prestaciones el demandante o por no haberse allanado "a cumplirlo en la forma y tiempo debidos". Y en el caso que se considera la empresa negó en la contestación de la demanda haber celebrado contrato al-

guno con el actor sobre los servicios que cobra y el Tribunal la absolvió por no haber comprobado aquel la realización de los mismos.

A mayor abundamiento copia esta Sala las siguientes jurisprudencias de la Casación Civil, que confirman lo que acaba de expresar sobre el medio exceptivo en cuestión:

"La exceptio non adimpleti contractus no es pertinente sino cuando la fuente de la obligación es la primera de las enumeradas en el artículo 1494 del C. C., o sea, el contrato" (Casación, 24 de junio 1942, T. LIII, pág. 659), ya que con ella "el resultado que precisamente se busca es el de que cada uno de los contratantes puede negarse a ejecutar su prestación, mientras no reciba la respectiva contraprestación, para llegar de esa suerte a obtener que la convención se ejecute dando y dando..." Tal modo exceptivo tiende "a conservar la simetría contractual o equilibrio de los intereses de las partes, exigida por la reciprocidad o correlación de las obligaciones surgidas de la convención bilateral" (Casación 23 marzo de 1943 T. LV Pág. 71)". Ambas excepciones (la de contrato no cumplido y la de contrato no cumplido pertinentemente), se encaminan a suspender o retardar temporalmente la pretensión del adversario. Así, la parte demandada no quiere con ellas la resolución del contrato sino, al contrario, su mantenimiento para su ejecución recíproca y completa. De ahí que el efecto de ambas excepciones, desde luego que el excepcionante no queda por ello exonerado de su deuda, no es el de desestimar la demanda, sino el de condenar al demandado a prestar lo de su cargo simultáneamente a la contraprestación del demandante. La sentencia, pues, debe pronunciar que el reo ha de hacer su prestación al recibir la contraprestación del actor". (Casación, 23 septiembre de 1938 T. 1941. Pág. 243).

Conclúyese de lo expresado que el casacionista atribuyó al fallo que impugna un supuesto jurídico inexistente en él y que, por tanto, el ataque formulado sobre tal base se halla en el vacío, así como la violación del artículo 1609 del C. C. que regula el supuesto mencionado.

Pero, aún prescindiendo del reparo antedicho, resulta que la prueba que indica el recurrente como erróneamente apreciada y que consiste en "las declaraciones que formulara en documento privado el señor Richard F. Lankenau", "constituyen confesión extrajudicial", según calificación del mismo recurrente, y este medio probatorio quedó excluído del error de hecho en casación, conforme al artículo 7º de la Ley 16 de 1969, que establece: "El error de hecho será motivo de casación laboral solamente cuando provenga de falta de apreciación o de apreciación errónea de un documento auténtico, de una confesión judicial o de una inspección ocular...".

Y si así no fuese, tampoco habría error de hecho manifiesto en la conclusión del Tribunal de que "el documento contentivo de la declaración de Lankenau (fs. 66-68) carece de poder de convicción", puesto que el artículo 608 del C. J., que también se presenta como infringido, determina que "la confesión extrajudicial es prueba deficiente o incompleta" y deja "a juicio del Juez" el valorarla, razón por la cual en numerosas sentencias ha dicho la Corte "que no puede corregir esa apreciación en sí misma o reemplazarla, puesto que se trata de una convicción del sentenciador".

De otro lado, el quebranto del artículo 607 de la misma obra, que sostiene el casacionista al par del 608, no pudo haber tenido efecto, pues dice relación a la confesión judicial y no a la extrajudicial, que es a la que se refiere el cargo que se considera.

Por último, la censura del impugnante a la afirmación del sentenciador de que no fue debidamente acreditado que Lankenau tenía la representación de la empresa, diciendo: "al respecto cometió un evidente error de hecho, pues sí aparece acreditado en autos que Lankenau era representante legal de la Kellog Overseas Services Company, a lo menos cuando reconoció ante Notario la firma que había puesto al pie del documento en que hizo las declaraciones de que se viene hablando (subraya la Sala) y otras más, o sea, el 8 de octubre de 1965", no es aceptable, ya que la sola manifesta-

ción de quien se dice representante de una persona jurídica no demuestra tal hecho, cuya prueba es solemne, a la luz de las disposiciones tanto civiles como mercantiles que regulan los diversos tipos de sociedades.

De lo expuesto se concluye que el cargo formulado no prospera, en virtud de lo cual 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.

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.

CASACION

(Técnica)

El cargo como ha sido formulado carece de total eficacia, porque el recurrente además de hacer caso omiso de que el Tribunal no desconoce en su providencia la existencia de la relación laboral, razón por la cual revocó la providencia de primer grado, olvida que apoya el ad-quem sus decisiones en las circunstancias de haber declarado probada la excepción de prescripción en relación con las prestaciones sociales e indemnizaciones que en favor del actor se causaron, como claramente se expresa en la parte motiva de la sentencia acusada.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., febrero nueve (9) de mil novecientos setenta y uno (1971).

(Ponente: Abogado Asistente, Doctor Mario Barrios M.).

(Acta número 4).

Gerardo Gómez Giraldo demandó por medio de apoderado a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, representada por Pedro Uribe Mejía, en su calidad de presidente del Comité Departamental de Cafeteros de Caldas, para que previos los trámites de un juicio ordinario laboral de mayor cuantía sea condenada a reconocerle y pagarle los valores correspondientes a dominicales y festivos, a cesantía por todo el tiempo servido, a primas de servicio, a vacaciones causadas y no disfrutadas, a la indemnización por el despido, a la indemnización moratoria y por último, a cubrirle las costas del juicio.

En el escrito de contestación la demandada se opuso a lo pedido y solicitó que el actor sea condenado en costas, que los hechos de la misma sean probados y antes de objetar la cuantía de la acción propuso la excepción de prescripción.

Surtidos los trámites propios del juicio, el juzgado del conocimiento que lo fue el Segundo Laboral Municipal de Manizales, por estimar que no existió entre las partes contrato de trabajo absolvió a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, de todos y cada uno de los cargos que le fueron formulados por el actor en el libelo original, sentencia que llegó al conocimiento del Tribunal Superior de Manizales por virtud del recurso de apelación contra ella interpuesto por el apoderado del demandante.

La Sala Laboral del mencionado Tribunal revocó la sentencia recurrida y en su lugar dispuso: Declarar probada la excepción de prescripción por las prestaciones, salarios e indemnizaciones que se hubieran causado hasta el 4 de septiembre de 1962, de conformidad con lo expresado en la parte motiva; condenar a la demandada a pagar dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria de la sentencia la suma de cuarenta pesos con un centavo ($ 40.01) por concepto de auxilio de cesantía, única prestación que reconoce, y por último determinó absolver a la entidad demandada de todos los demás cargos que le fueron formulados. Se abstuvo el Tribunal de pronunciarse en costas en relación con las dos instancias.

Contra la sentencia anterior interpuso la parte demandante recurso extraordinario de casación el que le fue concedido y admitido y es así como en la demanda correspondiente se presenta en estos términos el alcance de la impugnación: "Impugno la sentencia acusada para que sea casada parcialmente, esto es, en cuanto deniega las peticiones de la demanda sobre pago de dominicales y festivos, auxilio de cesantía, prima de servicios, compensación de vacaciones y salarios caídos por mora en el pago. No procuro que se case por denegar la petición de indemnización por despido. Casada la sentencia, debe disponerse el pago de las prestaciones e indemnizaciones mencionadas, condenando así a la demandada".

Y luego de indicar el recurrente que invoca como causal la primera del artículo 1º del Decreto-Ley 528 de 1964, procede a la formulación de cuatro cargos, concebido el primero así:

"Indemnización por no pago. Salarios caídos. Acuso la sentencia recurrida de ser violatoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, por aplicación indebida. Esta violación proviene de falta de apreciación y errónea estimación de algunas pruebas, que en seguida individualizaré, y lo cual constituyó un error manifiesto de hecho".

El recurrente procede luego a señalar las pruebas que en su opinión fueron dejadas de apreciar y las que lo fueron equivocadamente por el sentenciador, colocando entre las primeras la que obra a f. 2 del cuaderno primero que permite establecer, dice, "la falta de buena fe de la demandada al negar que entre ella y el actor hubiera habido contrato de trabajo, valiéndose de ello para no pagar las prestaciones sociales debidas a Gerardo Gómez". Esta prueba la constituye una constancia dada por el Jefe de Zona del Centro de Higiene del Comité Departamental de Cafeteros de Caldas, en la cual se dice que el demandante "ha prestado durante varios años sus servicios como carpintero en las obras de la Campaña de Higiene habiéndose distinguido por su honorabilidad y cumplimiento. Por tanto conceptúo que el señor Gómez es digno de toda confianza". Y agrega el casacionista que, "de haber considerado esta declaración de la demandada, el sentenciador habría advertido la mala fe o carencia de buena fe de la demandada".

Dice el impugnador a continuación que el juzgador incurrió en manifiesto error de hecho al apreciar la diligencia de inspección ocular, puesto que en ella no se dice en parte alguna que el actor hubiera estado vinculado a la demandada después del 22 de noviembre de 1963, como lo afirma en contrario el sentenciador cuando dice: "Por las modalidades como se desarrolló y la forma como se estableció el tiempo de servicios, no puede deducirse que la entidad demandada se hubiera negado a cumplir con sus obligaciones patronales al tiempo de la desvinculación contractual y cuando se advierte de los datos obtenidos en la diligencia de inspección ocular que después del 22 de noviembre de 1963, fecha hasta la cual estuvo vigente el contrato por el cual se reconoce auxilio de cesantía, de conformidad con los comprobantes de caja atrás analizados, continuó celebrando el actor contratos con varios beneficiarios y la Federación como intermediaria". Y concluye diciendo que, de no haber incurrido el Tribunal en tal error, habría aplicado correctamente el art. 65 del C. S. T., "condenando a la demandada a pagar salarios caídos al actor".

Agrega el recurrente que hubo por parte del sentenciador evidente error de hecho al apreciar el documento de folio 59, contentivo de la contestación de la demanda, dado que la Federación se negó a pagar las prestaciones sociales reclamadas, lo que hizo en acto que no es de buena fe, porque en lugar de referirse responsablemente a los hechos de la demanda, pidió que se probaran. Al decir la Federación en la contestación de la demanda, "me opongo a lo pedido y solicito se condene en costas al actor", quedó claro que la demandada se negó rotundamente a pagar las prestaciones sociales.

Para concluir sus argumentos dice el impugnador: Que si el sentenciador no hubiera incurrido en los errores de hecho denunciados, habría condenado a la demandada al pago de la indemnización moratoria, dando aplicación al art. 65 del C. S. T.

Se estudia

En reiteradas providencias la Corte ha dicho que no hay lugar a dar aplicación al artículo 65 del C. S. T., cuando los patronos de buena fe han creído que la relación que los ha vinculado al trabajador demandante no está basada en un contrato de trabajo sino en uno de índole distinta. Y así, la jurisprudencia ha tomado en cuenta la buena fe, cuando el patrono con razones valederas discute la existencia de la relación laboral dependiente y en el juicio presenta pruebas atendibles que abonan esa creencia, para eximirlo de la sanción consagrada en la disposición arriba citada, cuando se abstiene de pagar al trabajador deudas insolutas al expirar el vínculo contractual.

En el caso de autos la demanda se sustenta sobre un contrato de trabajo que operó en la forma indicada en los hechos que en ella se exponen. Al negar éstos, como lo hizo la Federación en el escrito de contestación de la demanda, implícitamente restaba piso a ésta, razón por la cual tanto el a-quo como el Tribunal se vieron en la necesidad de estudiar el aspecto referente a la existencia del vínculo laboral, habiendo llegado el primero a considerar que la relación que existió entre el actor y la demandada no queda cobijada por las disposiciones del C. S. T. por ser de índole civil, como quiera que se trata de sucesivos contratos de obra los que la conformaron. Otra cosa es que el ad-quem revocara en su oportunidad tal decisión aun cuando no ciñéndose propiamente a los contratos presentados como pruebas en el juicio como se desprende del párrafo redactado a manera de introducción al estudio respectivo, que dice: "La Sala estima conveniente reproducir aquí lo dicho en casos análogos y en los cuales ha tenido oportunidad de hacer un amplio análisis de los contratos allegados al juicio y que son idénticos, según la afirmación del señor Juez de instancia, el que obra a fs. 82 del expediente...".

El recurrente considera que la sentencia que acusa es violatoria del art. 65 del C. S. T., por aplicación indebida, por desestimación de una prueba y equivocada apreciación de otras, que relaciona. El Tribunal por las razones que en su sentencia expone, se abstuvo de producir la sanción por mora. Pero pese a lo dicho anteriormente sobre el aspecto de la buena fe se procede al estudio de la cuestión probatoria en el orden demarcado por el impugnador en la demanda de casación.

De la prueba que corre a folio 2 del expediente, no apreciada en la sentencia efectivamente, que constituye tan solo una constancia sobre la buena conducta del actor y sobre los oficios que desempeñó durante algunos años en las obras de la Campaña de Higiene que adelanta la Federación, no se colige ni la índole de su vinculación con ésta y menos el tiempo servido. Simplemente se trata de un documento expedido a manera de recomendación por persona que no tenía respecto del actor el carácter de superior jerárquico con facultades representativas de la demandada, y cuyas afirmaciones no fueron posteriormente ratificadas en ninguna forma. Estas consideraciones llevan a concluir a esta Sala que dicho documento no reviste ninguna importancia en el juicio, porque aún, en el supuesto de que se le considere como prueba, poco o nada demuestra fuera de lo dicho anteriormente, y mucho menos, como lo pretende el recurrente, la mala fe de la Federación Nacional de Cafeteros.

Evidentemente como lo dice el impugnador, en contradicción con lo afirmado por el ad-quem, de la diligencia de inspección ocular no se desprende que el demandante Gerardo Gómez hubiera prestado servicios a la demandada con posterioridad al 22 de noviembre de 1963, que es uno de los argumentos del Tribunal para abstenerse de aplicar, como lo hizo, la disposi-

ción que el recurrente estima violada. Mas esta equivocada apreciación de la prueba mencionada, como se ha insinuado ya, no constituye el único soporte de la determinación tomada en la sentencia, como quiera que la apoya igualmente en las modalidades de desarrollo del contrato o contratos "y la forma como se estableció el tiempo de servicios", que le permitieron al ad quem afirmar que de tales circunstancias "... no puede deducirse que la entidad demandada se hubiera negado a cumplir con sus obligaciones patronales al tiempo de la desvinculación contractual". De ahí que, no pueda decirse que, de no haber incurrido el sentenciador en el dicho error, —ya anotado—, habría aplicado de manera correcta el sentenciador la disposición señalada como violada.

Termina indicando el recurrente que el fallador no apreció debidamente el documento de folio 59, contentivo de la contestación de la demanda, ya que al decir "me opongo a lo pedido y solicito se condene en costas al actor", no hacía nada distinto de negarse a pagar las prestaciones sociales reclamadas, en un acto que no es de buena fe, "por cuanto, dice a la letra el recurrente, en vez de referirse responsablemente a los hechos de la demanda, pidió que se probaran".

Encuentra la Sala que no se hace patente el aspecto mala fe en lo expresado por la demandada, como lo afirma el casacionista. Y precisamente la forma como el libelo fue contestado, llevó a los funcionarios que de él conocieron, a estudiar el aspecto de la vinculación contractual, como atrás se expresó, concluyendo uno en la inexistencia del contrato de trabajo y el otro, el Tribunal, mediante revocatoria de la decisión primera, en que la vinculación del demandante con la demandada sí tuvo tal carácter. De suerte, pues, que la duda razonable por parte de la Federación Nacional de Cafeteros, excluye la mala fe que se le indilga por el impugnador.

En estas condiciones, no demostrada la mala fe del patrono al negarse a cubrir el monto de las prestaciones sociales, debe quedar en firme la sentencia acusada, en este aspecto, como quiera que el cargo contra ella formulado no puede tener prosperidad.

Al formular el acusador el segundo cargo intitulado "auxilio de cesantía", expresa: "El sentenciador incurrió en error de hecho evidente al no apreciar el documento, proveniente de la demandada, que obra a f. 2 del cuaderno primero, por cuanto la demandada reconoce que Gerardo Gómez había sido trabajador suyo por varios años; la circunstancia de reconocer la existencia por muchos años de la relación de trabajo, es prueba de la existencia del contrato de trabajo. Tanto más cuanto que el artículo 24 del C. S. T. la eleva a la categoría de presunción de contrato de trabajo. Si a lo anterior se agrega que la demandada no probó que faltaba alguno de los elementos esenciales del contrato de trabajo, hubo error de hecho por parte del juzgador al no apreciar debidamente esa omisión...".

Dice luego el recurrente que el ad-quem incurrió igualmente en error de hecho al no estimar en todo su valor los documentos que obran comprendidos de los folios 3 al 24, —comprobantes de caja—, procedentes de la Federación, como quiera que ellos demuestran los pagos hechos al actor por "obra de mano, esto es, por trabajo".

Y en el plan de señalamiento de errores de hecho por parte del sentenciador, dice el impugnador que constituye otro, el no haber apreciado como demostrativos del vínculo laboral, los documentos contentivos de contratos de trabajo celebrados por el actor, que obran de los folios 37 a 55 del primer cuaderno. Ellos concluye el recurrente, ponen de presente que "continuamente Gerardo Gómez Giraldo trabajaba al servicio de la Federación de Cafeteros de Colombia".

Expresa el recurrente que otro error de hecho consiste en no haber estimado en cuanto vale como prueba de que el demandante y la demandada celebraron contrato de trabajo, el modelo de contrato de esta clase que la Federación celebra con los lla-

mados beneficiados de la Campaña de Higiene Rural Cafetera, que obran a los fs. 82 y 83 del cuaderno primero. Y estima que si el ad-quem les hubiera dado el valor que realmente tienen habría concluído, al relacionarlos con los contratos que figuran a los folios 37 a 55, en la existencia del contrato de trabajo entre las partes en litigio.

Y por último el casacionista considera que incurrió el Tribunal en error de hecho al no apreciar debidamente la inspección ocular practicada sobre los libros de la Federación, que relaciona los contratos de construcción, suscritos por Gerardo Gómez y la demandada. De tales documentos, agrega, se desprende que el trabajador prestó sus servicios a la Federación desde el 2 de noviembre de 1954 hasta el 22 de noviembre de 1963. Y concluye indicando el impugnador que esta prueba adquiere aún mayor consistencia para los efectos señalados, si se la relaciona con el documento de folio 2 en donde la demandada confiesa que Gómez Giraldo ha estado a su servicio por varios años en el desempeño de las labores de carpintero.

Expresa para terminar el recurrente que tales errores de hecho manifiestos, llevaron al sentenciador a violar, por aplicación indebida, el artículo 249 del C. S. T. por cuanto no condenó a la demandada a pagar al actor el auxilio de cesantía correspondiente al tiempo servido, que se halla bien determinado.

Se estudia

El cargo como ha sido formulado carece de total eficacia, porque el recurrente además de hacer caso omiso de que el Tribunal no desconoce en su providencia la existencia de la relación laboral, razón por la cual revocó la providencia de primer grado, olvida que apoya el ad-quem sus decisiones en las circunstancias de haber declarado probada la excepción de prescripción en relación con las prestaciones sociales e indemnizaciones que en favor del actor se causaron hasta el cuatro (4) de septiembre de 1962, como claramente se expresa en la parte motiva de la sentencia acusada. Esto quiere decir que el cargo ha sido elaborado de manera incompleta, o en otras palabras, que incompleta es la proposición jurídica que envuelve, como quiera que para obtener su prosperidad ha debido acusar las disposiciones que reglan el fenómeno de la prescripción, ya que la pretendida violación de la norma acusada —art. 249 del C. S. T.— no podría ocurrir sino a través de la infracción de aquellas. Estas consideraciones son suficientes para rechazar la acusación y para eximir a la Sala de analizar el aspecto probatorio que se presenta como su fundamento.

El tercer cargo dice: "El sentenciador cometió error de hecho manifiesto al no apreciar correctamente la demanda, visible a fl. 56 del cuaderno primero". Y en la demostración expresa el acusador que el actor no demandó el pago de trabajo ejecutado en domingos y días festivos, como equivocadamente, lo entendió el sentenciador, sino el pago del descanso dominical y en días feriados, que es cuestión bien distinta. De ahí que acuse error de hecho en la interpretación de la demanda. Y agrega que de no haber cometido el ad-quem tal error no habría infringido, por aplicación indebida, los artículos 172, 173 y 177 del C. S. T. y habría en consecuencia condenado a la demandada a pagar a Gómez Giraldo las sumas por los mencionados conceptos reclamadas.

Se estudia

Adolece este cargo del mismo defecto anotado en relación con el anterior, ya que el recurrente omite citar las disposiciones que tocan con la prescripción, fenómeno que al ser declarado cobija el concepto salarial cuyo reconocimiento persigue. En efecto, la concreción de la aspiración del impugnador solamente podía lograrse como violación de las normas que cita como consecuencia de la infracción de las que norman el fenómeno de la prescripción. No haciéndose, así, como es el caso, el cargo resulta a la postre incompleto y por lo mismo su rechazo se hace imperativo.

El cuarto y último cargo expresa: "prima de servicio y vacaciones". "Reproduzco en este cargo lo dicho sobre errores cometidos, conforme lo he formulado en el segundo cargo de esta demanda de casación".

Se estudia

Incurre el casacionista en el mismo error ya anotado y definido en relación con los 2 cargos inmediatamente anteriores, lo que justifica su rechazo. Además, conviene anotar que no es de recibo en el recurso de casación dar por reproducidas las razones y argumentos que se exponen en otras acusaciones, porque lo ha dicho la jurisprudencia con reiteración, cada cargo tiene su propia individualidad y debe presentarse separadamente, con la debida fundamentación.

Se rechaza el cargo.

Por lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida en este negocio.

Sin costas.

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

José Enrique Arboleda V., Miguel Angel García B., José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejia Osorio, Secretario.

OBLIGACIONES ESPECIALES DEL TRABAJADOR

No es correcta la interpretación dada por el ad-quem al referido ordinal 1º del artículo 58 del Código Sustantivo del Trabajo cuando dice que el trabajador está obligado a prestar únicamente el servicio específico que se comprometió con el patrono, toda vez que dentro de la facultad contenida en el ius variandi del patrono está el de poder libremente trasladar al trabajador manteniéndole las condiciones contractuales y legales en relación con el salario y la categoría, así que el legislador no tuvo en mente al preceptuar que una de las obligaciones especiales del trabajador, la de realizar personalmente la labor, constreñir la libertad del empleador para variar las condiciones del trabajo dentro de los límites que le señalan la ley y el respectivo contrato.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., 10 de febrero de 1971.

(Ponente: Abogado asistente, Doctor Arturo Linares Ortega).

(Acta número 5).

Blanca Ruby Tascón demandó por conducto de apoderado a "Industrial de Tejidos S. A. (INDULANA)", para que esta sociedad domiciliada en Medellín, fuera condenada a pagarle indemnización por "ruptura unilateral e ilegal del contrato de trabajo en su duración presuntiva, de acuerdo con la Convención firmada entre la Empresa y el Sindicato respectivo, o en subsidio la indemnización que dé la ley" y las costas del juicio.

Como hechos para sustentar sus pretensiones, expresó los siguientes: que Blanca Ruby Tascón prestó servicios a la demandada desde el 15 de junio de 1959 hasta el 31 de agosto de 1961 cuando aun le faltaban once meses y medio (11½) para la expiración del plazo presuntivo del contrato de trabajo de "acuerdo con la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre la Empresa demandada y el Sindicato de trabajadores de dicha Empresa"; que el motivo de la terminación del contrato fue el de que la demandante se negó a prestar servicios en "otra empresa distinta", como literalmente lo afirma la actora en la demanda y que el texto de la mencionada convención en cuanto concierne a la duración del contrato laboral dice: "En cuanto al plazo presuntivo de trabajo éste será de un año después del vencimiento del período de prueba o del período de aprendizaje según el contrato de trabajo que el trabajador haya firmado con la empresa".

Como fundamentos de derecho se mencionan los siguientes preceptos: artículos 22, 23, 24, 25, 46, 57, 65, 62, 249 del Código Sustantivo del Trabajo, el Decreto 243 de 1951 y el Decreto 2158 de 1948 (C. P. L.).

En la contestación de este libelo, el apoderado negó unos hechos y manifestó atenerse a lo que se probara con respecto a los otros, asimismo, se opuso a todas las peticiones de la demanda y no propuso excepciones.

Correspondió conocer del juicio al Juzgado Quinto del Trabajo de Medellín, que decidió la primera instancia mediante sentencia de fecha 19 de febrero de 1962 por medio de la cual absolvió a la sociedad demandada de todas y cada una de las súplicas. Contra la providencia en mención la parte demandante apeló para ante el Tribunal Superior de Medellín que resolvió la alzada por sentencia de 16 de julio de 1962 por medio de la cual revocó el fallo en referencia y en su lugar dispuso: "CONDENASE a la sociedad Industrial de Tejidos S. A. (INDULANA) a pagar a la señorita Blanca Ruby Tascón la suma de mil quinientos cincuenta y cinco pesos con ochenta y cuatro centavos ($ 1.555.84) como indemnización de perjuicios-lucro cesante por la ruptura unilateral e ilegal del contrato de trabajo en su duración presuntiva". No impuso costas.

El apoderado de la empresa demandada interpuso recurso extraordinario de casación contra el fallo de segundo grado, el cual concedido y admitido pasa a resolverse de conformidad con la demanda que lo sustenta y su réplica.

El recurso

Alcance de la impugnación

Persigue que la Corte case totalmente la sentencia de 16 de julio de 1962 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín Sala Laboral y en su lugar confirme la dictada por el Juzgado Quinto del Trabajo de Medellín que fue absolutoria proferida con fecha 19 de febrero de 1962.

Con apoyo en la causal primera de casación contenida en el artículo 87 del Código Procesal del Trabajo, formula dos cargos.

Primer cargo

Lo enuncia así: "La providencia acusada violó por interpretación errónea los artículos 22, 23, 58 y 194 del Código Sustantivo del Trabajo y consecuencialmente incurrió en aplicación indebida del artículo 64 de la misma obra".

Afirma el recurrente que el sentenciador "parte de la base de que el trabajador solamente está obligado a prestar el servicio especifico a que se comprometió con el patrono" y que este aserto lo apoya en el artículo 58 numeral 1º del C. S. T. pero que en su concepto la norma se refiere a que la labor debe realizarse personalmente pero "no se refiere a labor específica alguna". Dice que dicho precepto impone al trabajador la obligación de acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de modo particular le impartan el patrono o sus representantes. "Más adelante agrega que el patrono en virtud de su poder de dirección "puede con ciertas restricciones, variar las condiciones expresamente estipuladas en el contrato de trabajo, alteraciones que cumplidas dentro de tales límites, son perfectamente legales, obligan al trabajador y justifican el despido del que no las cumpla".

Luego, el impugnador cita una serie de autores para consultar, e inserta una transcripción conceptual del tratadista Alberto José Carro Igelmo.

Asevera el recurrente que el sentenciador estima que el trabajador solamente está obligado a prestar el servicio en beneficio del patrono pero de ninguna manera en beneficio de un tercero, igualmente afirma que según el artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo el patrono recibe el servicio y lo remunera pero no es necesario que se beneficie de él. Arguye que la ley no establece que el servicio prestado por el trabajador sea exclusivamente en beneficio del patrono" ya que este lo aprovecha y dirige, pero no ha de beneficiarse necesariamente de él, como no se beneficia el contratista independiente", agrega el impugnador que: "El que temporalmente el servicio de un trabajador beneficie a un extraño, no altera ni modifica en forma alguna el contrato de trabajo si ese servicio se presta bajo la dirección del patrono o de la persona que él designe". Nuevamente hace otra transcripción de autores sobre el tema y dice: "Entiende el fallador que la unidad de empresa no puede darse sino cuando una misma persona natural o jurídica es

dueña de la unidad de explotación económica o de las varias unidades de explotación que corresponda a actividades económicas similares, conexas o complementarias. Por tal razón habla de que Everfit e Indulana son personas jurídicas distintas y separadas.

Continúa el casacionista su argumentación con la afirmación de que en varias de las sentencias de casación "se ha declarado la unidad de una empresa cervecera constituída por Fenicia como fabricante de envases y Bavaria como fabricante de cervezas, aunque son dos personas jurídicas distintas y su objetivo social es diferente".

Termina la sustentación del ataque atribuyendo al Tribunal erróneo entendimiento de los preceptos contenidos en los artículos 22, 23 y 58 del Código Sustantivo del Trabajo porque según su criterio, "interpretó que tales normas impedían cualquier alteración en el servicio convenido y hacían al patrono beneficiario exclusivo del mismo servicio". Igualmente, imputa interpretación errónea del art. 194 del Código Sustantivo del Trabajo, pues en su opinión: "esa norma no exige que la unidad de explotación económica haya de pertenecer a una misma persona natural o jurídica" y concluye el censor su planteamiento afirmando que la interpretación errónea señalada condujo al sentenciador a la violación del artículo 64 del mismo Código porque "entendidas equivocadamente las anteriores normas, el fallador encontró una terminación ilegal con base en preceptos que si se hubieren entendido correctamente, no había dado al fallador oportunidad para aplicar el artículo 64 citado".

El opositor niega que sea pertinente la causal 1ª del artículo 87 del Código Procesal del Trabajo pues considera que la sentencia no es violatoria de la ley sustantiva en los preceptos señalados en el primer cargo, agregando que el recurrente "olvidó dos artículos del C. del T. inmediatamente precedentes al primero que cita (el 22), como son los aa. 18 (norma general de interpretación), 19 (norma de aplicación supletoria), 20 (conflicto de leyes) y 21 (normas más favorables)". Igualmente afirma que: "si en Indulana el 31 de agosto de 1961 no había materia prima, el patrono no podía obligar a sus trabajadores a ir a trabajar a Everfit". En el mismo orden de ideas hace consideraciones sobre el efecto que produce un traslado del trabajador cuando el sistema de pago de salario se hace por unidad de obra pues en su concepto "una obrera de TELARES no puede rendir lo mismo en un trabajo que necesita técnica y práctica distintas, al de la aguja y el dedal". Esto para explicar el resultado que en su opinión se produjo con el paso de la trabajadora de INDULANA a EVERFIT y para concluir que la renuncia a aceptar esa variación no constituye "grave indisciplina".

Se considera

Afirma el recurrente: que hubo interpretación errónea del artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo, porque esa norma no exige que la unidad de explotación económica haya de pertenecer a una misma persona natural o jurídica. Sin embargo observa la Sala que la norma de la cual se predica equivocada inteligencia por el sentenciador (194 C.S.T.) al definir la "empresa" es clara cuando dice: Para los efectos de este Código se entiende por empresa toda unidad de explotación económica o las varias unidades **dependientes de una misma persona natural o jurídica**, que correspondan a actividades económicas, similares, conexas o complementarias, y tengan trabajadores a su servicio" (subrayado de la Sala).

Sobre este aspecto se expresó el Tribunal así: "Pero se dice que entre Industrial de Tejidos S. A. y Confecciones Colombia S. A. hay una verdadera unidad de empresa, porque realizan explotaciones económicas complementarias de acuerdo con el art. 194 del C. S. del T. ya que la última hace vestidos con el paño elaborado por la primera. Así lo dedujo el Juzgado en la sentencia que se revisa, aunque este medio de defensa, en verdad no había sido opuesto por la sociedad demandada en la respuesta del libelo", y continúa: "Si se va a definir la cuestión de unidad de empresa entre Indulana y Everfit al tenor del invocado artículo 194,

es necesario que se presenten todos los requisitos básicos que tal disposición exige para que exista esa institución. Según aquella norma las varias unidades de explotación económica, correspondiente a actividades, similares o complementarias, deben ser dependientes de una misma persona natural o jurídica.

Y en relación con el sub-lite continúa la interpretación del precepto en comento por parte del sentenciador así: "Si no se trata de una misma persona jurídica, de la cual dependan las dos unidades de explotación mencionadas, según el artículo 194 citado, sino de dos personas jurídicas independientes, autónomas, no puede existir unidad de empresa entre ellas, aunque se dediquen a actividades que se complementen, y la segunda confeccione trajes con los paños que elabora la primera, porque falta uno de los requisitos fundamentales para esta figura del derecho laboral, según la norma sustantiva que la instituye y reglamenta.

"Es decir que a pesar de la conexión existente entre esas compañías no hay unidad de empresa entre las mismas, y se trata de dos empresas diferentes. Sin que por lo tanto, el trabajador que se obligó a prestar sus servicios en una de ellas, y solo en ésta, pueda ser compelido, por razón de sus obligaciones para con la primera, a trabajar en la otra. Y por lo tanto si se niega a hacerlo, como no se viola ningún deber resultante de su contrato de trabajo, no incurre en acto alguno de indisciplina por este proceder.

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 económicas 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 comunidad 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.

El acusador afirma que el fallador de segundo grado: "parte de la base de que el trabajador solamente está obligado a prestar el servicio específicamente a que se comprometió con el patrono. Esto lo apoya en el artículo 58 numeral 1º del Código Sustantivo del Trabajo. Pero la norma citada dice que se debe realizar personalmente la labor, más no se refiere a labor específica. Además el mismo numeral consagra como obligación del trabajador la de acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de modo particular le imparten el patrono o sus representantes. "En efecto, dijo el Tribunal: "Por virtud del contrato de trabajo, el trabajador se obliga a prestar un servicio personal a un patrono. Su obligación especial, de acuerdo con el artículo 58 ordinal 1º del C. S. del T. es la de "realizar personalmente la labor, en los términos estipulados".

"En consecuencia, el trabajador solo está obligado a prestar el servicio específico a que se comprometió con el patrono, y en beneficio de éste. No tiene por lo tanto, obligación de realizar una labor de naturaleza distinta a la convenida. Ni tampoco de llevar a cabo el servicio personal en beneficio de persona distinta al patrono, es decir, fuera de su empresa, establecimiento u organización, si no se comprometió a ello de manera expresa".

No es correcta la interpretación dada por el ad-quem al referido ordinal 1º del artículo 58 del Código Sustantivo del Trabajo cuando dice que el trabajador está obligado a prestar únicamente el servicio específico que se comprometió con el patrono, toda vez que dentro de la facultad contenida en el ius variandi del patrono está el de poder libremente trasladar al trabajador manteniéndole las condiciones contractuales y legales en relación con el salario y la categoría, así que el legislador no tuvo en mente al preceptuar que una de las obligaciones especiales del trabajador, la de realizar personalmente la labor, constreñir la libertad del empleador para variar las condiciones del trabajo dentro de los límites que le señalan la ley y el respectivo contrato. Sin embargo, en cuanto al entendimiento del juzgador de segundo grado en lo atinen-

te al beneficiario del trabajo cuando afirma que el trabajador no está obligado a llevar a cabo el servicio personal en beneficio de persona distinta al patrono "si no se comprometió a ello de manera expresa" corresponde a una recta interpretación de la norma en comento, así como de los preceptos contenidos en los artículos 22 y 23 del Código Sustantivo del Trabajo señalados también como infringidos por el Tribunal. Esto por cuanto la exclusividad de beneficio de la labor para el patrono dimana de la naturaleza jurídica del contrato de trabajo y del efecto de sus obligaciones que es solamente inter partes.

Ahora bien: como el equivocado entendimiento del ordinal 1º del artículo 58 del Código Sustantivo del Trabajo no alcanza a determinar el quebrantamiento de la sentencia impugnada pues solo se trata de un concepto errado del alcance de la obligación de realizar personalmente la labor contratada, pero en punto al beneficiario del servicio que es fundamental soporte el fallo ha sido acertada su inteligencia como lo fue respecto a los artículos 22 y 23 del Estatuto Laboral vigente, citadas como infringidas por interpretación errónea, la acusación no prospera.

Segundo cargo

Está enunciado así: "La sentencia acusada violó por aplicación indebida a través de errores de hecho y de derecho, los artículos 465, 468 y 551 del Código de Comercio, y 56, 58, 62 y 64 y 194 del Código Sustantivo del Trabajo".

El acusador señala los errores así: "a) Estimar que la demandante se obligó a prestar servicios en una empresa de telares dedicada a la elaboración de paños; b) Encontrar demostrado que el jefe de personal hubiera exigido a la demandante que pasara a prestar un servicio distinto en una empresa diferente; c) Dar por establecido que en Indulana no existe salón de costura; b) Encontrar probado que la demandante no se le buscó para desarrollar oficio de los que se cumplen en un salón de costura". Y como error de derecho indica el que hace consistir en "admitir la existencia de sociedades con prueba distinta a la de escritura pública". El impugnador singulariza como pruebas mal apreciadas las siguientes: a) La carta de despido de folio 3; b) la copia del contrato de trabajo (fl. 4); acta de folios 5 y 6 las declaraciones de Ernesto Ramírez, Lucila Saldarriaga, Adelina Parias y Roberto Montoya (fls. 20, 21, 22 y 30); las posiciones de folios 24 a 25 y 28 y 29).

Atribuye la censura error al fallador en cuanto dijo que: "la demadante se obligó a prestar servicios en una empresa de telares dedicada a la elaboración de paños", pues en su concepto, el documento de folio 4 no indica que la empresa sea de telares ni que está dedicada a la elaboración de paños sino que señala que la trabajadora prestará sus servicios en el cargo de telares o en cualquiera otra que designe el patrono". El acusador luego afirma que por la absolución de posiciones del Gerente de Industrial de Tejidos S. A. se sabe que esta firma elabora los paños para la confección de vestidos que hace Everfit y que se trata de una sola Empresa que: "está compuesto por etapas de elaboración pertenecientes a distintas personas, como cuando una produce la materia prima que solamente utiliza otra" como rezan sus palabras textuales en el libelo.

Más adelante el casacionista procede a transcribir apartes de unas declaraciones encaminadas a la demostración de la solicitud que el jefe de personal de Indulana que hizo a Blanca Ruby Tascón para que trabajase temporalmente por tiempo indefinido en Everfit porque, en su concepto, sobraba personal en Indulana y concluye el libelista diciendo: "las pruebas indicadas están demostrando claramente que no se pedía un servicio diferente ni era para una empresa distinta". Dentro de este mismo planteamiento continúa el acusador con la afirmación de que no se trataba de un traslado sino de un servicio temporal que no desmejoraba a la trabajadora y que tampoco se trataba de prestar servicios a una empresa diferente porque lo recibía y remuneraba la misma Industrial de Tejidos S. A.

También atribuye al sentenciador error evidente de hecho que lo deduce el censor de la afirmación del fallo según el cual: "cuando se contrató a la demandante no se le buscó para desarrollar oficio alguno de los que cumplen en un salón de costura" pues en su opinión, con la simple lectura del documento de folio 4 contentivo del contrato de trabajo se establece: "que fue contratada para trabajar en telares o en cualquier otro cargo que le señale el patrono, sin excluir los que se puedan presentar en un salón de costura.

Igualmente afirma el casacionista en desarrollo de la acusación que: "Si el sentenciador no hubiera cometido los errores de hecho habría concluído que la desobediencia era injustificada y que el despido fue legal, con lo cual aplicando debidamente el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, habría confirmado la absolución de la sentencia de primera instancia".

Concluye la censura atribuyendo al Tribunal el rechazo por ésta de la "unidad de empresa" al estimar que Indulana y Everfit son dos personas jurídicas distintas y con objetos sociales diferentes y le imputa la comisión de un error de derecho que lo hace consistir en haber dado por demostrado la existencia de una sociedad con testimonios, confesión y con los documentos llevados al juicio que no fueron las escrituras. Luego agrega que el sentenciador admitió la existencia de dos sociedades distintas con prueba no idónea para ello y que "si no se hubiera cometido el error de derecho, se habría tenido que no se había dado un beneficio para extraño, que no había dos empresas y que por ello la orden de trabajar en el salón contiguo era legítima aun dentro del pensamiento del sentenciador y que el despido se justificaba, por lo cual debía absolver".

El opositor a su vez, sostiene que si en Indulana el 31 de agosto de 1961 "no había materia, el patrono no podía obligar a sus trabajadores a ir a trabajar en Everfit"; que "si Blanca Ruby Tascón hubiera aceptado la "orden" de Fabio Gómez Sierra el dicho 31 de agosto, con ello se hubiera vulnerado y restringido su derecho a un mejor salario y también su dignidad personal, por cuanto se la desmejoraba notoriamente de categoría, al pasarla de obrera especializada en telares a aprendiz de aguja y dedal". Igualmente agrega que: "La negativa de la trabajadora a someterse a la injusta exigencia de Fabio Gómez, no constituyó en manera alguna falta grave, grande o de mucha entidad e importancia, por ningún motivo". Luego glosa la tesis del impugnador sobre la unidad de empresa, cuando dice: "No probó la parte demandada (ahora recurrente) que Everfit (empresa), firma y fábrica completamente ajena a este litigio laboral, y no representada por nadie a que usara exclusivamente paños Indulana, ni tampoco que con paños Indulana únicamente se confeccione trajes Everfit y no trajes de mujer, o que toda la producción de Indulana se dedique exclusivamente a Everfit".

Se estudia el cargo

El recurrente atribuye al sentenciador la comisión de errores de hecho pues según él: "Las pruebas indebidamente apreciadas fueron: la carta de despido del folio 3; la copia del contrato de trabajo de folio 4, el acta de folio 5 y 6, las declaraciones de Ernesto Ramírez, Lucila Saldarriaga, Adelina Parias y Roberto Montoya, folios 20, 21, 22 y 30 y las posiciones de folios 24 a 26 y 28 y 29".

Con relación a la apreciación de las pruebas en forma general dijo el Tribunal: "La Sala ha examinado la situación planteada en este litigio, y del análisis de las pruebas aportadas y de las disposiciones pertinentes ha llegado a la conclusión de que la demandante, por razón de sus compromisos legales y contractuales con la sociedad demandada, no estaba obligada a pasar a trabajar a Everfit, de suerte que al negarse a acatar lo que le ordenaba el jefe de personal, como lo hizo, no incurrió en indisciplina de ninguna naturaleza".

En punto a la estimación específica que el fallador de segundo grado hizo del contrato de trabajo, documento que obra a folio 4 al deducir que: "la demandante se obligó a prestar sus servicios, en una em-

presa de telares, dedicada a la elaboración de 'paños' como lo asevera el acusador al señalar el error que identifica con la letra a) al comienzo del 'segundo cargo', se advierte que dicho instrumento indica como patrono a la firma Industrial de Tejidos S. A. pero no señala que la empresa sea de telares ni que esté dedicada a la elaboración de paños, aparece sí expresamente en el contrato que la trabajadora prestará sus servicios en el cargo de "TELARES" o en cualquier otro que designe el patrono, de donde se colige que el entendimiento dado por el Tribunal a este elemento probatorio fue errado en este aspecto, ya que el aludido escrito solo se refiere a la prestación personal del servicio en el cargo de telares "o en cualquiera que le designe el patrono" como reza textualmente la prueba literal en comento, por lo cual es necesario inferir que el patrono estaba facultado por virtud del convenio entre las partes para designar a la trabajadora no solo en el cargo específicamente determinado y estipulado sino en cualquiera otro, pero dentro de la misma empresa, lo cual implica que el error imputado al sentenciador no incida en la solución del litigio ya que no se demostró que la orden impartida a la trabajadora fuera para trabajar en la misma entidad empresarial.

Atribuye el censor al Tribunal otro error manifiesto que hace consistir en: "b) Encontrar demostrado que el jefe de personal hubiera exigido a la demandante que pasara a prestar un servicio distinto en una empresa diferente; "Sin embargo, si bien es cierto que en cuanto a la obligación de ejecutar un trabajo distinto como lo advirtió precedentemente la Sala el sentenciador incurrió en equivocada apreciación del documento de folio 4, no es menos evidente que en cuanto a la prestación del servicio en empresa diferente, el ad-quem no erró en la estimación del material probatorio toda vez que de las manifestaciones hechas por el jefe de personal ante la Inspección del Trabajo (fls. 5 y 6) así como de las posiciones absueltas por el Gerente de Industrial de Tejidos S. A. (fls. 24-26) especialmente al contestar a las preguntas 8ª y 9ª cuando afirmó que si es cierto que Industrial de Tejidos S. A. (Indulana) y Confecciones Colombia S. A. (Everfit)" son personas jurídicas distintas que abarcan un mismo proceso" y de las mismas preguntas formuladas en posiciones a la demandante (fls. 28-29 preg. 1ª, 3ª y 5ª) indudablemente se colige que el patrono (Indulana) ordenó a Blanca Ruby Tascón, su trabajadora, pasar a prestar servicios en otra empresa distinta (Everfit). Tampoco existió equivocada apreciación de las declaraciones de Ernesto Ramírez, Lucila Saldarriaga, Adelina Parias y Roberto Montoya ya que los testimonios de las personas nombradas concuerdan en que se le solicitó a la trabajadora pasara a laborar a Confecciones Colombia S. A. (Everfit) en calidad de préstamo y es apenas obvio inferir, como lo hizo el Tribunal, que si se tratase de una orden para trabajar en la misma empresa no le hubiese hablado de trabajar en calidad de préstamo, ni de que se le pagaría el mismo salario devengado en Indulana en Everfit, ni que la primera tenía personal en exceso y la segunda necesitaba mano de obra, ni se hubiese hecho oferta de que en Everfit se le podía contratar. Además, aún sin la demostración de que se trataba de dos empresas diferentes, como esta circunstancia de la "misma empresa" fue alegada como hecho exceptivo por la sociedad demandada, estaba obligada a probarlo en el juicio, lo cual no ocurrió en el caso sub-lite, por tanto no aparece el "protuberante error de hecho" atribuído al fallador de segundo grado.

En lo concerniente al error que el recurrente achaca al ad-quem y que hace radicar en "c) Dar por establecido que en Indulana no existe salón de costura" ataque fundamentado en la declaración de Roberto Montoya (fl. 30) cuando afirmó que en Indulana: "hay un departamento que llama de Revisión en el cual influye la obra de mano, en asunto de remiendos", no es evidente el error imputado al sentenciador toda vez que de la existencia de un departamento de Revisión en Indulana no se presume necesariamente que exista o deba existir un salón de costura en la misma empresa. Ahora bien, sobre el supuesto de que hubiese ocurrido el error por haberse de-

mostrado que en Indulana había salón de costura tal conclusión no constituye soporte fundamental del fallo y por lo mismo carecería de influencia en su parte resolutiva.

Respecto al error que el censor hace consistir en "d) Encontrar probado que la demandante no se le buscó para desarrollar oficio de los que se cumplen en un salón de costura", tiene razón el casacionista en cuanto, como anteriormente se dijo, la trabajadora demandante fue contratada para trabajar en telares "o en cualquiera que le designe el patrono" sin embargo, aunque evidentemente fue equivocada la apreciación del Tribunal en este aspecto, el error no tiene la fuerza suficiente para lograr el quebrantamiento de la sentencia ya que para el éxito de la acusación era indispensable demostrar que el traslado de un cargo a otro ordenado a la trabajadora se efectuaría dentro de la misma empresa.

Finalmente en lo que atañe a la impugnación por "error de derecho" cometido por el Tribunal y que el recurrente hace recaer en que el sentenciador dio por demostrada la existencia de una sociedad con testimonios, confesión y documentos distintos a los que la ley señala o exige como prueba adsubstantiam actus para la demostración de tal hecho, no fue probada por ésta, como lo dice el fallador y por tanto no prospera tampoco por este aspecto el ataque. El cargo se desestima.

Como al estudiar el primer cargo la Sala encontró cabal la imputación de equivocado entendimiento del ordinal 1º del artículo 58 del Código Sustantivo del Trabajo pero no alcanzó a ser suficiente para el desquiciamiento de la sentencia, no se impondrán costas en el recurso extraordinario.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA, la sentencia recurrida.

Sin costas.

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

Jorge Gaviria Salazar, Hernando Franco Idárraga, Conjuez, *Ricardo Silva,* Conjuez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

SALARIOS CAIDOS Y BUENA FE PATRONAL

Cuando los derechos que alega el trabajador son discutibles y, por tanto, el patrono ha podido de buena fe dudar de su existencia, no cabe la sanción a salarios caídos de que trata el artículo 65 del C. S. del T.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, once (11) de febrero de mil novecientos setenta y uno (1971).

(Magistrado Ponente: Doctor Miguel Angel García B.).

(Acta número 5).

El señor Jaime Jiménez Tello, por medio de apoderado, demandó a la sociedad Tejidos Celta Limitada, con domicilio en Barranquilla, en juicio ordinario laboral de mayor cuantía, el cual correspondió al Juzgado Segundo Laboral de Bogotá, por repartimiento, con la finalidad de que, la parte demandada fuese condenada a pagar al actor: el valor de salarios de cinco (5) meses, diez (10) días, lapso faltante para el vencimiento del plazo presuntivo, el valor de comisiones causadas y no canceladas, el valor del auxilio monetario por enfermedad no profesional correspondiente a dos meses de incapacidad, el auxilio de cesantía correspondiente al tiempo trabajado, compensación por vacaciones causadas y no disfrutadas correspondientes al último año de servicios, reajuste de primas de servicio correspondientes a los tres últimos años, indemnización moratoria desde el veintiséis (26) de junio de mil novecientos sesenta y cuatro (1964), y las costas del juicio.

Como fundamentos de hecho expuso los siguientes:

Que el señor Jaime Jiménez Tello trabajó al servicio de la sociedad demandada, como agente vendedor, en Bogotá, del dos (2) de junio de mil novecientos cincuenta y cinco (1955), al veintiséis (26) de junio de mil novecientos sesenta y cuatro (1964).

Que el señor Jiménez Tello devengaba un salario variable, en forma de comisión sobre ventas directas e indirectas, y en el último año un promedio mensual de cinco mil pesos m/l ($ 5.000.00).

Que estuvo enfermo durante los meses de mayo y junio de 1963, y la sociedad demandada le suministró asistencia médica y hospitalaria, pero se negó a reconocerle auxilio monetario de las dos terceras partes del salario.

Que la sociedad demandada terminó unilateralmente, sin justa causa el contrato de trabajo, con fecha 26 de junio de 1964.

Que el actor no fue afiliado por la Empresa al Instituto Colombiano de Seguros Sociales.

Que la demandada le adeuda las comisiones especificadas en la demanda. Que no disfrutó de las vacaciones correspondientes al último año de servicios, ni recibió la compensación en dinero y finalmente que la Sociedad se ha negado injustificadamente a pagar al actor las prestaciones, salarios y comisiones que demanda.

La parte demandada se opuso a lo sustancial de la acción, respondió a los hechos declarando ciertos algunos, otros no, y otros no le constan, y explicó que: el demandante entró a trabajar con la empresa demandada el dos (2) de junio de mil novecientos cincuenta y cinco (1955) hasta

el veinte (20) de diciembre de mil novecientos sesenta, por retiro voluntario cuyas prestaciones le fueron cubiertas el 27 de ese mes de diciembre de 1960, y que, posteriormente el 5 de enero de 1961 formalizó nuevo contrato de trabajo que tuvo vigencia en esta nueva etapa hasta el 26 de junio de 1964.

Propuso la excepción de prescripción.

Establecida en esa forma la traba jurídico procesal y agotada la tramitación de primera instancia, terminó esta con el fallo de veintinueve de abril del año próximo pasado, por el que el juzgado del conocimiento condenó a la parte demandada a pagar al demandante:

"a) La suma de veinticuatro mil setecientos noventa y nueve pesos con cincuenta y tres centavos ($ 24.799.53) por concepto de lucro cesante;

"b) La cantidad de ($ 6.161.24) seis mil ciento sesenta y un pesos con veinticuatro centavos, por concepto de auxilio monetario por enfermedad no profesional;

"c) La suma de ochocientos cincuenta y ocho pesos un centavo ($ 858.01) por concepto de cesantía;

"d) La cantidad de dos mil trescientos noventa y nueve pesos con noventa y cinco centavos ($ 2.399.95) por concepto de compensación de vacaciones; y

"e) La suma de diecisiete pesos con ochenta y cinco centavos ($ 17.85) por concepto de prima de servicios".

Absolvió a la parte demandada de las demás peticiones de la demanda, declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas en un 80%.

Contra esa providencia interpuso recurso de apelación solamente la parte demandante, y remitidos los autos al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, este por medio de sentencia de fecha treinta (30) de junio de mil novecientos setenta (1970), modificó el numeral primero de la sentencia recurrida en su literal c) y en su lugar condenó a la parte demandada: "a pagar al actor Jaime C. Jiménez Tello, (...) la suma de quince mil ochocientos ochenta y seis pesos con doce centavos ($ 15.886.12) moneda corriente, por concepto de SALDO DE AUXILIO DE CESANTIA.

Revocó el numeral segundo de la misma en cuanto absolvió por indemnización moratoria, y en su lugar condenó a la misma parte "a pagar al actor Jaime C. Jiménez Tello, (...) la suma de ciento cincuenta y nueve pesos con noventa y nueve centavos ($ 159.99) diarios, a partir del día veintisiete (27) de junio de mil novecientos sesenta y cuatro (1964) y hasta cuando se cancelen las condenas por prestaciones sociales, etc.

Confirmó en lo demás y sin costas en la alzada.

La parte demandada interpuso recurso de casación contra esa providencia de segundo grado. Concedido éste y admitido aquí por la Sala, presentada en tiempo la demanda correspondiente y con réplica oportuna de la parte actora, se procede a decidir:

La demanda de casación

Alcance de la impugnación

Dice el casacionista al fijar el alcance de su demanda, lo siguiente:

"El presente recurso se encamina a obtener la CASACION PARCIAL del fallo acusado, en sus numerales 1º y 2º, para que la H. Corte, constituída en tribunal de instancia, CONFIRME el FALLO DE PRIMERA INSTANCIA".

Formula en desarrollo de su acción cuatro cargos así:

Primer cargo

"Acuso la sentencia recurrida por la primera de las causales del art. 60 del Decreto 528 de 1964, por ser violatoria de la ley

sustancial laboral por aplicación indebida del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, en armonía con el 254 de la misma obra, a consecuencia de error evidente de hecho cometido por el sentenciador al no apreciar los documentos auténticos que serán determinados en el desarrollo del cargo".

Sustenta el impugnante este cargo con los siguientes razonamientos:

"Demostración del cargo

"Dice el Tribunal en el fallo acusado:

'INDEMNIZACION MORATORIA. En este juicio se ha establecido en forma clara y precisa que solo existió entre las partes una relación laboral que se inició el 2 de junio de 1955 y finalizó el 26 de junio de 1964, a la terminación de la vinculación laboral contractual la Empresa demandada no cubrió la totalidad de las prestaciones sociales que adeudaba a su antiguo trabajador.

En efecto, solo le canceló parcialmente el auxilio de cesantía, no se pagó el auxilio monetario por enfermedad no profesional, ni las vacaciones del último año de servicios. En tales condiciones, se hace acreedor el patrono a la sanción de que trata el artículo 65 del C. S. del T.

" ' Por otra parte, dentro del juicio configurándose una sola relación de trabajo, la Sala no encuentra dentro del acervo probatorio explicación alguna para que la Empresa demandada, cuando el trabajador salió a disfrutar de sus vacaciones en diciembre 20 de 1960, le hubiera liquidado la cesantía hasta esa fecha...'.

"Antes el Tribunal había dicho: 'La realidad de los hechos es que entre Jiménez y "Tejidos Celta Limitada", solo existió una sola relación laboral que se inició el 2 de junio de 1955 y terminó el 26 de junio de 1964. La liquidación de la cesantía que obra a folio 303, y que no comprende las demás acreencias laborales que se le adeudaban al trabajador en esa fecha, lo cual está perfectamente corroborado en el dictamen pericial, ratifica la certidumbre de que no hubo dos contratos de trabajo celebrados entre las partes en litigio; ese pago parcial de cesantía no estaba autorizado por la ley y además, solo vino a hacerse efectivo en el mes de marzo de 1961 (folio 392)'. (Fols. 519-520 y 515, C. 1).

"Lo transcrito es lo que asevera la sentencia acusada. Veamos ahora lo que dice la EVIDENCIA PROCESAL que surge de los siguientes documentos y elementos probatorios que obran en el juicio, los cuales NO FUERON APRECIADOS por el sentenciador, incurriendo por ello en ERROR que contraría esa EVIDENCIA:

"A folio 303 aparece ORIGINAL un CERTIFICADO DE PAZ Y SALVO que a la letra dice: 'Declaro que trabajé al servicio de Tejidos Celta Limitada desde el 2 de junio de 1955 hasta el 20 de diciembre de 1960 en calidad de Vendedor-Agencia de Bogotá y que he cesado en mis funciones por retiro voluntario. Que he recibido al (sic) cantidad de quince mil veintisiete pesos con 91/100 m. cte. pesos ($ 15.027.91) m|l. que representa el valor total de mi cesantía por mis servicios prestados a la Empresa hasta la fecha.

" ' Que durante todo el tiempo anotado recibí a satisfacción el pago de mis jornales, compensaciones por horas extraordinarias, domingos y días feriados trabajados, y todas las demás prestaciones de carácter legal o contractual a que tuve derecho.

" 'Que he sido sometido a un examen médico en la fecha del retiro del cual se dedujo que, y me consta, que no sufro enfermedad alguna de carácter profesional, ni padezco incapacidad proveniente de accidentes de trabajo.

" 'En tal virtud, declaro a Tejidos Celta Ltda. a paz y salvo conmigo y libre de toda responsabilidad a mi favor por razón de los servicios prestados en calidad de Vendedor-Agencia de Bogotá y dentro de las fechas citadas. Firmado: Jaime Jiménez, cédula número 19335'.

"Este documento no ha sido tachado ni redargüido de falso, por lo cual debe tenerse por reconocido, al tenor de claras normas legales; no obstante, NO FUE APRECIADO por el Tribunal.

"A folio 301, con fecha junio 26 de 1964, aparece la copia de una carta dirigida por Tejidos Celta Ltda. a Jaime Jiménez, firmada por éste sin salvedad debajo de la firma de la Empresa y reconocida por Jiménez a folio 425, fine, C. 1º, en la cual se lee, entre otras cosas: 'Como su contrato presuntivo vence el día 4 de julio del presente año por cuanto la fecha de su entrada a la Empresa es el 5 de enero de 1961, sírvase pasar por nuestras oficinas para liquidarle y pagarle todas sus prestaciones sociales y los ocho días faltantes para completar el plazo presuntivo...'.

"Tampoco tuvo en cuenta para nada este documento, el sentenciador, no obstante que él viene a concordar con lo expresado en el contrato de trabajo de folios 304 y 305, firmado por el actor Jiménez, no tachado ni redargüido de falso, en el sentido de que 'las partes hacen constar que el empleado está al servicio de la Empresa, desde el día 5 de enero de 1961' (fol. 305). A folios 412 y 413, mismo cuaderno, aparece ORIGINAL el contrato de trabajo de fecha junio 1º de 1962, no tachado ni redargüido de falso, en el cual se deja igual constancia bajo la firma del trabajador demandante, de que su contrato de trabajo comenzó el día 5 de enero de 1961.

"A folio 417 del C. 1º aparece la carta dirigida por el demandante señor Jaime Jiménez T. a la sociedad demandada, documento, como los anteriores, no tachado ni redargüido de falso, pese a lo cual no fue apreciado por el Tribunal, en la cual se lee: 'Por medio de la presente me permito confirmarles lo ya comunicado a ustedes anteriormente con relación al cheque por $ 15.027.91 expedido a mi favor el 30 de diciembre pasado, el cual se me ha extraviado y no he podido localizarlo hasta la fecha. Por consiguiente les sabré agradecer se sirvan expedir un nuevo cheque por la misma suma para reemplazar el extraviado'. Esta carta ostenta fecha marzo 17 de 1961, está firmada por el actor y aparece confirmada por lo dicho en la Inspección Ocular (fol. 409, C. principal: 'El juzgado constata que existe en la Empresa un comprobante de contabilidad número 218 de marzo 17/61 con la siguiente explicación: se expide este cheque para reemplazar el 482920 de Dic. 30/60 a cargo del Banco de Bogotá por haberse extraviado por la suma de $ 15.027.91'.

"A folios. 391, fine (dictamen pericial) y 408 (Inspección Ocular) del C. 1º, aparece la prueba del pago anticipado de las vacaciones correspondientes al período junio 2|59 a junio 2|60, por $ 1.799.10, o sea las que el trabajador comenzó a disfrutar el 20 de diciembre de 1960, ya que el comprobante de pago lleva esta fecha. Hecho, por demás, aceptado por el propio Tribunal en su sentencia (fls. 514 fine y 515, C. 1º).

"Los documentos que he dejado relacionados, por haber sido algunos reconocidos por el demandante, como dije en relación con ellos, y —en lo que respecta a todos— por haber obrado de autos sin ser tachados o redargüidos de falsos por la parte actora, se deben tener como AUTENTICOS, al tenor de lo preceptuado en el art. 645 del C. J. No obstante, no fueron apreciados por el Tribunal sentenciador. De ellos surge LA EVIDENCIA de que hubo DOS CONTRATOS DE TRABAJO, correspondientes a diferentes épocas, el primero, que se pactó el 2 de junio de 1955 y terminó, POR VOLUNTAD DEL TRABAJADOR, el 27 de diciembre de 1960, al RENUNCIAR el demandante su empleo en la sociedad demandada y pedir la liquidación de su cesantía y demás prestaciones sociales, recibiendo el 30 de diciembre de ese mismo año de 1960 el cheque número 482920 por $ 15.027.91, cheque que el demandante extravió en su poder, hecho que comunicó a la demandada para que le expidiera un nuevo cheque en remplazo del anterior, lo que ocurrió el 17 de marzo de 1961. (fls. 409 y 417).

"CONTRARIAN ESA EVIDENCIA las afirmaciones contenidas en la sentencia acusada en el sentido de que solo hubo un contrato de trabajo, el que se inició el 2 de junio de 1955 y finalizó el 26 de junio de 1964. La contrarían igualmente las afirmaciones que hace el sentenciador en el sentido de que es un contrasentido que el trabajador entrara en vacaciones el 20 de diciembre de 1960 y se le concedieran hasta

el 7 de enero siguiente, día en que debía reintegrarse al trabajo, si lo que ocurrió fue su renuncia, porque entonces tales vacaciones debieron simplemente compensársele en dinero. Y digo que esas afirmaciones son contraevidentes, porque no fue eso lo ocurrido, de acuerdo con lo que de modo evidente surge de los documentos anteriormente relacionados y no apreciados por el Tribunal en su sentencia.

"En efecto: el documento de folio 303 dice: 'Que he recibido al (sic) cantidad de quince mil veintisiete pesos con 91/100 m. cte. pesos ($ 15.027.91) m|l. que representa el valor total de mi cesantía por mis servicios prestados a la Empresa HASTA LA FECHA' (subrayo). ¿Y cuál es esa fecha? La del mismo documento, o sea, el 27 de diciembre de 1960, porque al final de dicho documento se lee: 'Barranquilla, 27 de diciembre de 1960", luego fue hasta ese día que hubo contrato de trabajo, entre la demandada y el actor, siendo CONTRARIO A LA EVIDENCIA PROCESAL afirmar que el aludido contrato terminó el 20 de diciembre de 1960.

"Esto prueba hasta la saciedad que el trabajador bien pudo entrar a gozar de sus vacaciones el 20 de diciembre, para regresar el 7 de enero siguiente, pero el 27 del mismo mes diciembre RENUNCIO y pidió la liquidación de su cesantía y demás prestaciones, LO QUE NINGUNA LEY PROHIBE, porque el Tribunal parte del aún más notorio error de afirmar que un trabajador en disfrute de vacaciones no puede renunciar a su trabajo y pedir la liquidación de sus prestaciones. Y como el actor ya había recibido el valor de sus vacaciones en dinero, solo restaba liquidarle la cesantía, que según reza el documento de diciembre 27 era lo único que la empresa debía al trabajador.

"Es igualmente CONTRARIO A LA EVIDENCIA PROCESAL decir que la cesantía solo se pagó el 17 de marzo de 1961, lo que prueba que se trata de una liquidación parcial de cesantía prohibida por el art. 254 del C. S. del T., porque ese documento de folio 303 y la carta de folio 417, firmada por el demandante, no apreciados por el sentenciador, PRUEBAN HASTA LA SACIEDAD que el pago de la cesantía se hizo por la empresa el 30 de diciembre de 1960, pero el trabajador extravió el cheque en su poder y pidió se le expidiera otro en su reemplazo, lo que efectivamente se hizo el 17 de marzo de 1961.

"Confirma esa EVIDENCIA la INSPECCION OCULAR. A folio 409 se lee: 'El Juzgado constata que existe en la empresa un comprobante de contabilidad número 218 de marzo 17/61 con la siguiente explicación: se expide este cheque para reemplazar el 482920 de Dic. 30/60 a cargo del Banco de Bogotá por haberse extraviado por la suma de $ 15.027.91. Y hay una carta que se agrega a la diligencia fechada en marzo 17/61 donde el señor Jiménez se dirigie (sic) a la empresa informando que el cheque por $ 15.027.91 del 30 de diciembre del año pasado se le extravió y pide se le expida un nuevo cheque.

"Esta inspección ocular fue decretada y practicada a solicitud del demandante (ver folios 335 y 336), por lo cual, al tenor de lo preceptuado por los arts. 47 y 48 del C. de Comercio, en particular este último, puesto que el demandante pidió la inspección ocular de libros y papeles de la sociedad demandada, para estarse a la favorable y ésta es un comerciante (fols. 332 y 333, certificado de la Cámara de Comercio), también ha de estarse a lo desfavorable, conforme al art. 48 en referencia. Por tal causa, el comprobante de contabilidad número 218, de que da mérito la inspección ocular, es un documento auténtico; pero TAMPOCO FUE APRECIADO por el sentenciador, el cual pudo, al ignorar las pruebas que he venido determinando, afirmar que el pago de la cesantía liquidada el 27 de diciembre de 1960 solo se hizo el 17 de marzo de 1961, cuando la EVIDENCIA que surge de los documentos que he venido analizando es que ese pago se hizo el 30 de diciembre de 1960, por medio del cheque número 482920 y por la suma de $ 15.027.91, habiéndose extraviado tal cheque en poder

del actor, por lo cual hubo de ser sustituído por el de marzo 17/60, hecho que en manera alguna puede servir de base para la aplicación de los arts. 65 y 254 del C. S. del T.

"Así, pues, comete ERROR EVIDENTE DE HECHO el Tribunal cuando el fallo acusado afirma: 'En este juicio se ha establecido en forma clara y precisa que solo existió entre las partes una relación laboral que se inició el 2 de junio de 1955 y finalizó el 26 de junio de 1964, a la terminación de la vinculación laboral la Empresa demandada no cubrió la totalidad de las prestaciones sociales que adeudaba a su antiguo trabajador... En tales condiciones, se hace acreedor el patrono a la sanción de que trata el artículo 65 del C. S. del T. ... Por otra parte, dentro del juicio configurándose una sola relación de trabajo, la Sala no encuentra dentro del acervo probatorio explicacion alguna para que la Empresa demandada, cuando el trabajador salió a disfrutar de sus vacaciones en diciembre 20 de 1960, le hubiera liquidado la cesantía hasta esa fecha. Como se repite, el a-quo hizo una interpretación errónea y contraria a derecho del art. 254 del C. S. del T., cuando motu-propio, resolvió calificar la actuación del patrono originada en un sentimiento de ayuda para su trabajador y ante expresa solicitud de éste, afirmaciones éstas que no tienen ningún fundamento en lo debatido y probado en el proceso' (fols. 519-520). Y comete ese ERROR CONTRAEVIDENCIA, porque de las pruebas que he analizado y que el Tribunal no estimó, surge con claridad meridiana, con solo leerlas, que existieron DOS contratos de trabajo: uno, que se inició el 2 de junio de 1955 y terminó, POR RENUNCIA VOLUNTARIA del trabajador, el 27 de diciembre de 1960, y otro, que se inició el 5 de enero de 1961 y finalizó por despido del patrono, el 26 de junio de 1964, y que la cesantía correspondiente al primer contrato fue pagada por la empresa el 30 de diciembre de 1960.

"A tiempo que desatendía el Tribunal la evidencia que surge de las pruebas anteriormente determinadas, las que —repito— no apreció siquiera, basaba su fallo en el documento de folio 20, el que aparece con fecha original '10 de octubre de 1960', al igual que el documento de folio 21, tachada y sobrepuesta con escritura a mano la fecha 'Enero 1º de 1961', no obstante que en el documento de folio 21, al final, se lee, sin tachaduras ni enmendaturas 'Barranquilla, octubre 10 de 1960'.

"Este documento es inatendible como prueba, al tenor de lo preceptuado por el art. 652, C. J., según el cual 'los documentos originales o en copia, rotos, enmendados, suplantados o alterados en parte sustancial de su contenido, no se estiman como prueba'.

"Mas para que no quede duda alguna acerca de la burda alteración de que fue objeto ese documento de folio 20 y su anexo de folio 21, acompaño un dictamen pericial que demuestra hasta la saciedad el hecho y un ejemplar del contrato de trabajo suscrito por el actor con fecha enero 5 de 1961, en el que una vez más confiesa el demandante que 'está al servicio de la Empresa desde el 5 de enero de 1961'.

"En tanto que el Tribunal, con olvido de lo dispuesto por el art. 652, C. J., daba mérito probatorio a los documentos de folios 20 y 21, en su sentencia (fol. 513), omitía (sic) apreciar los elementos probatorios que he dejado determinados, pese al mérito de autenticidad que les asigna el art. 637, C. J., incurriendo en el error evidente que he demostrado.

"Estamos, por tanto, en presencia de lo dispuesto por el art. 23 de la Ley 16 de 1968: 'El error de hecho será causal de casación laboral solamente cuando provenga de falta de apreciación de un documento auténtico; pero es necesario que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haberse incurrido en tal error y siempre que éste aparezca de manifiesto en los autos...'.

"A consecuencia de ese ERROR EVIDENTE DE HECHO, violó la sentencia acusada indirectamente los arts. 65 y 254, C. S. del T., al APLICARLOS INDEBIDAMENTE al caso del pleito, puesto que si no hubo uno sino DOS contratos de trabajo, pactados en épocas diferentes, el primero el 2 de junio de 1955, que terminó por RENUNCIA VOLUNTARIA del trabajador el 27 de diciem-

bre de 1960 y el segundo, celebrado el 5 de enero de 1961, que finalizó el 26 de junio de 1964, no cabía aplicar al pago de cesantía hecho el 30 de diciembre de 1960 la sanción establecida por el art. 254 para los patronos que, con desconocimiento de la prohibición contenida en ese precepto, efectúen pagos parciales de cesantía, ni los salarios caídos con que el art. 65 sanciona al patrono que a la terminación del contrato de trabajo no paga los salarios y prestaciones debidos al trabajador, puesto que si el 27 de diciembre de 1960, hallándose en uso de vacaciones, el demandante Jiménez Tello renunció su empleo y le fueron pados (sic) $ 15.027.91 por concepto de auxilio de cesantía, al tiempo que se declaraba a paz y salvo por todas y cada una de las prestaciones a que la ley daba derecho al trabajador, es EVIDENTEMENTE ERRONEA la conclusión del fallo acusado, cuando a folio 518 expresa que la indicada suma la recibió el demandante con fraude a la ley y por ello no puede descontarse de la liquidación final.

"Ese ERROR EVIDENTE DE HECHO es el único soporte de la sentencia acusada. Por tal motivo, la aplicación que con fundamento en dicho error hizo el sentenciador al caso del litigio de los arts. 65 y 254 del C. S. del T. es indebida e implica su quebranto.

"Lo dicho sería motivo no solo para la casación parcial del fallo acusado sino para su casación total, con el fin de que el fallo de primera instancia fuera revocado y la sociedad demandada absuelta integralmente de los cargos que le formula la demanda. Infortunadamente el profesional que atendió las instancias de este juicio no apeló del fallo de primera instancia, por lo cual esa decisión constituye una barrera infranqueable, que impide la casación total de la sentencia recurrida. Pero procede, en cambio, su casación parcial, como he solicitado, para que invalidados los numerales 1º y 2º, se confirme en todas sus partes el fallo de primera instancia".

Se estudia el cargo

La censura, en este cargo, enfoca su crítica a la sentencia acusada, en cuando ésta parte de la base de la existencia de una sola relación laboral que se inició el dos (2) de junio de mil novecientos cincuenta y cinco (1955) y terminó el veintiséis (26) de junio de mil novecientos sesenta y cuatro, mientras que el impugnante sostiene que hubo dos etapas diferentes de relación laboral una que se inició el dos de junio de 1955 y terminó el 20 de diciembre de 1960, por retiro voluntario del trabajador, y la otra que comenzó el 5 de enero de 1961 y terminó el 26 de junio de 1964 y que, el error evidente de hecho en que incurrió el fallador de segundo grado, que lo llevó a la aplicación indebida del art. 65 del C. S. T. en armonía con el 254 de la misma obra, estriba en la falta de apreciación de las documentaciones relacionadas en su prolijo estudio.

Al examinar la sentencia, frente a la acusación se encuentra que, el ad-quem entre las motivaciones de su providencia dice:

"Al folio 303 aparece un certificado de paz y salvo, firmado por el demandante, que tiene fecha 27 de diciembre de 1960, en el cual declara que prestó sus servicios a la empresa demandada del 2 de junio de 1955 al 20 de diciembre de 1960, habiéndose retirado en forma voluntaria a partir de esa fecha. Y como atrás se menciona también figura en autos el contrato suscrito el 1º de junio de 1962, en el cual se dice que el actor empezó a prestar sus servicios desde el 5 de enero de 1961 (folios 412 a 413).

"Pero a la vez, se encuentra al folio 15 una comunicación dirigida a Jiménez por la Empresa demandada, de fecha 19 de diciembre de 1960, en la cual se manifiesta que a partir del 20 de diciembre de 1960, comenzará a disfrutar de sus vacaciones legales (15 días hábiles) correspondientes al último año de servicios, que terminó el 2 de junio de 1960, debiendo regresar a sus labores el día 7 de enero de 1961. Este documento presentado por la parte actora obra en autos y no fue tachado ni redargüido de falso por la sociedad demandada, por el contrario en la Inspección Ocular se comprobó que en los archivos de la empresa se encontraba la copia de dicha co-

municación (folio 408). Igualmente en la susodicha Inspección Ocular se estableció que el demandante recibió el valor de esas vacaciones remuneradas que ascendieron a la cantidad de $ 1.799.10, según comprobante de contabilidad número 216 y mediante cheque girado contra el Banco de los Angeles (folio 408).

"Además, es importante anotar que en el dictamen pericial rendido por el doctor Oscar Burbano Pérez, debidamente fundamentado, se demuestra que el trabajador disfrutó de vacaciones del 20 de diciembre de 1960 al 7 de enero de 1961 por el período comprendido entre el 2 de junio de 1959 y el 2 de junio de 1960, recibiendo para tal efecto la suma de $ 1.799.10 (folio 391), lo que está de acuerdo con lo comprobado en la diligencia de inspección ocular señalada anteriormente".

Y en otro paso de la sentencia acusada dice el Tribunal:

"En cuanto a la cancelación de cesantía, que la empresa demandada presentó como recibo final del primer período, que obra al folio 303, que es lisa y llanamente un pago parcial, esta Sala se aparta fundamentalmente del concepto equivocado del a-quo que lo considera como válido, en guarda de los principios de equidad y de justicia (sic), a pesar de lo dispuesto por el artículo 254 del C. S. T., que prohibe a los patronos efectuar pagos parciales de cesantía antes de la terminación del contrato de trabajo, salvo en los casos expresamente autorizados, so pena de perder lo pagado. El juzgador de primera instancia desconoce el texto legal e interpreta en forma acomodaticia y contraria a derecho una norma de obligatoria aplicación. En estas condiciones, la suma de $ 15.027.95 que el demandante recibió a título de cesantía parcial, con fraude a la ley, no puede descontarse de la liquidación final. Por otra parte, no está demostrado en forma fehaciente en autos, que entre el trabajador y la Empresa como lo afirma el a-quo, dicho pago se originara 'en el sentimiento de ayuda para su trabajador y ante su expresa solicitud de que se le pagara la cesantía para atender a necesidades que (sic) le presentaban'.

En estas condiciones, es objetivo que el fallador de segundo grado sí examinó esa prueba que aparece al folio 303, y la apreció en comparación con las que subsiguientemente analiza, y así mismo examinó y tuvo en cuenta, el dictamen pericial, la inspección ocular, y las referencias al pago de los $ 15.027.95 como cesantía.

Ciertamente el Tribunal no individualiza específicamente cada prueba en todos los casos, lo cual ha debido hacer indudablemente, y, es verdad que no cita la carta visible al folio 301, empero de ese acopio de pruebas que figuran en el expediente, examinadas, como se repite y tenidas en cuenta, llegó a las conclusiones de su resolución de condenar a la parte demandada, en segundo grado, al pago de indemnización moratoria y a la pérdida de aquella cantidad de $ 15.027.91 percibida por el actor como cesantía parcial.

El cargo se concreta a la falta de apreciación de tales probaciones, pero estas sí fueron estimadas en su conjunto como fundamento determinante de la resolución tomada en la sentencia y las conclusiones que sacó el fallador obedecen a ese examen y al ángulo de vista de su apreciación.

No apareciendo pues el error evidente de facto sostenido por el impugnador como resultante de falta de apreciación de pruebas, **el cargo no prospera.**

Segundo cargo

Dice el casacionista:

"Acuso la sentencia recurrida por la primera de las causales de que trata el artículo 60 del Decreto 528 de 1964, violación indirecta por aplicación indebida del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo a consecuencia de error evidente de hecho cometido por el sentenciador al no apreciar los elementos probatorios que determinaré en el curso del cargo, no obstante ser auténticos".

"De las transcripciones del fallo acusado que hice en el cargo anterior, y que en gracia de brevedad omito repetir, aparece que el Tribunal fundamentó la parte decisoria de su sentencia en que solo hubo un contrato de trabajo, el que se inició el 2 de junio de 1955 y terminó el 26 de junio de 1964, por lo cual, el pago de la suma de $ 15.027.91 que la Empresa hizo a Jiménez Tello y que fue efectivo únicamente el 17 de marzo de 1961, constituye un pago parcial de cesantía con fraude a la ley; a lo cual se suma, en concepto del Tribunal, que a la terminación de ese contrato único la Empresa demandada no cubrió la totalidad de las prestaciones sociales que adeudaba a su antiguo trabajador, pue solo le canceló parcialmente el auxilio de cesantía, no se pagó el auxilio monetario por enfermedad, ni las vacaciones del último año de servicios. De lo cual concluye el fallo acusado: 'En tales condiciones, se hace acreedor el patrono a la sanción de que trata el artículo 65 del C. S. del T." (folio 519).

"Ya dije y repito, que la sentencia acusada dejó de apreciar los siguientes documentos, auténticos, porque obraron de autos sin ser tachados ni redargüidos de falsos o fueron reconocidos por el actor o, finalmente, porque se trata de documentos de contabilidad de la demandada, a los cuales protestó estarse el demandante (arts. 637 y 645, C. J. y 47 y 48. C. de Co.):

"La carta de fecha junio 26 de 1964, dirigida por Tejidos Celta, Ltda. a Jaime Jiménez, comunicándole la terminación de su contrato de trabajo iniciado el 5 de enero de 1961, carta que aparece firmada igualmente, sin salvedad alguna, por el propio Jaime Jiménez Tello y la firma de éste reconocida a folio 425, fine, C. 1º. Tal carta obra a folio 301.

"El contrato de trabajo de fecha junio 1º de 1962, firmado por el demandante, no tachado ni redargüido de falso, en el que aparece que el actor está al servicio de la demandada desde el 5 de enero de 1961 (fs. 412 y 413).

"El certificado de paz y salvo de fecha 27 de diciembre de 1960, firmado por el demandante, no tachado ni redargüido de falso, en el cual se lee: "Que he recibido al (sic) cantidad de quince mil veintisiete pesos con 91/000 m. cte. pesos ($ 15.027.91) que representa el valor total de mi cesantía por mis servicios prestados a la Empresa hasta la fecha", es decir, hasta el 27 de diciembre de 1960. En este documento confiesa el actor "que he cesado en mis funciones por retiro voluntario" (fol. 303).

"El comprobante de contabilidad número 218 de marzo 17 de 1961, de que da mérito la inspección ocular de folio 409 y la carta de igual fecha, dirigida por el demandante a la demandada, que acreditan cómo la cesantía liquidada el 27 de diciembre de 1960, al renunciar voluntariamente el trabajador, le fue pagada a éste con cheque número 482920 de diciembre 30 del mismo año de 1960, cheque que Jiménez Tello extravió, por lo cual pidió que se le expidiera uno nuevo, lo que se hizo con fecha marzo 17 de 1961 (fol. 417). Ese comprobante es auténtico, como expliqué en el primer cargo, por aplicación de los arts. 47 y 48, C. de Co. y la carta por no haber sido tachado ni redargüida de falsa (arts. 645 y 637, C. J.; 47 y 48, C. de Co. y 1761, 1759 y 1765, C. C.).

"El comprobante de depósito en el Banco Popular, de fecha julio 11 de 1964, por $ 10.879.54 (folio 298 A) y la diligencia de entrega hecha por el Juzgado 5º Laboral (fol. 299), que constatan cómo la empresa demandada, luego de poner término al contrato de trabajo que se inició el 5 de enero de 1961, hecho que ocurrió el 26 de junio de 1964, el 11 de junio del mismo año de 1964, se apresuró a depositar a la orden del actor la suma que honestamente creía deberle por cesantía y demás prestaciones sociales. Son documentos auténticos: art. 632, C. J.

El recibo, firmado por el demandante y no tachado ni redargüido de falso, que obra a folio 300, de fecha julio 4 de 1964, en el que consta que el actor ha "recibido de la Empresa Tejidos Celta, Limitada, la suma de dos mil quinientos cincuenta y ocho pesos con 78/100 ($ 2.558.78) por concepto de las vacaciones legales correspondientes al último año de servicio hasta el día 5 de enero de 1964...".

"De estas pruebas, que consisten en documentos auténticos no apreciados por el Tribunal en su sentencia, surge, con evidencia que el fallo acusado contrarió, que el demandante Jiménez Tello celebró con la empresa demanda (sic) DOS contratos de trabajo: uno, el 2 de junio de 1955, que finalizó por RENUNCIA VOLUNTARIA del trabajador el 27 de diciembre de 1960, habiendo recibido su cesantía el 30 del mismo mes y año en cheque número 482920 por $ 15.027.91, el cual se extravió en poder del actor, siendo reemplazado por cheque de fecha marzo 17 de 1961, por igual suma Y otro contrato, el 5 de enero de 1961, que terminó el 26 de junio de 1964, al ser despedido el trabajador por la Empresa.

"Surge igualmente, con toda evidencia, del recibo de folio 300, no tachado ni redargüido de falso, y del dictamen pericial (fol. 391), que el demandante recibió el pago de todas sus vacaciones, inclusive las correspondientes al último año de servicio, o sea, del 5 de enero de 1963 al 5 de enero de 1964. También del mismo dictamen aparece evidentemente y está corroborado al final del folio 410 y en el 411, que el actor recibió las primas semestrales durante la vigencia de los dos contratos de trabajo que pactó con la Empresa demandada (Ver inspección ocular, en los citados folios).

"El Tribunal no tuvo en cuenta estas probanzas, y por ello concluyó, en forma contraria a la evidencia que surge de ellas, que a 'la terminación de la vinculación contractual laboral la Empresa demandada no cubrió la totalidad de las prestaciones sociales que adeudaba a su antiguo trabajador. En efecto, solo le canceló parcialmente el auxilio de cesantía, no se pagó el auxilio monetario por enfermedad no profesional, ni las vacaciones del último año de servicios. En tales condiciones, se hace acreedor a la sanción de que trata el artículo 65 del C. S. del T.' (fol. 519).

"¿Y cuál es el saldo a favor del trabajador, por concepto de primas de servicio? Según el Tribunal existe un saldo a favor de aquel por la suma de $ 17.85 que, en su opinión, justifica una condena por salarios caídos de $ 159.99 diarios'.

"Ya he demostrado hasta la saciedad que la evidencia procesal dice a gritos cómo hubo dos contratos de trabajo, en épocas diversas, y que la suma de $ 15.027.91 pagada el 30 de diciembre de 1960 al demandante, lo fue por concepto de cesantía causada, al terminar el 27 de diciembre de ese año el contrato de trabajo que se inició el 2 de junio de 1955. Hecho que aparece, una vez más, demostrado con la declaración de renta de la Empresa demandada, correspondiente al año gravable de 1960, en cuyo anexo de cesantías causadas, pagadas y consolidadas el 31 de diciembre de 1960, aparece la suma de $ 15.027.91, correspondiente al señor Jaime Jiménez Tello (fol. 411 fine). Este documento, inspeccionado a petición del demandante, hace fe en su contra, conforme al artículo 48 del C. de Co., tantas veces citado. Pese a ser auténtico, tampoco fue considerado por el sentenciador, errando así contraevidencia.

"Este error, llevó a su vez al sentenciador a efectuar una liquidación de vacaciones notoriamente errada, pues al partir de la base —contradicha por la evidencia que surge de los documentos auténticos que he analizado en detalle— de que solo hubo un contrato de trabajo, que se inició el 2 de junio de 1955 y terminó el 26 de junio de 1964, concluyó que el último período presuncional vencía el 1º de diciembre de 1964 (fol. 516). Y con este fundamento ostensiblemente equivocado efectuó la reliquidación de las prestaciones sociales a favor del demandante, con la secuela de que declaró no haber sido pagadas las vacaciones correspondientes al último año de labores, contrariando la evidencia que surge de los documentos auténticos que he determinado y que el sentenciador no apreció.

"Corrobora esta evidencia procesal la diligencia de inspección ocular a folios 408 y 409, en la que aparece cómo constató el Juzgado el pago de la cesantía correspondiente a la terminación del contrato celebrado el 2 de junio de 1955, hecho que ocurrió el 30

de diciembre de 1960, por RENUNCIA VOLUNTARIA del trabajador el 27 de ese mismo mes y año, y el pago de las vacaciones a que tenía derecho el trabajador, en vigencia tanto del primero como del segundo contrato de trabajo. Y en lo que respecta a éste, se deja constancia en la inspección ocular de que se agregan a la diligencia los recibos firmados por el actor en que confiesa haber recibido las vacaciones correspondientes a los siguientes períodos: Enero 5 de 1961 a enero 5 de 1962 (fol. 418); enero 5 de 1962 a enero 5 de 1963 (fol. 420). En tanto que a folio 300, ya lo dije, obra el recibo firmado por el demandante que comprueba el pago de las vacaciones correspondientes al período de enero 5 de 1963 a enero 5 de 1964.

"Estos recibos, que como las demás piezas que he relacionado, obraron de autos sin haber sido tachados ni redargüidos de falsos, están firmados por el actor y son auténticos al tenor de los arts. 645 y 637, C. J. y 47, 48, C. de Co., 1761, 1759, inc. 2º y 1765, C. C. Pese a lo cual no fueron estimados por el Tribunal, omisión que, sumada a las anteriores, lo llevó a concluir en el fallo acusado que la Empresa solo canceló parcialmente el auxilio de cesantía y no pagó las vacaciones correspondientes al último año de servicios, no obstante que LA EVIDENCIA que de esos documentos surge dice que la sociedad demandada pagó el 30 de diciembre de 1960 la cesantía correspondiente al contrato de trabajo que terminó el 27 de esos mes y año y las vacaciones tanto durante la vigencia de ese contrato como del que se inició el 5 de enero de 1961 y terminó el 26 de junio de 1964.

"Finalmente, a folios 298-A y 299 obran el comprobante de depósito en el Banco Popular, de fecha julio 11 de 1964, por $ 10.879.54 y la diligencia de entrega de esa suma al demandante. Acreditan esos documentos, auténticos por provenir de una actuación judicial producida en copia por el Juzgado 5º Laboral de Bogotá, que la Empresa demandada, apenas quince (15) días después de terminado en (sic) contrato de trabajo que se inició el 5 de enero de 1961 y ante le (sic) renuencia del trabajador a recibir lo que la Empresa consideraba honestamente deberle por cesantía y prestaciones sociales, procedió a consignar judicialmente esa suma en cumplimiento de lo preceptuado por el inciso 2º del art. 65 del C. S. del T., por lo cual es INAPLICABLE en el presente caso la sanción por mora que establece el inciso 1º del mismo texto.

"No apreció tampoco el Tribunal esos documentos de folios 298-A y 299 y, contrariando la evidencia que de ellos y de los demás anteriormente analizados surge, concluyó en forma ostensiblemente equivocada que la Empresa, a la terminación del contrato de trabajo, no cubrió o consignó como lo previene el citado art. 65, C. S. del T., lo que honestamente creyó deberle al trabajador, por los indicados conceptos, procediendo aplicar la sanción que el inciso 1º de esa norma estatuye.

"Solo el ERROR EVIDENTE DE HECHO en que incurrió el sentenciador al no apreciar los documentos tantas veces aludidos y examinados, y afirmar ausencia de buena fe en la Empresa, lo llevó a APLICAR INDEBIDAMENTE el art. 65 en referencia, porque en tanto que de los mismos documentos surge en forma notoria que la sociedad demandada ha creído y sigue creyendo de buena fe que existieron DOS contratos de trabajo y no uno, es igualmente evidente la mala fe, la ostensible malicia con que procedió el trabajador, al renunciar el 27 de diciembre de 1960, cobrar su cesantía y pedir se le admitiera de nuevo al trabajo el 5 de enero de 1961, firmando varios contratos y documentos en que hacía constar este hecho, para a la postre afirmar cínicamente que había tendido un lazo a la sociedad Tejidos Celta, Limitada, la que DE BUENA FE estaba procediendo. En efecto, a folio 426, el demandante dice: 'para la firma de estos recibos fue firmado por mí en virtud de un convenio en que la empresa me prometía hacer la liquidación parcial de cesantía que yo venía solicitando muchas veces por necestiarlo (sic) el dinero para mejoramiento de vivienda por el cual estaba insistiendo permanentemente a lo cual ellos no habían querido acceder'.

Esta confesión del actor no fue apreciada por el sentenciador. De ella surge con toda evidencia, al tenor del art. 606 del C. J., que el demandante, para hacerse a dinero, urdió la trama de su renuncia y posterior contratación de nuevo, al percatarse de que la Empresa no accedía a efectuar una liquidación parcial de cesantía contraria al art. 254, C. S. del T. En esta forma sorprendió y sigue aún sorprendiendo la buena fe del patrono. Pero el Tribunal, merced al error contraevidencia en que incurrió, resolvió favorecer una vez más al trabajador de mala fe y condenar a la Empresa benévola y de buena fe al pago de salarios caídos, quebrantando al hacerlo el art. 65 del C. S. del T., por indebida aplicación al caso del pleito.

"Antes de citar la jurisprudencia constante de la propia Corte sobre esta materia, creo de mi deber insistir en que la aplicación del art. 65 en cita no debe hacerse en forma mecánica, sin tener en cuenta la conducta del trabajador y el proceder de la empresa, porque se desvirtuaría su finalidad social y su contenido de justicia se convertiría en una forma de premiar la conducta artera de quienes, como el demandante Jiménez, para hacerse en forma ilícita a dineros que venía reclamando, presentan renuncia y luego obtienen nuevo contrato, para demandar el doble pago de una cesantía que la empresa honestamente les liquidó.

"Igualmente, insisto en que el hecho de que el entonces apoderado de la sociedad demandada no hubiera apelado de la sentencia de primera instancia en nada obsta a la prosperidad del cargo, porque el Juez a-quo, luego de analizar la evidencia procesal, concluyó en la buena fe de la sociedad demandada y la absolvió de la indemnización moratoria. Y es esta determinación la que he pedido se confirme, una vez casada la sentencia recurrida, en la parte que condena al pago de salarios caídos.

"Para confirmar el cargo por INDEBIDA APLICACION del art. 65, C. S. del T. he aquí la jurisprudencia constante sobre esa norma:

" 'La sanción por salarios caídos no se causa cuando en el juicio, fundamentalmente y de buena fe, se discute la existencia misma de la relación laboral por parte del demandado' (Sent., junio 3 de 1958, 'G. J.', LXXXVIII, 310). Esta doctrina de que el art. 65, C. S. del T. 'solo puede aplicarse en aquellos casos en que no presenten duda, mas no en los que se controvierta la existencia de la obligación, por haber incertidumbre de buena fe del patrón acerca de ella", pues este concepto de sanción' es incompatible con la noción de buena fe, de modo que si el patrón niega la existencia del derecho sin malicia, es decir, obra de buena fe, mal puede sancionársele si su conducta aparece clara al respecto', ha sido consagrada, además, en los siguientes fallos: marzo 6|54, 'D. del Tr.', vol. XIX, nums. 112-114, p. 208; abril 2|54, ibídem, p. 212; junio 1º|54, ibídem, vol. XX, nums. 115-117, p. 27; 19 julio|54, ibídem, p. 80; octubre 3|54, ibídem t. VII, p. 364; 17 febrero 1955, ib. vol. XXI, nums. 124-126, p. 239; junio 30|55, ib. vol. XXII, nums. 127-129, p. 58; julio 21|55, ib. p. 65; octubre 8-55, in. vol. XXIII, nums. 133-135, p. 59; marzo 24|56, ib. vol. XXIII, p. 179; 12 y 14 junio 1956 vol. XXIV, ps. 99 y 227. nums. 139-41 y 142-44, entre otros.

"En el caso de autos es EVIDENTE y así surge de los documentos auténticos que he analizado y el Tribunal no apreció, la BUENA FE, la AUSENCIA DE MALICIA de la empresa demandada al efectuar el pago de la cesantía correspondiente al contrato que existió entre el 2 de junio de 1955 y el 27 de diciembre de 1960, pues no solo en parte alguna aparece el beneficio que a la demandada pudiera depararle el efectuar este pago con quebranto del art. 254 del C. S. del T., sino que, por el contrario, es ostensible y surge de la propia confesión del demandante, que era éste el beneficiado con dicho pago y que para obtenerlo acudió a la treta de presentar renuncia de su empleo el 27 de diciembre de 1960 y pedir y obtener nueva contratación en enero 5 del año siguiente. Sin que para sus torcidas intenciones se detuviera ante la alteración de un documento, como el de folio 20.

"Así, pues, la empresa de buena fe ha creído en la existencia de DOS CONTRATOS de trabajo y no de uno solo. El caso es más que discutible, por lo cual esa jurisprudencia constante que he citado tiene plena aplicación en el proceso y sirve de sustento al cargo por aplicación indebida del art. 65 en referencia. Por lo dicho, ni aun en el caso de que se mantengan las condenas hechas por la sentencia de primera instancia, más aún, inclusive en el caso de que se dejen intocadas las condenas del fallo acusado en cuanto a cesantía y vacaciones. No procede aplicar la sanción moratoria del art. 65 en cita, en atención a la buena fe de la empresa.

"De otra parte, ese precepto no es aplicable al caso de condena al pago de vacaciones e indemnizaciones indebidas a la terminación del contrato (sent. 19 junio 1956, 'D. del T.', vol. XXIX, nums. 142-144, p. 201; junio 11-59, 'G. J.', XC, p. 877).

"Finalmente, la jurisprudencia constante ha dicho que si 'el patrono deposita ante el juez del trabajo o, en su defecto, ante la primera autoridad política del lugar, la suma que confiesa deber, cumple con sus obligaciones mientras la justicia decide la controversia'. En el caso de autos obra a folios 298-A y 299 la prueba de que la empresa demandada depositó, dentro de los 15 días siguientes a la terminación de lo que ha considerado el segundo contrato de trabajo, una suma respetable que, en su honrada convicción, era lo que debía al trabajador y éste la recibió, dejando constancia de su desacuerdo con aquella. Nada ha dicho el sentenciador sobre este hecho acreditado con los documentos auténticos que obran a los citados folios del proceso, incurriendo al hacerlo en el ya observado error notorio de hecho consistente en afirmar que de parte de la sociedad demandada hubo fraude a la ley y no cubrió a la terminación de la relación laboral la totalidad de las prestaciones debidas al trabajador, sin que obrara prueba alguna en contrario, en el proceso, que sirviera de fundamento a la apreciación del juez a-quo en el sentido de que, de buena fe, la sociedad demandada obró en virtud de un sentimiento de ayuda a su trabajador y ante la expresa solicitud de éste, porque ya hemos visto en forma reiterada cómo la evidencia procesal que surge de todas las probanzas que he venido detenidamente analizando dice lo contrario, por lo cual no cabían los salarios caídos.

"De todo lo cual surge el quebranto, por APLICACION INDEBIDA al caso del pleito, del art. 65, C. S. del T., como secuela del relatado ERROR EVIDENTE DE HECHO en que incurrió el sentenciador, al condenar a la demandada a la suma diaria de $ 199.99, por salarios caídos".

Se estudia el cargo

En este cargo el censor plantea nuevamente su tesis de la existencia de dos relaciones laborales distintas, separada la una de la otra, lo cual en su sentir justifica el pago de prestaciones que hizo la Empresa al demandante de $ 15.027.91 y dirige la crítica principalmente hacia el hecho de que el fallador de segundo grado, no obstante las pruebas aducidas a los autos, no apreció la buena fe de la parte demandada con cuya estimación desde luego no hubiera condenado a la indemnización moratoria.

Puntualiza por ello que, la parte demandada, además de aquella liquidación de cesantía, antecitada, depositó en el Banco Popular en julio 11 de 1964 la cantidad de $ 10.879.54, luego de poner término al contrato de trabajo; que también pagó vacaciones al actor en cantidad de $ 2.558.78 correspondientes al último año de servicio.

El planteamiento del cargo por tanto contempla dos aspectos que es menester diferenciar; la falta de apreciación de las pruebas relacionadas por la censura y la estimación de la buena fe patronal.

El ad-quem sí apreció las pruebas a que alude el casacionista, mas de su examen concluyó que, no siendo aceptable la liquidación y pago de la cesantía parcial, amén de las otras consideraciones contempladas en la parte motiva de su providencia, de las cuales se ha dado cuenta en el análisis del

punto anterior, debía deducirse a cargo del demandado el pago de la indemnización moratoria a que condenó.

Es evidente por este último aspecto de la cuestión que, el Tribunal al proceder a la revocatoria de la consideración del a-quo sobre salarios caídos, no tocó específicamente el tópico de la buena fe patronal, que la jurisprudencia de la Corte ha considerado como exonerativa de la sanción del art. 65 del C. S. T.

En el caso sub judice, la Empresa consignó en sus oportunidades aquellas cantidades de dinero, a favor del señor Jiménez con las cuales consideró que cubría sus obligaciones prestacionales para con éste. Y es más, el propio demandante, al señalar en la primera audiencia de trámite de la segunda instancia, el alcance de la alzada, no recurrió contra aquella liquidación parcial de cesantía de $ 15.027.91 reclamada por el demandante en su ocasión para cubrir algunas necesidades urgentes y pagada por la Empresa, al margen de las disposiciones legales sobre la materia, sino que aceptó la interpretación hecha al respecto por el a-quo, cuya confirmatoria impetró, en aquel acto, acontecimiento este que será analizado luego en forma más concreta.

Al folio 12 del expediente aparece una carta, presentada por la parte actora, en la que consta que, la empresa demandada se dirige al señor Jiménez respondiendo a su solicitud de cesantía parcial para cubrir algunos compromisos. En tal misiva la Empresa aceptó la proposición del empleado, le da el dato de lo que le puede corresponder a la fecha de la nota marzo 16 de 1959, y lo autoriza para iniciar las gestiones ante la Oficina del Trabajo.

En diciembre de 1960 renuncia el señor Jiménez y se hace cubrir la cantidad de $ 15.027.91 por concepto de cesantía, la cual le es pagada con un cheque a su favor de 30 de diciembre de 1960, se incorpora nuevamente a la firma demandada en enero de 1961, y en 17 de marzo de ese mismo año, escribe una nota a la Empresa, diciendo que como lo había anunciado antes, el cheque que le fue expedido en diciembre por los $ 15.027.91 se le extravió y no pudo hallarlo por lo que solicita se le expida otro; y la Empresa, con extraordinaria bonhomía repite el cheque por los $ 15.027.91, en la misma fecha del reclamo según el comprobante de contabilidad de que se da razón en la inspección ocular, comprobante ese que lleva el número 218 de 17 de marzo de 1961. Es decir que, la Empresa cubre esa cantidad por cesantía no obstante la sanción en que podía incurrir.

La Empresa pagó también al señor Jiménez cesantía parcial para que este pudiera cumplir con el Instituto de Crédito Territorial unos vencimientos, como consta de folios 307 a 319, por la cantidad de $ 7.031.90, por cuotas, del 19 de julio de 1963 al 3 de noviembre de 1964.

Y, por otra parte, al declarar cesante al señor Jiménez, la compañía demandada (folio 10 del expediente) el 26 de junio de 1964 dice al mencionado señor, textualmente: "Sírvase pasar por nuestras oficinas para liquidarle y pagarle todas sus prestaciones sociales y los ocho días faltantes para completar el plazo presuntivo".

Y luego se vio precisada a consignar en el Banco Popular la cantidad de $ 10.879.54 por prestaciones sociales para Jaime Jiménez, en 11 de julio de 1964.

Aquella manifestación hecha por escrito al trabajador y la citación para pasar por las oficinas para cubrirle sus prestaciones, acusa la buena fe y sana intención de la empresa demandada, corroborada con la consignación posterior, en que depositó lo que consideró que debía al empleado según su entendimiento del contrato laboral que con él tenía.

Sobre este tema de la buena fe ha dicho la Corte:

"La disposición (art. 65) solo puede aplicarse en aquellos casos que no presentan duda, mas no en los que se controvierta la existencia de la obligación, por haber incertidumbre de buena fe del patrón acerca de ella.

"Este concepto de sanción que el precepto consagra es incompatible con la noción de buena fe, de modo que si el patrón niega la existencia del derecho sin malicia, es decir, obra de buena fe, mal puede sancionársele si su conducta no aparece clara al respecto". (Sent. 3 octubre de 1951, otra de 14 de junio de 1956 y otras).

De las actuaciones de la empresa demandada, a través del proceso, sí se deduce la buena voluntad y buena fe, y no puede por tanto considerársele ubicada en el caso contrario, para hacerla responsable de indemnización moratoria.

Por esta razón el cargo prospera.

Tercer cargo

Dice el recurrente:

"Acuso el fallo recurrido por la primera de las causales de que trata el art. 60 del Decreto 528 de 1964, violación por interpretación errónea del artículo 65, en armonía con el 254 del C. S. del Trabajo".

"La jurisprudencia constante que he citado en el cargo anterior y que no repito en gracia de brevedad, así como la que he omitido pero que es suficientemente conocida de la H. Sala, dice lo que a continuación resumo, fijando así la correcta interpretación de los arts. 65 y 254 del Código Sustantivo del Trabajo:

"Cuando los derechos que alega el trabajador son discutibles y, por tanto, el patrono ha podido de buena fe dudar de su existencia, no cabe la sanción a salarios caídos de que trata el art. 65 del C. S. del Tr.

"El patrono cumple con la obligación que le impone el inciso 2º del citado precepto, cuando consigna en un juzgado del Trabajo lo que de buena fe cree deber al trabajador, si no se trata de una suma irrisoria, y, por el contrario, guarda proporción con lo que la justicia dice ser lo realmente debido.

"De otra parte, la sanción que impone el art. 254 del Trabajo al patrono que efectúa pagos parciales de cesantía sin el lleno de los requisitos que la misma ley establece, se basa en un principio de ayuda al trabajador, para protegerlo, mas no para amparar su mala fe. Por lo cual, si el trabajador, valiéndose de argucias sorprende la buena fe del patrono y obtiene un pago de cesantía, al liquidar el contrato de trabajo existente, no puede considerarse tal pago hecho en fraude a la ley, como lo sostiene el Tribunal en el caso de autos.

"La sentencia recurrida, abstracción hecha del problema que surge de la evidencia procesal, interpreta en forma errónea el art. 65 del C. S. del T. en el sentido de que ni aún en el caso de que aparezca que el patrono hubiera creído con razones valederas en la existencia de dos contratos de trabajo, en vez de uno, y con base en tal creencia y en atención al engaño de que le hizo objeto el trabajador al renunciar, obtener la liquidación de sus prestaciones y luego pedir se le contratara de nuevo, hiciera el pago del auxilio de cesantía correspondiente al contrato de trabajo que cree terminado, debe abstenerse de hacer la condena a salarios caídos. Esto es, entiende la norma en cita de manera mecánica y contraria a su espíritu y finalidad social.

"De otra parte, interpreta el art. 254 del C. S. del T. en el sentido de que tal norma constituye una sanción que, como la anterior, debe aplicarse rígidamente, sin atender a la conducta de las partes, resultando así un premio al trabajador que, como en el caso de autos, para obtener un dinero que necesita, se vale de la treta de firmar diversos contratos de trabajo y un sinnúmero de documentos de los cuales aparece que presenta renuncia de su empleo, pide y obtiene la liquidación de sus prestaciones (entre ellas la cesantía), firma nuevo contrato de trabajo y luego demanda por un contrato único, prevaliéndose del argumento de que durante las vacaciones no puede el trabajador renunciar y el patrono aceptarle esa renuncia. Sin perjuicio de hacer uso de un documento alterado, como es el de folio 20, para hacer creer en la exis-

tencia de ese contrato único de trabajo. Esto es, que procede con toda ausencia de buena fe.

"Esas tesis, consagradas por el Tribunal, constituyen una interpretación errónea de los textos citados, que lo llevó a condenar en la sentencia a la empresa demandada a pagar nuevamente la suma de $ 15.027.91 que ya había pagado al trabajador demandante al liquidarle sus prestaciones en diciembre de 1960 y a pagarle los salarios caídos en cuantía de $ 199.99 diarios, como aparece del fallo acusado.

"La aplicación que el sentenciador hizo de los textos legales en examen, al interpretarlos erróneamente, es violatoria de ellos. De allí que deba prosperar la solicitud de casación que he formulado en cuanto a los numerales 1º y 2º del fallo acusado".

Se estudia el cargo

En las argumentaciones sustentatorias del cargo, enfoca el impugnante la censura hacia el error en la interpretación de los textos de los arts. 65 y 254 del C. S. T., el primero, con relación a la indemnización moratoria, que no es menester tratar en el análisis de este cargo, por haber sido resuelto ya en el anterior por otro concepto. Y el segundo, relacionado con la sanción establecida por esa norma, para quienes efectúan liquidaciones parciales de cesantía y pago de las mismas, sin las formalidades establecidas para los casos expresamente autorizados.

El Tribunal no aceptó esa liquidación y pago de los $ 15.027.91 recibidos por el señor Jiménez, mediante pedimento de éste a la Empresa, y apartándose del criterio del fallador de primer grado, condenó a la parte demandada a la pérdida de esa suma de dinero, aplicando el art. 254 rigurosamente.

No se trata pues propiamente de interpretación errónea alguna en la aplicación por el ad-quem, de esa norma, el acontecimiento sobre el particular es muy otro.

Se anotó antes ya, cómo el único recurrente del fallo de primer grado que lo fue el demandante, en la primera audiencia de trámite ante el Tribunal, fijó exactamente el alcance de la alzada, lo que vale decir que señaló la competencia del ad-quem, únicamente para revisar lo relacionado con la indemnización moratoria, y haciendo hincapié en que pedía la confirmatoria del fallo recurrido en todo lo demás.

Efectivamente el apoderado de la parte actora textualmente dijo en aquella oportunidad:

"Atentamente solicito a la Honorable Sala que se sirva modificar la Sentencia apelada en el sentido de condenar a la Sociedad demandada al pago de la Indemnización Moratoria y en lo demás pido respetuosamente al Honorable Tribunal se confirme, por cuanto las condenas y sus fundamentos se ajustan a derecho y a la realidad procesal".

En estas objetivas condiciones, el Tribunal no tenía por qué revisar otra cosa distinta que aquella sometida a su competencia por el recurrente; no le competía pues abarcar en el examen del fallo recurrido puntos distintos de aquellos contra los cuales se pronunció la inconformidad del recurrente de primera instancia. Se excedió pues el Tribunal en lo de su resorte, pero este aspecto sui géneris no fue tratado en la censura.

No apareciendo pues error en la interpretación de la aludida norma sustancial el cargo no prospera.

Cuarto cargo

En este cargo se expresa así el demandante en casación:

"Acuso la sentencia recurrida por la primera de las causales de que trata el art. 60 del Decreto 528 de 1964, violación directa del art. 65 del C. S. T.".

"He dicho que a folios 298-A y 299 obra la prueba de que la empresa demandada depositó el 11 de julio de 1964, la suma de

$ 10.879.54 a la orden del trabajador en el Juzgado 5º Laboral de Bogotá, por concepto de lo que consideró deber al demandante.

"En la hipótesis de que el Tribunal hubiera apreciado correctamente estos documentos y no existiera el error evidente de hecho que he creído demostrar en los cargos primero y segundo, aparece nítida la rebeldía del sentenciador de segunda instancia contra el texto y el espíritu del art. 65 del C. S. del T., al condenar a la demandada a salarios caídos en la suma de $ 199.99 diarios, desde el 26 de junio de 1964 hasta que se verifique el pago de las sumas a que la empresa fue condenada, porque el inciso 2º del citado artículo dice: 'Si no hay acuerdo respecto del monto de la deuda, o si el trabajador se niega a recibir, el patrono cumple con sus obligaciones consignando ante el juez del trabajo, y en su defecto, ante la primera autoridad política del lugar, la suma que confiese deber, mientras la justicia del trabajo decide la controversia'."

Se examina el cargo

En este último cargo, ataca el casacionista la sentencia materia del recurso, por la vía directa señalando como violado el art. 65 del C. S. T., y persigue por ello la quiebra del fallo recurrido en cuanto a la indemnización moratoria, mas como este tópico ya fue resuelto favorablemente al censor, por otras consideraciones en cargo anterior, no es menester adentrar en el estudio por el ángulo propuesto ahora.

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 CASA PARCIALMENTE la sentencia de fecha treinta de junio de mil novecientos setenta, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este juicio, en cuanto condenó al pago de indemnización moratoria, y constituída en tribunal de instancia, con fundamento en las mismas argumentaciones expuestas en el cuerpo de esta providencia, CONFIRMA, el numeral SEGUNDO de la sentencia de fecha veintinueve de abril de mil novecientos setenta, pronunciada por el Juzgado Segundo Laboral de este Circuito, en este mismo litigio, en cuanto absuelve por esa indemnización moratoria a la parte demandada.

No la casa en lo demás.

Sin costas en el recurso.

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

José Enrique Arboleda V., Miguel Angel García B., José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía O., Secretario.

TECNICA.

(Casación).

El recurrente no señala cuál fue el error en relación con el contenido de la norma. Se limita a afirmar que el ad-quem la interpretó erróneamente, sin que diga en qué consistió el criterio equivocado para que así la Corte pueda confrontarlo con la interpretación aceptada y corregir el error interpretativo del Tribunal Superior, en caso de que en él hubiese incurrido.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., quince de febrero de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.).

(Acta número 6).

Rafael Gandolfo, mayor y vecino de Cúcuta por medio de apoderado formuló demanda ordinaria laboral contra el Instituto de Crédito Territorial (I. C. T.), entidad descentralizada del orden nacional, para que se le condene a pagarle el valor del reajuste de cesantía como extrabajador de dicha entidad, en la cuantía que resultare y que estima tentativamente en $ 2.400.00, y la indemnización de que trata el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, parágrafo 2º, o sean los salarios a razón de $ 4.445.00 mensuales desde 90 días después de su retiro y hasta cuando el pago total de prestaciones e indemnizaciones se efectúe.

Según los hechos de la demanda, el doctor Rafael Gandolfo prestó servicios al Instituto de Crédito Territorial, vinculado por un contrato de trabajo, desde el día 30 de noviembre de 1960 al 29 de enero de 1967, fecha en que terminó el vínculo contractual por decisión unilateral del patrono; en el momento del retiro devengaba $ 3.810.00 mensuales, mas primas y bonificaciones equivalentes a dos sueldos, lo que da un salario total de $ 4.445.00 mensuales; la entidad demandada, por intermedio de la Caja Nacional de Previsión Social, liquidó en forma extemporánea y mutilada el auxilio de cesantía", negándose a tomar en cuenta los factores que constituyen salario; en diversas oportunidades Gandolfo reclamó su derecho y para agotar el trámite gubernativo se dirigió por escrito al Instituto de Crédito Territorial el 27 de septiembre de 1968, entidad que ordenó liquidar correctamente la cesantía, entendiéndose que consignó el valor de la misma en un Juzgado Laboral, demostrando la falta de pago.

Como fundamentos de Derecho invocó los Decretos 2127 de 1945, 1160 de 1947 y 797 de 1948 (sic).

El Instituto de Crédito Territorial al contestar la demanda manifestó, como fundamento principal de su defensa que "Por Resolución número J-210 de septiembre 14 de 1967 la Caja Nacional de Previsión Social Seccional Norte de Santander liquidó la Cesantía Definitiva del demandante, quien con anterioridad había recibido pagos parciales de esta misma prestación. Ninguna de las Resoluciones fueron objetadas o recurridas por el demandante, vale decir, no hubo desacuerdo respecto al monto de la deuda, por lo cual el patrono no tuvo opor-

tunidad de consignar ante la autoridad competente la cuantía que hubiera creído deber. El demandante no solamente estuvo de acuerdo respecto al monto de la deuda, sino que la aceptó sin reparo alguno, y fue así como con la aceptación de la Caja endosó la Resolución de liquidación definitiva al Instituto, entidad que pagó directamente la cesantía definitiva el 29 de septiembre de 1967, dándose así cumplimiento a disposiciones convencionales vigentes" (fol. 14), y que el demandante únicamente reclamó contra la liquidación el 27 de septiembre de 1968.

Propuso como excepciones la de ilegitimidad sustantiva en la demandada y la de pago.

Cumplido el trámite de la primera instancia, el Juez del conocimiento, que lo fue el Primero Laboral de Cúcuta, dictó sentencia por medio de la cual condenó al Instituto de Crédito Territorial, Seccional Cúcuta, a pagar a su extrabajador, doctor Rafael Gandolfo Sosa, la suma de sesenta y seis mil ciento doce pesos con 74/100 ($ 66.112.74), según lo dispuesto en el parágrafo 2º del artículo 1º del Decreto 797 de 1949; lo absolvió de los demás cargos de la demanda y declaró no probadas las excepciones perentorias planteadas por la parte demandada, salvo lo referente a lo de pago en cuanto se relaciona con el valor de la cesantía. No hizo condena en costas.

Apeló el apoderado del Instituto de Crédito Territorial. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, Sala de Decisión Laboral, al decidir la alzada confirmó en todas sus partes la sentencia apelada. Tampoco hizo condena en costas.

Recurrió en casación el apoderado del Instituto de Crédito Territorial. Concedido por el Tribunal Superior y admitido por esta Sala de Casación Laboral, el recurso se decidirá previo el estudio de la demanda de casación presentada oportunamente.

Alcance de la impugnación

Se formula así: "Solicito de la H. Corte Suprema de Justicia la infirmación de la parte condenatoria del fallo proferido por el Tribunal del Circuito (sic) Judicial de Cúcuta Sala Laboral y en su lugar se disponga que el Instituto de Crédito Territorial no está obligado al pago de la sanción moratoria a que se refiere el numeral primero de la sentencia de agosto 11 de 1970 que confirma el fallo de la instancia".

Entiende la Sala que el recurrente pretende que una vez casada la sentencia del Tribunal Superior en cuanto confirma la condena del inferior por indemnización moratoria, se revoque esta decisión del a-quo y se absuelva al demandado de la indemnización por mora.

En el único cargo que formula, el impugnador transcribe el siguiente párrafo de las consideraciones del ad-quem: "Así las cosas y después de conocer lo afirmado por la Entidad para la cual prestó sus servicios, se concluye que nuestra jurisdicción es competente para conocer del caso de autos, ya que Rafael Gandolfo Sosa se encontraba vinculado al Instituto de Crédito Territorial mediante un contrato de trabajo cuando se retiró y en consecuencia, de acuerdo con dicho Reglamento del Trabajo que atrás se transcribió, lo amparaban las normas consagradas en la Ley de 1945, su Decreto número 2127 del mismo año, las leyes 64 y 65 de 1946 así como el Decreto 757 de 1949", y dice que el fallador realizó "una errada interpretación de la proposición jurídica consagrada en el parágrafo segundo del Decreto 797 de 1949". Agrega que: "la errónea interpretación de la Ley Sustantiva, tal como lo afirman los expertos en casación, proviene del equivocado concepto que se tenga de su contenido. No se trata de resolver una cuestión de existencia o subsistencia o determinación del alcance de la norma sino lo que es muy distinto, pues se trata de un error acerca del contenido de la proposición jurídica.

"Tanto el Juez o Magistrado dentro de sus funciones tiene que decidir, casi siempre, sobre el pensamiento de la norma con el objeto de darle una aplicación correcta sin desviaciones ni errores.

"La H. Corte Suprema de Justicia, como máximo tribunal, tiene a su cargo la de corregir el defecto o el exceso cometido de

la interpretación de la proposición jurídica que hacen de ella los Tribunales. El error en la interpretación de la norma afecta profundamente la lógica jurídica que es la ciencia que estudia la estructura del pensamiento jurídico.

"Volviendo al caso concreto, al fallo censurado, el Tribunal ha dado a la norma una interpretación descriptiva al confirmar la sentencia de primera instancia que ordena reconocer a la parte demandante, por sanción moratoria, la suma de sesenta y seis mil ciento doce pesos con 74 centavos ($ 66.112.74), según lo dispuesto en el parágrafo segundo del artículo primero del Decreto 797 de 1949".

"El parágrafo segundo, como puede observarse, quedó desconectado del contexto general para señalarle el alcance que no tiene. Me refiero concretamente al art. 1º del Decreto 797 de 1949".

Por último, dice que "El Tribunal violó directamente dicho precepto legal debido a su errada interpretación. Esta interpretación errada lo condujo a una aplicación indebida a una situación jurídica no gobernada por dicho precepto, ya que dicha situación se rige por el ordinal a) del art. 17 y 18 de la Ley 6ª de 1945, cuyo texto legal de este último es el siguiente: " 'Artículo 18. El Gobierno procederá a organizar la Caja Nacional de Previsión Social de los empleados y obreros, a cuyo cargo estará el reconocimiento y pago de las prestaciones a que se refiere el artículo anterior. Igualmente, en concordancia con lo anterior, está situación se haya gobernada por el art. 1º del Decreto 1600 de 1945", que también transcribe.

De lo anterior se desprende que se acusa la sentencia del Tribunal Superior por interpretación errónea del artículo 1º del Decreto 797 de 1949 y la consecuencial, violación del ordinal a) del artículo 17 de la Ley 6ª de 1945, del artículo 18 de la misma ley y del artículo 1º del Decreto número 1600 de 1945.

Se considera

El recurrente no señala cuál fue el error en relación con el contenido de la norma. Se limita a afirmar que el ad-quem la interpretó erróneamente, sin que diga en qué consistió el criterio equivocado para que así la Corte pueda confrontarlo con la interpretación acertada y corregir el error interpretativo del Tribunal Superior, en caso de que en él hubiese incurrido. Del párrafo que transcribe, y en donde en su entender está contenida la interpretación errónea, no se deduce que el ad-quem hubiese inquirido el sentido de la norma. En él se hacen consideraciones sobre la existencia del contrato de trabajo entre las partes y la consecuencial aplicación de algunas disposiciones, entre ellas el Decreto 797 de 1949. Las motivaciones para condenar al Instituto de Crédito Territorial al pago de la indemnización por mora consagrada en el artículo 1º del Decreto 797 de 1949 se encuentran en otros apartes del fallo, a los cuales el impugnador no se refiere, y en donde podría encontrarse la interpretación que el Tribunal dio a la norma acusada.

La omisión del recurrente en señalar la forma en que la sentencia recurrida no consulta el verdadero entendimiento del artículo 1º del Decreto 797 de 1949, es suficiente para que el cargo no prospere. Por otra parte, el impugnador se limitó a acusar como violada esa disposición, contenida en un Decreto Reglamentario, sin que indicara la norma legal que reglamenta, lo que hace que por este aspecto el cargo también debe desestimarse, como lo ha dicho reiteradamente la jurisprudencia.

A pesar de la no prosperidad de la demanda, no se condenará en costas al recurrente, por no haberse causado.

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 Cúcuta.

Sin costas en el recurso.

Publíquese, 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.

CONCURRENCIA DE CONTRATOS

Aunque el contrato de trabajo se presente involucrado, o en concurrencia con otro u otros, no pierde su naturaleza y le son aplicables, por tanto, las normas de este Código.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., febrero diecisiete (17) de mil novecientos setenta y uno (1971).

(Ponente: Doctor Jorge Gaviria Salazar).

(Acta número 8).

Tirso López Magri, por conducto de apoderado, formuló demanda contra la Compañía Mamonal Ltda. con el objeto de obtener condenas a su favor así:

a) Salarios por todo el tiempo de servicio a razón de dos mil pesos ($ 2.000.00) mensuales, o lo que determine un perito, teniendo en consideración para ello el puesto desempeñado, las funciones cumplidas, la escala de salarios de la zona de Mamonal, Cartagena, la importancia patrimonial de la Entidad demandada, etc.;

b) Primas de servicio correspondientes a todos los semestres trabajados y la fracción del último correspondiente al año de 1965;

c) Compensación en dinero de las vacaciones causadas en el tiempo de servicio;

d) La indemnización por despido injusto de que trata el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965;

e) La indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C. S. del T.;

f) El auxilio de cesantía por el tiempo servido y,

g) Costas judiciales incluyendo honorarios profesionales a la tarifa del Colegio de Abogados de Bolívar.

Las anteriores pretensiones las fundamento en los siguientes hechos:

"Primero. Mi poderdante señor Tirso López Magri trabajó sin solución de continuidad desde 1959 y hasta el mes de agosto de 1966, para la sociedad Compañía de Mamonal Limitada en las funciones de asistente del gerente, auxiliar de contaduría, secretario y corresponsal.

"Segundo. El señor Tirso López Magri fue despedido sin causa justificativa y sin indemnización.

Tercero. La sociedad demandada nunca pagó los sueldos correspondientes a los servicios prestados por el señor Tirso López M. ni durante el tiempo en que los prestó, ni al retirarlo. Tampoco le pagó la Empresa Compañía de Mamonal Limitada las primas de servicios que se causaron a favor suyo por el tiempo laborado.

Cuarto. No le fueron compensadas en dinero, al momento del despido, las vacaciones a que tenía derecho conforme al tiempo servido.

Quinto. El señor Tirso López M. no reclamaba los salarios por sus servicios en espera de que fuera la misma Empresa la que tomara la iniciativa, expectativa que mantuvo hasta la fecha del despido. Mientras esto ocurría, el demandante vivía del

sueldo que devengaba en otra Empresa, la International Petroleum (Colombia) Limited.

Sexto. El señor Tirso López Magri fue contratado verbalmente para trabajar para la sociedad Compañía Mamonal Limitada por el Gerente de ésta, quien lo encargó del cumplimiento de las funciones indicadas en el hecho primero, sin convenir la cuantía del salario.

Séptimo. Dados el capital de la Empresa, la importancia de las funciones desempeñadas —contaduría, secretaría, corresponsalía y asistencia de la gerencia—, la escala de salarios que pagan las empresas de la zona de Mamonal (Cartagena) y el valor intrínseco de los servicios prestados, la estimación del sueldo cóngruo a ellos no puede ser inferior a dos mil pesos ($ 2.000.00) mensuales, y en este tope mínimo lo tasa el actor".

El libelo, que correspondió en reparto al Juzgado Primero Municipal del Trabajo de Cartagena, fue contestado oportunamente por apoderado que constituyó la demandada y en él, se negaron todos los hechos de la demanda y se propusieron las excepciones de inexistencia de la obligación "por no existir ningún vínculo laboral entre demandante y demandado"; la falta de derecho para pedir y la de prescripción.

Tramitado el juicio el Juzgado puso fin a la primera instancia por sentencia de 30 de mayo de 1969 mediante la cual absolvió a la demandada de todos los cargos que le habían sido formulados.

En tiempo, el procurador judicial del actor interpuso recurso de apelación contra la decisión del Juzgado y el Tribunal Superior de Cartagena resolvió la alzada mediante providencia de fecha 28 de octubre de 1969, según la cual, revocó la de primer grado y en su lugar condenó a la Compañía Mamonal Limitada a pagar al señor Tirso López Magri la suma de ciento cincuenta y cinco mil novecientos treinta y tres pesos con treinta y seis centavos ($ 155.933.36) correspondientes a prestaciones causadas y no pagadas, a dicho señor de acuerdo con la liquidación que viene hecha. "No impuso costas".

La liquidación a que se refiere la parte resolutiva del fallo es la siguiente:

"Por salarios no pagados $	48.066.67
Por primas de servicio ...	4.000.00
Por vacaciones comp. en dinero	2.000.00
Por cesantía	4.000.00
Por salarios caídos	97.866.76
"Total a cargo de la Cía. demandada ... ...$	155.933.36

El apoderado de la Compañía de Mamonal Ltda., interpuso contra la resolución del Tribunal recurso extraordinario de casación, el cual va a decidirse teniendo para ello en cuenta la demanda con que se sustentó y el escrito de réplica presentado en tiempo.

El recurso

Aspira el acusador a que la sentencia impugnada, se case totalmente y que, la Corte, Sala Laboral, en función de instancia, confirme el fallo de primer grado. Subsidiariamente, a que se reduzcan las condenas por salarios, primas, vacaciones y cesantía y a que se confirme la resolución del a-quo respecto de la indemnización moratoria.

Al efecto, con apoyo en la causal primera de casación laboral (art. 60 del Decreto 528 de 1964), formula cuatro cargos así:

Primer cargo

"Violación directa, por interpretación errónea, de los artículos 22, 23, 25, 26 y 27 del C. S. T. en relación con los artículos 34, 35 y 36 ibídem y como consecuencia de ello, aplicación indebida de los artículos 57, ordinal 4º, 186, 249, 306 y 65 del mismo estatuto".

Dice el recurrente en la demostración de este ataque que, "la base de la presunción

del contrato de trabajo entre el actor y la demandada es, para el sentenciador, el relato que hacen los testigos Alfonso Gómez, Eduardo de Brigard y Euclides Tuirán, en los apartes de sus declaraciones que en el fallo se transcriben" pero que allí apenas se habla de que el actor fue encargado por el Jefe contador de la "International" señor George Barker, de llevar los asientos de la "Mamonal", bajo la dirección del testigo de Brigard, otro alto funcionario de la "International", y de que López ejecutó la labor así encomendada, durante la media hora diaria, aproximadamente, que sus compañeros dedicaban a tomar el almuerzo.

Agrega que, para deducir de esas solas transcripciones, que López fue empleado subalterno de la "Mamonal" se requerió confundir la noción de beneficiario del trabajo ajeno con la de patrono de quien lo ejecuta. Afirma, en seguida, que la demandada se benefició del trabajo del señor López, según los testigos, pero ellos no afirman, "ni el sentenciador se los atribuye", que fuera la Mamonal la que enganchó al actor, o quien le impartía órdenes, o quien recibía su trabajo, o quien lo remuneraba, sino todo lo contrario.

Para el acusador teniendo en cuenta las circunstancias anteriores, no se trata entonces de error de hecho, proveniente de equivocada apreciación de los testimonios que fragmentariamente analizó el Tribunal, sino de equivocado entendimiento de los preceptos sustantivos que definen el contrato de trabajo y la noción de patrono, en relación con las normas sobre contratistas independientes e intermediarios que relievan como el beneficiario de la obra puede ser distinto del verdadero patrono, pues es siempre éste, y no aquel, el titular de la potestad de mando y el responsable inmediato de la remuneración correspondiente.

Más adelante expresa el casacionista que "no menos notorio es el error de interpretación del artículo 25 del Código Laboral que se refiere a la concurrencia del contrato de trabajo con otro distinto y no con otro de trabajo como lo entendió el sentenciador; e igualmente equivocado, por tanto, el sentido que en el fallo se le da al artículo 24 para inferir presuntivamente el contrato de trabajo entre el operario y el beneficiario de la labor".

Finaliza el impugnador indicando cómo a consecuencia de esa errónea interpretación se condenó al beneficiario (Mamonal) que no al patrono (International) por supuestos salarios insolutos, primas de servicio, vacaciones y cesantía, lo mismo que a la indemnización moratoria, con lo cual dice, se incurrió en la aplicación indebida de las disposiciones que consagran los derechos a tales prestaciones y la sanción correspondiente por su no cancelación oportuna.

El opositor a su vez, comienza por hacer un análisis de las declaraciones citadas en el cargo, para concluir que con ellas quedan establecidas el servicio personal de su mandante a la Mamonal, y la subordinación o dependencia continuada de López a aquella, durante años concluyendo que no se ve entonces la interpretación errónea de los artículos del C. S. T. citados por el recurrente. Llama la atención sobre la omisión en que incurrió el acusador al no indicar como violado el artículo 26 ibídem, que según el replicante es el que define el caso, porque un trabajador puede en las mismas circunstancias del demandante en el juicio, ejecutar simultáneamente dos contratos de trabajo que coexistían, uno con la Mamonal y el otro con la International.

La Corte considera

El cargo que se analiza, en su formulación y demostración, contiene dos partes claramente identificables:

La primera se relaciona con la violación de las normas sobre contrato de trabajo, por interpretación errónea, a consecuencia o como conclusión de la crítica del testimonio de los señores Gómez, de Brigard y Tuirán, hecha por el recurrente.

La segunda, esta misma violación, pero ya circunscrita a los artículos 24 y 25 del C. S. T., por la misma vía e igual motivo, e

independientemente de toda cuestión probatoria, ya que se parte de un supuesto de hecho aceptado por el sentenciador y por el atacante: la existencia por varios años de un contrato de trabajo entre la International Petroleum (Colombia) Limited y el demandante en el juicio. Por eso dijo el Tribunal: "Y que Tirso López Magri fue simultáneamente empleado de International Petroleum (Colombia) Limited, es cosa sobradamente probada en el proceso" (Folio 22, cdno. número 3).

Vista así la acusación, forzoso es desestimar la primera parte del cargo, toda vez que el motivo de acusación invocado se presenta por defectuosa inteligencia de la norma substancial, pero a ella llega el impugnador a través de cuestiones de hecho, tales como indicar que la International era el patrono de López y la Mamonal, el beneficiario del trabajo de aquel; que los testigos no dijeron que el actor había sido enganchado por la demandada o que fuera ésta quien le impartiera órdenes, o quien recibía su trabajo, o quien lo remuneraba.

No pudo entonces producirse la interpretación errónea de la ley, por cuanto ésta, solo se presenta, cuando se da a la norma legal, una significación que pugne con su recto sentido, con la independencia de toda cuestión de hecho, tal como lo tiene definido la Jurisprudencia de la Corte.

Cosa distinta sucede con la segunda parte del cargo, en que se acusa violación por interpretación errónea de los artículos 24 y 25 del C. S. T., y consecuencialmente aplicación indebida de los artículos 57 ordinal 4º, 186, 189, 249, 306 y 65 ibídem.

En esta parte de la acusación el recurrente no tiene en cuenta ninguna cuestión fáctica y solo critica el fundamento en derecho de la sentencia su soporte legal, necesario para la aplicación de las normas sobre contrato de trabajo y las consecuenciales a estas o sea las consagratorias de derechos, como pago de salarios no pactados, de vacaciones, de cesantía, de prima de servicios y finalmente de la sanción por mora en el pago de tales derechos.

El Tribunal entendió que en un lapso bastante extenso el señor López Magri había tenido la calidad de trabajador de la International. Este hecho lo acepta el recurrente; sin embargo, el sentenciador encuentra que este contrato de trabajo bien podía concurrir con otro u otros y por eso, aplica al sub-lite el artículo 25 del C. S. T. Es este precisamente, como se dijo antes, el soporte legal del fallo acusado.

El artículo 25 C. S. T., es del siguiente tenor:

"Concurrencia de contratos. Aunque el contrato de trabajo se presente involucrado, o en concurrencia con otro u otros, no pierde su naturaleza y le son aplicables, por tanto, las normas de este Código".

Lo que este artículo expresa como en varias ocasiones lo ha dicho esta Sala de la Corte, es que el contrato de trabajo puede concurrir o estar involucrado con otro de distinta naturaleza. El ejemplo más frecuente de concurrencia es el de contrato de mandato con el de trabajo.

El Tribunal de Cartagena, entonces, se apartó del recto sentido de la norma, al entender que el contrato de trabajo celebrado por López Magri con la International podía concurrir con otro de igual naturaleza celebrado por el mismo López con la Mamonal.

Tan claro es el equivocado concepto que sobre el fenómeno de la concurrencia de un contrato de trabajo con otro de naturaleza distinta, tiene el fallador, que se expresó así:

"Y que Tirso López Magri fue simultáneamente empleado de International Petrolem (Colombia) Limited, es también cosa sobradamente probada en el proceso. Pero es que la existencia de este contrato elimina la posibilidad de que existiera aquella otra convención? No, por cierto. Porque, de acuerdo con el artículo 25 ibídem, aunque el contrato de trabajo se presente involucrado o en concurrencia con otro u otros, no pierde su naturaleza, y le son aplicables, por tanto, las normas del Código".

Este error tan protuberante del sentido y alcance del artículo 25 C. S. T. llevó al Tribunal de Cartagena a cometer otro en la conclusión que sacó respecto a la vinculación que ligó a López con la Mamonal porque confundió el fenómeno de coexistencia con el de concurrencia de contratos de trabajo.

Habiéndose interpretado erróneamente por el ad-quem el artículo 25, C. S. T. y por consiguiente el 24 ibídem, y siendo falsa la conclusión a que llegó, precisamente por la equivocada inteligencia que tuvo del primero, es apenas lógico afirmar que las normas citadas como indebidamente aplicadas, los artículos 57, ordinal 4º, 186, 189, 249, 306 y 65 ibídem, sí lo fueron y entonces la sentencia debe ser casada.

Por el aspecto indicado prospera el cargo.

No es necesario entonces estudiar los tres restantes formulados por el acusador.

Consideraciones de instancia

I. En el presente juicio, las partes, en la demanda y en su contestación, fueron claras en la posición que adoptaron.

a) El demandante afirmó haber trabajado sin solución de continuidad desde 1959 (no indica la fecha exacta) hasta el mes de agosto de 1965 para la sociedad Compañía de Mamonal Limitada, mediante contrato verbal de trabajo en las funciones de asistente de Gerente, auxiliar de contaduría, secretario y corresponsal, sin que se le hubiese pagado salario, ni a su desvinculación, ocasionada por el despido, le cancelaran las prestaciones a que tenía derecho.

Dijo que durante el lapso citado no reclamó salario en espera de que la Mamonal tomara la iniciativa, y que esa expectativa la conservó hasta su despido; igualmente afirmó que durante el tiempo en que fue asistente del Gerente, auxiliar de contaduría, secretario y corresponsal de la entidad demandada, vivía del sueldo que devengaba en otra empresa, la International Petroleum (Colombia) Limited.

b) El demandado negó que hubiera existido contrato verbal de trabajo con el actor, afirmando que nunca tuvo el carácter de empleado de la Compañía, y por esa razón, no estuvo ni estaba esta empresa obligada a pagarle salarios ni prestaciones, y que dependía exclusivamente de la International Petroleum (Colombia) Limited, a quien debía servir en su posición y en la forma que ésta le indicase.

II. Para demostrar sus pretensiones, el demandante solicitó la declaración de varias personas, pero solo se recibieron las de los señores Alfonso Gómez Salcedo, Manuel Eduardo de Brigard y Euclides Tuirán Gómez. También solicitó posiciones al Gerente de la Mamonal, prueba que no se decretó por falta del pliego respectivo y una inspección ocular sobre los libros de la demandada que se llevó a efecto por intermedio de Juez comisionado. También se decretó una pericia para evaluar el salario que ha debido reconocérsele a López.

III. La parte demandada a su turno, presentó el contrato que tenía celebrado el actor con la International, un convenio escrito entre esta y la Mamonal sobre asesoría y prestación de servicios y provocó la confesión de Tirso López, mediante la prueba de posiciones que le pidió.

IV. El examen de las pruebas citadas en los dos apartes anteriores, debe hacerse en forma completa para dar aplicación a los artículos 60 y 61 del C. P. T., normas estas olvidadas tanto por el a-quo como por el adquem, en la sentencia que se casó. La Corte, como Tribunal de instancia debe hacer énfasis sobre las dos disposiciones citadas, pues solo cumpliéndolas los Jueces y Tribunal pueden llegar a proferir decisiones que consulten la justicia, razón de la existencia de unos y otros. No es posible admitir que para llegar a obtener una sentencia de condena o absolutoria las pruebas se mutilen o fragmenten, o no se analicen.

V. Los testimonios a) Del folio 35 a 41 del cuaderno principal, aparece una extensa declaración del testigo Manuel Eduardo de Brigard, en la cual dice:

"A partir del año de 1959, por allá en el mes de diciembre, cuando fue constituída la Compañía Mamonal Ltda. el señor Jefe-Contador en ese entonces, señor George Barker me pidió que en mi calidad de Jefe del señor Tirso López hiciera las revisiones y chequeos que fueran necesarios con todo el movimiento contable que se presentara para la Compañía Mamonal Ltda. Estas designaciones —agrega— empezaron como dije anteriormente en el mes de diciembre de 1959 y terminaron aproximadamente en el mes de mayo de 1962 cuando fui asignado temporalmente a otras funciones".

Al explicar cuáles eran las funciones de López, expuso:

"Al señor López se le asignó llevar el movimiento total contable de la Compañía Mamonal Ltda., es decir, verificación de pago, preparación de asientos de diario contable, registro de ventas, preparación de facturas a cobrar, etc., los cuales se hacían a medida que se iban presentando y todos los fines de mes se recopilaban en una carpeta la cual contenía todos los papeles de fuentes del mes en que se actuaba. Estos papeles una vez terminados y recopilados eran pasados a mí para hacerles la revisión, ponerles el visto bueno y pasarlos al Jefe-Contador para su aprobación final". En la siguiente respuesta y al ser preguntado a qué horas cumplía el señor López tales funciones, dijo:

"Generalmente estas funciones eran desempeñadas durante el período de descanso, a la hora de almuerzo, es decir, entre 12 menos cuarto y 12.30 aproximadamente; además; expone, para los cierres contables de fin de mes el señor López debía terminar su trabajo después de las horas laborales, es decir, de 4 de la tarde en adelante, trabajando el sobre tiempo que fuera necesario para terminar su labor dentro del período que le había asignado".

Cuando se le preguntó al deponente, si tanto él como López eran para ese tiempo empleados de International Petroleum (Colombia) Limited, Intercol, y en caso afirmativo qué puestos desempeñaban, respondió:

"Yo —el declarante— desempeñaba la posición de Supervisor de la Sección de planta y equipo dentro de la Contabilidad General y el señor López desempeñaba las funciones de asistente mío".

Luego el testigo dice que ni él ni López recibieron remuneración por tales servicios los que afirma prestaron a la Mamonal.

Preguntado después si sabía que como empleados de Intercol, estaban obligados, por contrato o convención o acuerdo especial a prestar esos servicios a la Mamonal, contestó:

"Durante el tiempo que estuve trabajando en la Intercol no tuve conocimiento que tuviera algún contrato firmado entre Compañía Mamonal e Intercol, quiero decir, que si lo hubo, a mí no me fue notificado".

A continuación el declarante afirma que el señor George Barker no comentó directamente con él la promesa de una remuneración para López y que se enteró "de ella por simple comentario" que a él le hizo el demandante.

En seguida se refiere de Brigard a los comprobantes llamados "en fuente", y dice que sí los conoció, porque como ya explicó "Todos esos papeles de fuente, después de preparados y rubricados por el señor López debían pasar por mis manos para la revisión correspondiente, poniéndoles yo también mi firma y pasándolos posteriormente al Jefe-Contador para la aprobación final".

Luego el declarante explica el sistema de contabilidad y archivo de documentos de la Mamonal.

Más adelante, el testigo dice: Tirso López Magri prestó sus servicios para Intercol "hasta el mes de noviembre de 1965", si no está equivocado.

Fue preguntado también, hasta cuándo le constaba que López hubiera prestado servicios a la Mamonal y contestó:

"Hasta donde tengo conocimiento, el señor Tirso López prestó estos servicios hasta el mes de septiembre de 1965, fecha en que recibió una carta en la cual le informaban que terminaban (sic) por terminado su contrato de trabajo, pero que él permanecería en roles hasta el mes de noviembre, fecha efectiva en que fue retirado", que estos pormenores le constan porque para esa época ya estaba desempeñando funciones en "la Auditoría y Control Interno de la Empresa Intercol", los cuales afirma no comentó antes por ser de carácter confidencial.

A la otra pregunta contesta el deponente que "la Compañía Mamonal Ltda. no pagó prestaciones sociales al señor Tirso López por los servicios prestados".

El Juez continuó el interrogatorio, y preguntó al testigo, por qué terminó la prestación de esos servicios de López a la demandada. Dijo el declarante:

"Al ser notificado el señor Tirso López de que quedaban suspendidas sus labores con Intercol, automáticamente tenían que suspenderse los servicios a Compañía Mamonal Ltda.".

Hasta aquí está vertida lo más fielmente posible la declaración de este testigo, que fue repreguntado por el apoderado de la demandada.

La primera de las preguntas que se le formularan tuvo por objeto que contestara qué empresa le había notificado la terminación del contrato de trabajo a López, a lo cual respondió:

"Como mencioné anteriormente, se le suspendió su contrato de trabajo con la Empresa Intercol, y por lo tanto, de los servicios que prestaba a Compañía Mamonal Ltda.".

Se le interrogó en seguida por qué tenía que terminar automáticamente el contrato con Mamonal, siendo así que la terminación del vínculo lo había notificado Intercol y se refería al contrato celebrado con ésta, y dijo:

"Mi concepto personal en este sentido se debe a que si durante seis años los servicios a Mamonal Ltda. fueron prestados por mi empleado de la organización, nunca creí que tomarían un empleado externo, para desempeñar ese puesto".

A continuación, se le pregunta al testigo si López como empleado del Departamento de contabilidad de Intercol, tenía eventualmente que atender órdenes que se le impartieran en relación con trabajos de otras empresas a las cuales el Departamento de Contabilidad de Intercol prestaba sus servicios. Esta pregunta no fue contestada en forma clara por el testigo, quien se volvió a referir al acuerdo con el señor Barker para llevar la contabilidad en tiempo "desocupado" de la Mamonal, pero nuevamente contrainterrogado se remitió a lo ya dicho sobre lo que consideraba acuerdo con él.

Sobre la siguiente pregunta, relacionada a trabajo en horas extras y a su remuneración el deponente reitera su dicho, pero afirma que de acuerdo con la política de la empresa —en este caso Intercol— al "personal que pertenecía al grupo llamado de Gerencia, la Compañía nunca pagaba sobretiempo". Agrega: "El caso mío y el del señor López por haber pertenecido antes al grupo de Gerencia nunca recibimos remuneración por nuestro trabajo extraordinario".

Repreguntado respecto a cómo verificaba su labor en otras empresas tales como Andian, Amocar y Mamonal Ltda., dijo que durante el período que tuvo como Supervisor de Planta y Equipo el trabajo de la Mamonal lo hacía regularmente una vez por semana después de las horas laborales y en cuanto al trabajo en la Andian y Amocar, dentro de las laborales. Luego cuando fue transferido a Amocar, sus servicios ciento por ciento los dedicó a esa Empresa, y cuando fue enviado a la sección de Control Interno y Auditoría, efectuaba su trabajo a medida que se iba presentando "fuera de cualquier tiempo que perteneciera a cualquiera de las Empresas mencionadas", y aclara su respuesta, en el sentido de indicar que mientras estaba en

la sección mencionada arriba, efectuaba sus labores regularmente para cualquiera de las empresas Andian, Amocar e Intercol.

Fue preguntado para que dijera el deponente "si era o no de conocimiento general de los empleados de contabilidad de Intercol que allí a través de sus secciones se llevaban además la contabilidad de Amocar, de la Andian y de la Compañía Mamonal Ltda., cuyos trabajos se distribuían según el criterio y juicio del Jefe de Contadores? y contestó:

"Sí era de conocimiento general".

Se refiere luego el declarante a los trabajos de mecanización de las contabilidades, diciendo que intervino en ellos menos en la de Mamonal, pero que después de que se hicieron estudios más profundos, fue mecanizada y que "el sistema o la máquina era o es manejada por los empleados de Intercol en Bogotá".

También fue preguntado cuánto tiempo le ocupaba a López la elaboración de lo que se ha llamado "comprobante de fuente".

El declarante teniendo en cuenta algunos factores que expresa, dice que muchas veces se trabajaba durante la hora del almuerzo y después de las horas laborales, y otras solamente se requerían las del almuerzo.

Con base en lo anterior fue preguntado de Brigard, si entonces el demandante "tenía todo el resto del día para dedicarlo a otras obligaciones que le correspondían al cuidado del Departamento de Contabilidad de Intercol", y expresó:

"El señor López dedicaba el resto del tiempo laborable a las funciones que tenía que efectuar para Intercol, Andian y Amocar".

Luego de que le fue hecho al testigo un interrogatorio que no toca con lo principal del litigio, fue preguntado finalmente, así:

"Diga el testigo si el señor López trabajaba permanentemente en las oficinas de Intercol utilizando de su labor todos los elementos del Departamento de Contabilidad de la misma y de cualquiera otra facilidad de las oficinas así como del transporte que proporcionaba Intercol a sus empleados?", respondió:

"La contestación a esta pregunta es sí para todos".

La anterior declaración cuyos apartes principales han sido subrayados por la Sala, se resiente en primer lugar por la falta de precisión como fue rendida y en segundo, por la forma evasiva en la respuesta de algunas preguntas, sin embargo, de su análisis se sacan algunas conclusiones:

1ª El declarante y López Magri eran, desde antes del mes de diciembre de 1959, empleados de la International, Petroleum (Colombia) Limited. Aquel desempeñaba el cargo de Supervisor de la Sección de Planta y Equipo en el Departamento de Contabilidad de la "International" y éste, o sea, López Magri, su Asistente.

2ª Constituída la Empresa Mamonal Ltda., el Jefe-Contador de la International, le ordenó —no acordó con el testigo— que se llevara en forma separada la contabilidad de la nueva entidad. Es por esto por lo cual el deponente al querer evadir una respuesta, en lugar de decir lo que le constara sobre el hecho preguntado, dice: "Mi concepto personal en este sentido se debe a que si durante seis años los servicios a Mamonal Ltda. fueron prestados por un empleado de la organización (subraya la Sala) nunca creí que tomarían un empleado externo para desempeñar ese puesto".

Este concepto rendido cuando se preguntó al testigo cuál era la razón para que el alegado contrato del demandante con la Mamonal, terminara automáticamente cuando la International lo despidió, contiene en realidad dos hechos: A) Que durante seis años el Departamento de Contabilidad de esta Empresa, llevó la de aquella; y B) Que existía para ello un centro, una organización, o que, uno de los empleados de ésta, López Magri, durante seis años, como obligación con International de la cual dependía, llevaba entre otras la contabilidad de Mamonal.

3ª El declarante, Supervisor de Planta y Equipo de International en su Departamento de Contabilidad, en horas extraordinarias cuyo recargo no le pagaba esta Empresa, por haber pertenecido al grupo de gerencia, supervisaba la contabilidad de la Mamonal Ltda., y por tanto, a quien la llevaba o sea el demandante.

4ª El testigo no descarta la posibilidad de que existiera un acuerdo entre International y Mamonal para que la primera llevara la contabilidad a la segunda, y por eso en la respuesta que dio a una pregunta del Juez, se cuida mucho en distinguir entre acuerdo y contrato escrito, negando, el segundo, pero por falta de conocimiento y por no haberle sido notificado de su celebración.

5ª En su declaración, el deponente desvirtúa todas las salvedades que hizo en su exposición, sus evasivas y su falta de previsión, dándole el verdadero sentido a lo que calificó como "organización", y al ser preguntado "si era o no de conocimiento general de los empleados de contabilidad de Intercol, —y López Magri lo fue—, que allí, a través de sus Secciones se llevaban además de la contabilidad de Amocar, de la Andian y de la Compañía Mamonal Ltda., cuyos trabajos se distribuían según el criterio y juicio del Jefe de Contadores?", contestó:

"Sí era de conocimiento general".

6ª Y, para desvirtuar en forma defintiva, la existencia de un contrato de trabajo autónomo entre López Magri y la Mamonal Ltda., por cuanto aquel dedicaba algún tiempo a labores de contabilidad de la misma, el testigo afirma, como Supervisor que fue del demandante, que este **"dedicaba el resto del tiempo laborable a las funciones que tenía que efectuar para Intercol, Andian y Amocar"** (subraya la Sala). Finalmente el testigo acepta que López trabajaba permanentemente "en las oficinas de Intercol utilizando de (sic) su labor todos los elementos del Departamento de Contabilidad de la misma y de cualquiera otra facilidad de las oficinas, así como del transporte que proporcionaba Intercol a sus empleados".

7ª Con este testimonio no se demuestra que existiera contrato de trabajo entre las partes. Por el contrario con él queda probado que López Magri, era un trabajador de "Intercol" en el Departamento de Contabilidad y que entre sus obligaciones se encontraba la de llevar la contabilidad de Compañía Mamonal Ltda., así como la de International, Amocar y Andian en las mismas labores.

b) A los folios 28 a 35 del cuaderno principal, aparece la declaración de Alfonso Gómez Salcedo. A este testigo es relativamente poco lo que le consta.

Dice que conoce al demandante porque trabajó con él 16 años y medio en la misma sección de contabilidad, primero en Andian y después en Intercol, cuando trasladaron a Mamonal a las dependencias de ambas; que los dos desempeñaban los cargos de auxiliares de contabilidad; que tuvieron varios supervisores, el último de los cuales "fue un señor de apellido Julio.

Cuando se le preguntó si le constaba que López Magri prestó servicios de contabilidad a la Compañía Mamonal Ltda. contestó, afirmando que por el hecho "de ser empleado de contabilidad estaba al corriente de todas las reorganizaciones y reformas dentro de la citada empresa, como tal supe que se creó la Compañía Mamonal Limitada en 1959 y que había que llevarle su contabilidad aparte".

El Juez lo interrogó sobre si él también había llevado contabilidad para la Mamonal, y dijo:

"El encargado directamente de eso era, el señor López, presté mi colaboración pero en forma esporádica".

Manifestó que al ser preguntado sobre quién encargó a Tirso López Magri para que prestara servicios de contador y otros para la Mamonal Ltda., "esas órdenes venían del Jefe Contador señor Barker".

Cuando fue interrogado si los servicios de López los ejecutaba en virtud de un contrato con Intercol o con Andian, expuso:

"Bien en esta empresa se manejaba la contabilidad de Intercol, Andian, Amocar y Mamonal Ltda., entre el personal que existía, unos teníamos a Intercol, otros Andian, otros Amocar y otros Mamonal Ltda.".

El testigo fue luego repreguntado por los apoderados del actor y de la demandada en su orden, y así se expresó:

"De acuerdo con el horario de empresa —Intercol—, iniciábamos trabajo a las 7.30 a.m., suspendíamos a las 12 menos cuarto y entrábamos nuevamente a laborar a las 12 y cuarto hasta las cuatro de la tarde". Se refiere luego al exceso de trabajo en el Departamento de Contabilidad y dice que por la circunstancia de que López no concurría al comedor porque no almorzaba, trabajaba durante el tiempo en que el resto del personal salía a almorzar y que en ese lapso laboraba para la Compañía Mamonal Limitada, continuando luego "prestando sus servicios para Intercol como los prestada también por la mañana"; que lo hacía permanentemente, todos los días, y agregó "el tiempo, la media hora esa que el señor López Magri dedicada a Mamonal Limitada podía dar más o menos suficiente, pasarse en trabajo o terminar antes no es posible precisar". Dice también que el demandante trabajaba así para Mamonal desde el mes de diciembre de 1959 y que hasta marzo de 1965 puede dar ese testimonio porque a fin de mes se enfermó y estuvo hospitalizado, que cuando se recuperó, volvió al trabajo en abril, y estuvo prestando servicios hasta septiembre del citado año y encontró al actor en las mismas actividades.

A las preguntas del apoderado de la parte demandada, respondió en la siguiente forma, a la primera, que el testigo no iba nunca a la cafetería de la Empresa Intercol, pero al ser interrogado, si durante el tiempo del almuerzo, él permanecía realizando algún trabajo para la empresa, dijo, según sus textuales palabras "yo sí iba al comedor". Explica luego que le consta que López trabajaba en la contabilidad de la Mamonal, porque el trabajo de ellos guardaba relación y le preguntaba al demandante si había trabajo para dicha empresa "y él me decía que sí". Al ser preguntado si le constaba por percepción directa que en el tiempo a que se refirió, la hora de almuerzo, López trabajaba para Mamonal, contestó "que él —el demandante— me lo manifestaba".

Repreguntado si los estados financieros, los presupuestos para vigencias posteriores eran preparados por el Departamento de Contabilidad de Intercol tanto para esta empresa, como para la Andian, para Amocar y para Mamonal, solo contestó que "las declaraciones de renta sí se preparaban para todas esas empresas", pero en seguida cuando se le interroga sobre si los servicios contables que se le prestaban a Mamonal Ltda. lo eran en igual forma como dicho Departamento los proporcionaba a Andian y Amocar, respondió: "el servicio de contabilidad se prestaba en igual forma a todas las compañías aludidas, pero el señor López argumentaba que por ser el movimiento de Mamonal más pequeño lo reservaba para el período de almuerzo por no concurrir él al comedor" (se subraya).

Este declarante concuerda con el anterior en puntos fundamentales, así:

1º El testigo conoció a López porque ambos trabajaban en el departamento de Contabilidad, primero de Andian y luego de Intercol.

2º Que en 1959 se constituyó la compañía Mamonal Ltda. y su contabilidad debía ser llevada aparte cuestión que llevó a efecto principalmente López.

3º Que en el Departamento de Contabilidad se manejaba la de Intercol, Andian, Amocar y Mamonal entre el personal que existía. Que unos llevaban la de Andian, otros la de Amocar, otros la de Intercol y otros la de Mamonal.

De este testimonio solo surgen dos cuestiones nuevas: a) Que a López no le gustaba concurrir al comedor, y b) Que en virtud de lo anterior y por ser más pequeña la Contabilidad de Mamonal, se la reservó López y trabajaba en ella durante este lapso.

c) El testigo Euclides Tuirán Gómez, cuya exposición puede verse a folios 43, 44 y 45 del cuaderno principal, dice que conoció a Tirso López trabajando en Andian en el cargo de Inventarios y también en Intercol en iguales funciones. Que le consta que trabajó en la Contabilidad de Mamonal porque cuando se iban a almorzar, el demandante se quedaba, sin que sepa si algún alto funcionario de aquella compañía o de Intercol se lo hubiera ordenado. Agrega que los trabajos realizados por López eran los de la contabilidad para confeccionar comprobantes a fin de mes. Informó además el declarante que le constaba como empleado que fue de Intercol que el Departamento de Contabilidad de la misma, atendía las contabilidades de la Andian, Amocar y la Cía. Mamonal Ltda., y que el Jefe de Contadores de Intercol distribuía esos trabajos "tocándole en algunos casos a determinados empleados prestar este servicio a las distintas empresas, bien sea elaborando documentos o sentando asientos en los distintos libros". Que Intercol igualmente les facilitaba otros servicios a las entidades citadas, como los de carácter administrativo, de relaciones industriales, relaciones públicas, asesoría legal o económica y en general todos aquellos de dirección de la empresa. Finalmente y luego de contestar una pregunta sobre las actividades de Mamonal, el testigo dice constarle que Tirso López Magri además de llevar la contabilidad de Mamonal Ltda. "debía atender otros trabajos en la Contabilidad indistintamente de Andian, Amocar e Intercol".

El declarante, en líneas generales, ratifica lo dicho por los otros dos testigos es decir que la "organización", o sea el Departamento correspondiente a Intercol, a que se refirió de Brigard, llevaba por orden del Jefe de Contadores señor George Barker, la contabilidad de Amocar, Andian, Mamonal, etc., según distribución que hacía éste.

El hecho afirmado por los tres deponentes respecto a que el demandante llevara solo, la contabilidad de Mamonal no configura la existencia de un contrato verbal de trabajo con esta última, ni mucho menos demuestra que López Magri hubiera sido Asistente del Gerente, Secretario y Corresponsal de la demandada.

Según las declaraciones analizadas, Tirso López Magri, contratado por la International Petroleum (Colombia) Limited, era un empleado al servicio exclusivamente de esta compañía, y por razón de la subordinación o dependencia con ésta tenía que cumplir las órdenes de su Jefe de Contadores señor Barker, y sus funciones consistían en ayudar en la contabilidad de Intercol, Andian y Amocar y llevar la correspondiente a Mamonal Ltda.

VI. **Confesión del demandante.** En las posiciones absueltas por López Magri, que aparecen de los folios 18 a 23 del cuaderno principal, este acepta que fue empleado de Intercol desde el 1º de marzo de 1959 hasta el 28 de febrero de 1966 y que estuvo bajo la dependencia de Barker y Acosta (Posición 1ª) que fue supervisado por distintos jefes, entre ellos Efraín Julio y Eduardo de Brigard, el primero Jefe de Contabilidad y el segundo de la Sección de Planta y Equipo (posición 2ª) y que estos señores trabajaban como empleados de la International Petroleum (Colombia) Limited (posición 3ª). Dice también que Mamonal Ltda. se ocupaba no solo de la venta de terrenos sino de la Industria Petroquímica y que el contrato de venta de los primeros los hacía el gerente de aquella, pero "perfeccionaba la venta el Departamento legal de Intercol".

Cuando al absolvente se le preguntó quién lo había despedido, si la Cía. Mamonal Ltda. o la Intercol, evadió la respuesta, pero para efecto del reclamo de salarios del juicio, dijo que Intercol lo había despedido injustamente y que "el contrato con la Compañía Mamonal lo consideré verbal celebrado con el señor Barker" (posición 9ª).

Confesó que "la Compañía Mamonal Ltda. está constituída con capital de Intercol y de la Andian" y precisado por el Juez si sabe que aquella es una filial de la International, dijo que es "una compañía li-

mitada compuesta de cinco socios, la Andian, Intercol, el doctor Villarreal y dos socios más que no recuerdo".

Igualmente al preguntársele si "como empleado de Intercol se pudo dar cuenta que la gerencia y personal administrativo de Intercol llevaban toda la actividad de la Compañía Mamonal Limitada? Contestó: Es cierto, porque siendo Intercol y Andian los accionistas mayores tenían que hacerlo".

Si se compara esta confesión del demandante, con las declaraciones de los testigos ya analizadas, se puede concluir que lo que estos dijeron en líneas generales, lo acepta el confesante y por tanto esta prueba es una simple ratificación del dicho de los deponentes.

VII. Inspección ocular. Esta prueba se practicó por Juez comisionado y obra a los folios 62 a 64 del cuaderno principal y solo demuestra la existencia de libros de contabilidad de la Compañía Mamonal Ltda., de asientos de diario, y lista de imputaciones y análisis de cuentas. En cuanto a las firmas que aparecen en algunos documentos de contabilidad, el Juzgado dejó constancia de que eran ilegibles.

La existencia de esta contabilidad la explican los testigos y el demandante en sus declaraciones los primeros, y en las posiciones absueltas, el segundo. Ella es parte del trabajo que se desarrollaba en el Departamento respectivo de la International Petroleum (Colombia) Limited, y que cobijaba a esta, a la Andian y a Amocar.

VIII. Prueba documental. La constituyen la carta contrato, firmado por el demandante (folio 12) y que celebró con la International Petroleum (Colombia) Limited y el convenio entre esta empresa y Mamonal Ltda. para la prestación de algunos servicios (folios 10 y 11 cuaderno principal).

La primera es prueba de la vinculación de López Magri con la International, suficientemente demostrada a través del juicio.

La segunda, constituye la demostración por el medio literal, de que se recogió un acuerdo que tenían celebrado la International y la Cía. Mamonal, mediante el cual, aquella prestaba algunos servicios de asesoría a ésta. El documento en mención, en cuanto por él se discriminan tales servicios, adquiere fuerza probatoria, a través de las declaraciones de los testigos, especialmente del declarante de Brigard y de la confesión del actor.

En efecto, unos y otros dijeron, a pesar de sus reticencias que Intercol llevaba la contabilidad de Mamonal, y tal cosa, es lo que expresa la cláusula 1ª del contrato. Además, se hizo constar que estos servicios se habían venido prestando a partir del 28 de diciembre de 1959, tal como lo afirmó, en otras palabras el deponente de Brigard.

IX. La prueba de testigos, la de confesión del actor y la literal, indican en forma clara que López Magri, fue solamente trabajador de la International Petroleum (Colombia) Limited; que fue dirigido y supervisado por empleados de esta compañía, de quien recibía un salario, que su cargo fue el de auxiliar de contabilidad en el Departamento respectivo de Intercol, y que en tal carácter, llevaba la contabilidad de la Compañía Mamonal Ltda., y en parte, la de Intercol, Andian y Amocar.

No se demostró el derecho invocado por el demandante, consecuencial a un contrato verbal que hubiera celebrado con la Cía. Mamonal Ltda., que por ninguna parte apareció, y por tanto deberá absolverse a ésta de todos los cargos que le fueron formulados en el libelo como lo hizo el a quo, pero teniendo en cuenta el análisis probatorio que se ha hecho.

En mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA totalmente la sentencia de segundo grado, de fecha 28 de octubre de 1969, proferida por el Tribunal Superior de Cartagena, en el juicio de Tirso López Magri contra la Compañía Ma-

monal Ltda. y como Tribunal de Instancia, confirma la dictada por el Juzgado Primero Municipal de la misma ciudad, en el citado juicio con fecha 30 de mayo de 1969.

Costas de la segunda instancia a cargo del demandante.

Sin costas en el recurso.

Cópiese, publíquese, 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.

REFORMATIO IN PEJUS

Para rechazar el cargo basta observar que el fenómeno de la reformatio in pejus, como tantas veces lo ha dicho la jurisprudencia, únicamente puede tener lugar cuando una sola de las partes ha apelado de la providencia de primer grado y su situación ha sido agravada por el superior. Por lo demás, así se desprende claramente del texto de la causal segunda en que se apoya la acusación: "Contener la sentencia del Tribunal decisiones que hagan más gravosa la situación de la parte que apeló de la primera instancia o de aquella en cuyo favor se surtió la consulta".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., diecisiete de febrero de mil novecientos setenta y uno.

(Ponente: Abogado Asistente, doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture).

(Acta número 8).

Angel María Lamilla demandó, por conducto de apoderado, a Ramón Ramírez S. para que, por los trámites de un juicio ordinario de trabajo, se le condenase a pagarle las siguientes cantidades o cuanto más se probare: $ 38.400.00 por salarios insolutos; $ 3.200.00 por auxilio de cesantía; $ 1.200.00 por vacaciones; $ 6.000.00 por dominicales y festivos; $ 8.000.00 por mejoras; la que resulte como indemnización moratoria y las costas judiciales.

Afirmó en el libelo que había prestado sus servicios personales al demandado, mediante contrato verbal, como administrador de la finca denominada "San José" o "Los Alpes", desde el 14 de junio de 1955 hasta el 3 de marzo de 1966, fecha en la que, por mutuo acuerdo de los contratantes y después de varios requerimientos hechos por el actor, se entregó la finca al propietario por intermedio de su delegado o representante Pablo Emilio Correa. El servicio de administración, que nunca le fue remunerado ni le reportó beneficios económicos, requería labores dispendiosas, altamente delicadas y de mucha responsabilidad, pero el patrono se limitó a cancelarle exclusivamente un jornal cuando necesitaba efectuar trabajos especiales, ocasionales y esporádicos. El servicio se prestó en forma continua, inclusive durante los domingos y festivos. Como buen administrador realizó mejoras consistentes en cultivos de plátano, yuca, arracacha y otros e hizo reparaciones constantes a la casa de habitación, todo lo cual dio mayor valor a la finca en beneficio exclusivo del patrono. Durante los 10 años de la prestación del servicio permaneció en continua subordinación, recibiendo órdenes y dándoles cumplimiento, informando sobre todos los detalles de la finca, comprando y vendiendo semovientes, contratando peones y vigilando sus trabajos.

Las fincas del propietario destinadas a la misma explotación ganadera tienen un valor superior a $ 500.000.00 por lo cual la cesantía debe ser liquidada con base en el artículo 249 del C. S. T. y no en el 252 ibídem.

El demandado negó la calidad de administrador, pero aceptó que había trabajado como jornalero esporádicamente, agregando que si veía y curaba los ganados era por cuenta del jornal y de lo que se le pagaba en especie. Se opuso a las pretensiones de la demanda.

Tramitada la controversia, el Juzgado del conocimiento —que lo fue el Primero Civil Municipal de Garzón— la resolvió, en sentencia de diecisiete de octubre de mil novecientos sesenta y seis, condenando a Ramírez a pagar a Lamilla $ 17.280.00 por concepto de salarios insolutos; $ 3.816.66 por auxilio de cesantía; $ 2.250.00 por vacaciones; $ 15.00 diarios, desde el 4 de marzo de 1966 hasta cuando se realice el pago de las condenas anteriores, como indemnización moratoria, y el 50% de las costas. Se declaró inhibido para resolver sobre las mejoras reclamadas y absolvió de las restantes súplicas.

Al decidir la apelación interpuesta por los apoderados de ambas partes, el Tribunal Superior de Garzón modificó la anterior providencia, disminuyendo las condenaciones así: $ 10.000.00 por salarios insolutos; $ 833.30 por cesantía; $ 416.60 por vacaciones y $ 2.77 diarios como indemnización moratoria; confirmó la decisión inhibitoria y las absoluciones y declaró sin lugar a costas en la instancia.

Contra ese fallo, proferido el veintiocho de noviembre de mil novecientos sesenta y seis, el procurador judicial del demandante ha interpuesto el recurso de casación que la Corte va a resolver con examen del escrito que lo sustenta.

El recurso

Bajo el título "DECLARACIONES PEDIDAS", el alcance de la impugnación aparece presentado así:

"En el caso de que la H. Corte acepte los cargos que más adelante formulamos a la sentencia acusada y se produzca su casación muy comedidamente impetramos para la correspondiente sentencia de instancia las siguientes declaraciones:

"Petición principal

"Que se condene al señor Ramón Ramírez Salazar a pagar a Angel María Lamilla, ambos de condiciones civiles conocidas en este juicio, al día siguiente de ejecutoriada la sentencia, los valores que se señalan a continuación:

"I. Como sumas dejadas de pagar, por razón del contrato de administración de la finca "San José" o "Los Alpes", las siguientes sumas:

"1. Por salarios cuarenta y cinco mil ochocientos setenta pesos ($ 45.870.00).

"2. Por cesantía tres mil ochocientos dieciséis pesos con sesenta y seis centavos ($ 3.816.66).

"3. Por vacaciones dos mil cuatrocientos veintinueve pesos con dieciséis centavos ($ 2.429.16).

"II. Por concepto de indemnización por mora en el pago de los salarios y prestaciones que se señalaron anteriormente, la suma de quince pesos ($ 15.00) por día, a partir del cuatro (4) de marzo de mil novecientos sesenta y seis (1966) y hasta la fecha en que se verifique el pago de las prestaciones y salarios.

"III. Que se condene al mismo al pago total de las costas del presente juicio en ambas instancias y del recurso extraordinario de casación.

"Peticiones subsidiarias

"Primer subsidio

"Que se condene al señor Ramón Ramírez Salazar a pagar a Angel María Lamilla, ambos de condiciones civiles conocidas en este juicio, al día siguiente de ejecutoriada la sentencia, los valores que se señalan a continuación:

"I. Como sumas dejadas de pagar, por razón del contrato de administración de la finca "San José" o "Los Alpes", las siguientes sumas:

"Las mismas que se solicitan en la petición principal, excepto en lo correspondiente a salarios valor del cual se deduciría la suma de tres mil quinientos treinta y cinco pesos con cincuenta centavos ($ 3.535.50), o sea que por este concepto debería condenarse a la suma de cuarenta y dos mil trescientos treinta y cuatro pesos con cincuenta centavos ($ 42.334.50).

"Segundo subsidio:

"Que se condene al señor Ramón Ramírez Salazar a pagar a Angel María Lamilla, ambos de condiciones civiles conocidas en este juicio, al día siguiente de ejecutoriada la sentencia, los valores que se señalan a continuación:

"I. Como sumas dejadas de pagar, por razón del contrato de administración de la finca "San José" o "Los Alpes", las siguientes sumas:

"1. Por salarios la suma que se liquide para cubrir los que no fueron pagados por servicios prestados durante el tiempo comprendido entre el 14 de junio de 1955 y el 3 de marzo de 1966, con fundamento en los siguientes salarios básicos: del 14 de junio de 1955 al 31 de diciembre de 1958 el salario mínimo legal vigente en dicha época; del 1º de enero de 1959 hasta el último de septiembre del mismo año a razón de $ 6.00 diarios; del 1º de octubre de 1959 hasta el 31 de enero de 1962 a razón de $ 7.00 diarios; del 1º de febrero de 1962 hasta el 31 de marzo de 1963 a razón de $ 8.00 diarios; del 1º de abril de 1963 al 31 de julio de 1964 a razón de $ 9.50; del 1º de agosto de 1964 al 3 de marzo de 1966 a razón de $ 12 diarios.

"2. Por cesantía lo que se liquide con un salario básico de $ 12.00 diarios, correspondiente a un tiempo de servicio de diez (10) años, ocho (8) meses y dieciocho (18) días.

"3. Por vacaciones lo que se liquide con salario básico de $ 12.00 diarios, correspondiente a un tiempo de servicio de diez (10) años, ocho (8) meses y dieciocho (18) días.

"II. Por concepto de indemnización por mora en el pago de los salarios y prestaciones que se señalaron anteriormente, la suma de doce pesos ($ 12.00) por día a partir del cuatro (4) de marzo de mil novecientos sesenta y seis (1966) y hasta la fecha en que se verifique el pago de las prestaciones y salarios.

"III. Que se condene al mismo al pago total de las costas del presente juicio en ambas instancias y del recurso extraordinario de casación.

"Tercer subsidio

"Que se condene al señor Ramón Ramírez Salazar a pagar a Angel María Lamilla, ambos de condiciones civiles conocidas en este juicio, al día siguiente de ejecutoriada la sentencia, los valores que se señalan a continuación:

I. Como sumas dejadas de pagar por razón del contrato de administración de la finca "San José" o "Los Alpes", las siguientes:

"1. Por salarios la suma que se liquide para cubrir los que no fueron pagados por servicios prestados durante el tiempo comprendido entre el 14 de junio de 1955 y el 3 de marzo de 1966, tomando como base para la liquidación el salario mínimo rural vigente en el Departamento del Huila durante dicho período de tiempo.

"2. Por cesantía lo que se liquide con fundamento en el salario mínimo rural vigente para el Departamento del Huila (Decreto 240 de 1963) al concluir el contrato de trabajo y correspondiente a un tiempo de servicio de diez (10) años, ocho (8) meses y dieciocho (18) días.

"3. Por vacaciones lo que se liquide con fundamento en el salario mínimo rural vigente para el Departamento del Huila (Decreto 240 de 1963) al concluir el contrato de trabajo y correspondiente a un tiempo de servicio de diez (10) años, ocho meses y dieciocho (18) días.

"II. Por concepto de indemnización por mora en el pago de los salarios y prestaciones que se señalaron anteriormente, la suma de nueve pesos ($ 9.00) por día a par-

tir del 4 de marzo de 1966 y hasta la fecha en que se verifique el pago de las prestaciones y salarios.

"III. Que se condene al mismo al pago total de las costas del presente juicio en ambas instancias y del recurso extraordinario de casación.

"Todas estas peticiones se hacen sin perjuicio de acogernos a una cuantía mayor que se pruebe como valor del salario en el caso de que haya lugar a la casación del fallo y la honorable Corte dicte auto para mejor proveer, que permita demostrar un salario mayor por no haberse hecho en las instancias la estimación del salario en especie".

Primer cargo

Violación, por aplicación indebida, de los artículos 14, 15, 22, 25, 132, 142, 144, 145, 147, 148, 186, en concordancia con el artículo 14 del D. L. 2351 de 1965, 249, del C. S. T., en concordancia con el artículo 17 del D. L. 2351 de 1965; 4º de la Ley 187 de 1959; 1º del Decreto Ley 2214 de 1956; 1º del Decreto Extraordinario 2834 de 1961; Ley 1ª de 1963 y 1º del Decreto 240 de 1963, a consecuencia de evidentes errores de hecho en que incurrió el sentenciador por haber apreciado equivocadamente la carta de 7 de enero de 1966 (fl. 81) y dejado de apreciar la correspondencia de folios 5, 91 a 173, 22 a 80 y 191 a 254; los testimonios de Esteban Trujillo Díaz, Gentil Guevara, José Eduardo Quiroga y Urbano Manjarrés (fls. 317 a 321); el acta de entrega que obra a folios 6 a 10, en concordancia con la declaración de Pablo Emilio Correa (f. 184), y el dictamen pericial que aparece a los folios 177 y 178.

Para sustentar el cargo, el recurrente hace un extenso análisis de las pruebas reseñadas encaminado a demostrar los errores que imputa al fallador y que hace consistir en no haber tenido como probado, estándolo, que los servicios fueron prestados durante un tiempo superior a 10 años y en no haber dado por demostrado, estándolo, que el trabajador tenía derecho a que se le reconociese el salario fijado por el perito o, en su defecto, el mínimo legal, y no el de $ 2.77 diarios que se tomó como base para las condenas.

La Sala considera

El conjunto de pruebas que el recurrente presenta como dejadas de apreciar sí fue estimado por el juzgador, y este grave defecto que ostenta el ataque compromete seriamente su éxito. La correspondencia y los testimonios a que se alude fueron examinados con detenimiento en el fallo, y con base en esas probanzas se llegó a la conclusión de que entre Lamilla y Ramírez había existido un contrato de trabajo, en virtud del cual aquel prestó servicios en el doble carácter de administrador y jornalero, entre el 18 de junio de 1955 y el 19 de febrero de 1966. El dictamen pericial también fue objeto de estudio, pero se le negó todo valor probatorio por no aparecer "suficientemente fundamentado y explicado". Asimismo, resulta incuestionable la estimación que se hizo del acta de entrega de la finca y del testimonio que la corrobora, pues, precisamente, para la condena por indemnización moratoria se tomó como fecha de partida el día 3 de marzo de 1966 que es la que las dichas pruebas registran.

A estos medios probatorios contrapuso el fallador la carta de folio 81 —única que el cargo señala como erróneamente apreciada— para reconocerle, a la postre, un mayor mérito que a aquellos. Mas esta misma circunstancia indica claramente que el error —en el supuesto de haberse cometido— no provino solamente de la equivocada estimación de la prueba dicha sino también de la de las otras que igualmente sustentan la decisión y que la censura en forma inexacta presenta como dejadas de apreciar. Resalta, pues, la deficiencia del ataque y su consiguiente ineficacia.

El cargo se desecha.

Segundo cargo

Se formula con invocación de la causal segunda y se le enuncia así:

"El Tribunal en el fallo que impugnamos, hizo más gravosa la situación del actor apelante Angel María Lamilla al disminuir la condena pronunciada por el señor Juez Civil Municipal de Garzón de la suma de $ 23.346.66 a $ 11.249.90 y al rebajar la base de la indemnización por falta de pago de la suma de $ 15.00 por día a la de $ 2.77 diarios".

En su demostración, el recurrente expresa que al definir la apelación el fallador no puede entrar a estudiar en forma indiscriminada todos los aspectos de la litis, pues su función tiene un límite impuesto por la ley o por la misma acción de las partes, según las cuestiones que le sometan a decisión al aducir sus pretensiones. En el presente caso ambos litigantes apelaron, pero el demandado definió en forma clara sus pretensiones, pues no objetó el monto de las indemnizaciones decretadas sino qúe se limitó a discutir la existencia del contrato de trabajo, con la consecuencia de que si el Tribunal lo encontraba demostrado su apelación de hecho quedaba frustrada.

Lo relacionado con el monto del salario y de las indemnizaciones fue sometido a la consideración del juzgador únicamente por la parte demandante; de consiguiente, al hacérsele más gravosa su situación, desmejorando la condena de primera instancia, se incurrió en una clarísima "reformatio in pejus" que da lugar a la casación del fallo.

Se considera

Para rechazar el cargo basta observar que el fenómeno de la reformatio in pejus, como tantas veces lo ha dicho la jurisprudencia, únicamente puede tener lugar cuando una sola de las partes ha apelado de la providencia de primer grado y su situación ha sido agravada por el superior. Por lo demás, así se desprende claramente del texto de la causal segunda en que se apoya la acusación: "Contener la sentencia del Tribunal decisiones que hagan más gravosa la situación de la parte que apeló de la primera instancia o de aquella en cuyo favor se surtió la consulta". (Subraya la Sala).

Por manera que si ambas partes apelaron, como comienza por reconocerlo el propio recurrente, salta a la vista que no se cumple uno de los requisitos indispensables para que aquel fenómeno pueda darse, cual es el de que haya habido un único apelante.

No sobra anotar, de otro lado, que la apelación interpuesta por los dos litigantes faculta al Tribunal para revisar todo el proceso, y que si el demandado pretendía una absolución total con base en la inexistencia del contrato de trabajo, esa aspiración llevaba implícita la de una absolución parcial o la de simple disminución del valor de las condenas.

El cargo, en consecuencia, se rechaza.

Tercer cargo

Infracción directa de los artículos 4º de la Ley 187 de 1959; 144. 145, 147 y 148 del C. S. T.; 1º, literal c), del Decreto 2214 de 1956; 1º del Decreto 2834 de 1961; Ley 1ª de 1963 y Decreto 240 de 1963.

El impugnador transcribe el aparte que considera pertinente del fallo recurrido, y luego expresa:

"Independientemente de toda cuestión probatoria, de la lectura del párrafo anterior se desprende claramente que el Tribunal no aplicó el régimen del salario mínimo. En lugar de darle aplicación al ordenamiento legal sobre salario mínimo se resolvió que el valor del sueldo mensual debía ser de $ 83.33, lo cual implicaba un salario diario de $ 2.77. Así se desprende de la lectura del fallo especialmente fl. 24, Cdrn. número 4, párrafo titulado "cesantía". La suma anteriormente citada es notoriamente inferior a los salarios mínimos rurales que han regido en el Departamento del Huila, a partir del Decreto número 2214 de 1956, pues, en este decreto se señala como salario minimo rural un jornal de $ 3.50, lo cual equivaldría a un sueldo mensual de $ 105.00".

"El a. 145 del C. S. T. define el salario mínimo y el número 2 del a. 147 de la misma obra autoriza al Gobierno para fijar sa-

larios mínimos. El Gobierno ha fijado mínimos con vigencia sobre el trabajo rural en el Departamento del Huila, en las normas que arriba se fijaron y de conformidad con ellas al retiro de Lamilla del trabajo el mínimo legal vigente era de $ 9.00 por día lo que arrojaría un total mensual de $ 270.00".

"El a. 148 prescribe que la fijación de salario mínimo modifica automáticamente los contratos de trabajo en los cuales se halle estipulado un salario inferior.

"El a. 4º de la Ley 187 de 1959 prohibe terminantemente decidir las controversias laborales haciendo condenas por debajo del mínimo legal.

"Al no dar aplicación a las normas que se han enunciado y según las explicaciones vistas, el fallo impugnado incurre en violación de esas disposiciones legales por infracción directa de la ley, por omisión indebida, ya que a falta de toda otra prueba del monto del salario el juzgador para desatar la litis debería haber dado aplicación a esos textos legales que señalan el salario mínimo".

La Corte considera

El cargo exhibe los siguientes defectos: a) La proposición jurídica apenas estaría completa en relación con la condena por salarios insolutos, mas no con respecto a los otros derechos reconocidos en el fallo; pues no se citan las normas sustantivas que los consagran. b) Se predica violación de la Ley 1ª de 1963 y del Decreto 240 del mismo año, pero no se indica sobre cuáles preceptos de esos estatutos recayó la infracción, lo cual es improcedente para los fines del recurso. c) La vía escogida para el ataque es inadecuada, pues el recurrente parte de un supuesto fáctico distinto del que tuvo en cuenta el sentenciador: mientras que para aquel, el oficio desempeñado fue exclusivamente como administrador, para éste Lamilla tuvo el doble carácter de administrador y jornalero. Existe, pues, desacuerdo acerca de una cuestión de hecho, y esta circunstancia descarta la posibilidad de que se hubiese incurrido en el tipo de infracción que señala la censura.

Con todo, la Sala advierte que desde el punto de vista del fallador no era procedente la aplicación de las normas sobre salario mínimo, pues entendió que las funciones como administrador apenas cubrían una parte de la jornada, quedando sin establecer lo que correspondió o debía corresponder al actor en su carácter de jornalero por no ser este punto tema de la controversia. De manera que sumadas las dos remuneraciones bien pudieron exceder el salario mínimo legal. En consecuencia, aún en la hipótesis del que el cargo hubiera sido correctamente formulado también habría fracasado por no haberse podido producir las infracciones de ley que en él se imputan.

Por lo dicho, no se atiende la acusación.

A 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, NO CASA la sentencia materia del recurso, proferida en este negocio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Garzón el veintiocho de noviembre de mil novecientos sesenta y seis.

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.

PRORROGA DEL CONTRATO DE TRABAJO

CELEBRADO A TERMINO FIJO

Para resolver con acierto conviene precisar que no puede decirse, como lo hacen el sentenciador y el opositor, que la cláusula 7ª del contrato original, determina que solo por una vez el contrato puede prorrogarse cuando expresa que con antelación de un mes y por escrito la empresa comunicará al trabajador "el deseo de dar por terminado su contrato de trabajo o prorrogarlo por un período que desde ahora se pacta en un (1) año", porque lo que se quiso fue indicar desde entonces el término al cual deben acomodarse las prórrogas que se convengan ya que el número de éstas es cuestión que depende exclusivamente de la voluntad de los contratantes. En efecto, cuando se dice, —cláusula 7ª— "prorrogarlo por un período que desde ahora se pacta en un año", no se ha querido indicar que solo por una sola vez el contrato puede prorrogarse, sino que las prolongaciones del mismo que se acuerden no pueden tener duración mayor o menor de la estipulada, porque se repite, las prórrogas de la convención quedan supeditadas a la autonomía de la voluntad de las partes, que no puede recortarse como se pretende con la equivocada interpretación del ad-quem, que acoge y hace suya el opositor.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., febrero diez y ocho de mil novecientos setenta y uno.

(Ponente: Abogado Asistente, Doctor Mario Barrios M.).

(Acta número 4).

Jaime Borda Anzola, demandó por medio de apoderado a los Laboratorios Lutecia de Colombia S. A.", sociedad con domicilio en Cali, ante el Juzgado Segundo Laboral Municipal de dicha ciudad, con el objeto de que, mediante los trámites de un juicio ordinario laboral de mayor cuantía, sea condenada a pagarle los salarios de seis meses, tiempo que faltaba para completar el término del contrato de trabajo que con ella había celebrado, la indemnización por mora en el pago de las prestaciones sociales causadas a su favor, el valor de los gastos de transporte del actor y su familia de Cali a Bogotá y el reajuste que se demuestre de las prestaciones sociales por no haberse tomado en cuenta el valor de los viáticos pagados como factor salarial en las respectivas liquidaciones.

Los hechos en los cuales se apoyan las peticiones anteriores indican: Que entre las partes en litigio se celebró con fecha 15 de junio de 1962 un contrato de trabajo a término fijo; que el demandante ingresó al servicio de los Laboratorios Lutecia de Colombia S. A. el 6 de marzo de 1962, por un período de 15 meses contado a partir de la fecha del mencionado contrato; que las funciones que correspondía desempeñar al señor Borda Anzola eran las de Gerente Director en los términos de los reglamentos

de la empresa; que inicialmente recibió como remuneración mensual por sus servicios la cantidad de $ 4.500.00, mas el medio por ciento de comisión sobre los cobros líquidos y que la demandada le garantizó por dicho concepto un mínimo de $ 1.500.00; que en la cláusula 7ª del contrato de trabajo se estableció que con un mes de antelación al vencimiento del término ya indicado, la empresa deberá avisar por escrito al empleado su determinación de dar por terminada la relación laboral o de prorrogarla "por un período que desde ahora se pacta en un (1) año", siendo de cargo de éste informar con un mes de anticipación su deseo de terminar el contrato o su propósito de aceptar su prórroga; que el 22 de julio de 1963 las partes convinieron en prorrogar el contrato por un año a partir de su vencimiento y adicionarlo en cuanto a remuneración, con una comisión del medio por ciento sobre las ventas mensuales que excedan de $ 300.000.00; el 4 de noviembre de 1964 los contratantes convinieron una nueva prórroga por un año a partir de su vencimiento, con las siguientes adiciones: Que el sueldo mensual de Borda a partir del 1º de enero de 1965 será de $ 5.000.00. Las comisiones continuarán siendo las mismas señaladas en el contrato y en el memorando de fecha 22 de julio de 1963, pero con derecho a un premio de $ 500.00 al mes cuando las ventas pasen en el mismo lapso de $ 500.000.00; Que el 11 de marzo de 1965 la empresa demandada comunicó a Borda Anzola su determinación de no prorrogar el contrato "que vence el próximo 14 de marzo..."; que éste al día siguiente dio contestación a la Empresa expresando que no aceptaba la terminación del contrato, "...ya que su vencimiento, de acuerdo con la prórroga del 4 de noviembre de 1964 y la clásula séptima del Contrato de Trabajo incorporada tácitamente es el 14 de septiembre de 1965"; que el 14 de marzo de 1965, Laboratorios Lutecia de Colombia S. A. pagaron al señor Borda Anzola los sueldos, comisiones y cesantía por un valor de $ 25.434.51, pero que el demandante dejó constancia al recibir, de que se reservaba el derecho de reclamar, por no hallarse de acuerdo con la liquidación, y por último rezan los hechos, que el sueldo promedio que sirvió de base a aquella fue de $ 7.271.31 por mes.

El apoderado de la empresa demandada en el escrito de contestación de la demanda, dijo: "Para los efectos legales consiguientes, respetuosamente manifiesto que no acepto los hechos afirmados en el libelo, excepto la confesión hecha por el actor en el sentido de que a la terminación del contrato, la Compañía le canceló todos los salarios y prestaciones sociales debidos".

El juzgado del conocimiento con fecha 15 de abril de 1966 puso fin a la primera instancia mediante sentencia en la cual dispuso condenar a la empresa demandada a pagar, tres días después de ejecutoriada, la suma de $ 43.627.86 correspondiente a seis meses de sueldo, sobre la base de $ 7.271.31, y a la vez la condenó en costas.

Contra la anterior sentencia los apoderados de las partes interpusieron recurso de apelación, motivo por el cual los autos subieron a conocimiento del Tribunal Superior de Cali, cuya Sala Laboral el 15 de octubre de 1966 resolvió revocar la recurrida y en su lugar dispuso condenar a la sociedad Laboratorios Lutecia de Colombia S. A. a pagar en favor de Jaime Borda Anzola la cantidad de $ 718.98, por concepto de reajuste de cesantía, así como absolverla de los demás cargos de la demanda. Determinó igualmente "costas parciales para la parte demandada en la 1ª instancia".

En contra de la sentencia del Tribunal Superior de Cali la parte demandante interpuso recurso extraordinario de casación, cuyo apoderado en la demanda respectiva señala en estos términos el alcance de la impugnación: "Aspiro a que la Honorable Corte se sirva infirmar el fallo recurrido, pero solo en cuanto absuelve a la sociedad demandada de la indemnización por lucro cesante ($ 43.627.86) y la indemnización por mora $ 242.35 diarios desde el 15 de marzo de 1965 y hasta la fecha en que se consignó al demandante sus prestaciones sociales y para ante el Juzgado 2º del Trabajo de

Cali —24 de octubre de 1966—. Que se imponga también al Laboratorio Lutecia de Colombia S. A. la obligación de entregarle al demandante y su familia los gastos de regreso de la ciudad de Cali a Bogotá, tal como está estipulado en el numeral 8º del artículo 57 del C. S. T.".

Y luego de indicar el recurrente que alega el motivo establecido en el numeral 1º del artículo 60 del Decreto-Ley 528 de 1964, por violación de ley sustantiva y por errores de hecho en la estimación de algunas pruebas, procede a formular contra la sentencia acusada tres cargos, concebido el primero en estos términos:

"Violación indirecta del artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con los artículos 39, 46, 49 y 61, ordinal a) del mismo Código, a consecuencia de errores de hecho por equivocada apreciación de unas pruebas".

Y en su demostración dice el impugnador que para llegar a la absolución por lucro cesante, el Tribunal incurrió en los siguientes errores, que aparecen de modo manifiesto en los autos:

"a) No dar por probado, estándolo, contra todas las evidencias procesales, que los contendientes prorrogaron por el plazo de un (1) año y en su tercer período, el contrato escrito de trabajo de fecha 15 de junio de 1962, tal como quedó estipulado en el convenio de fecha 4 de noviembre de 1964 (f. 5);

"b) No dar por demostrado, estándolo, que el contrato escrito de fecha 15 de junio de 1962 fue prorrogado hasta el 14 de septiembre de 1965; y

"c) Dar por probado, sin estarlo, que el término del contrato de fecha 15 de junio de 1962, en su tercer período se prorrogó por seis meses y expiró por el plazo presuntivo el 14 de marzo de 1965".

Cita el recurrente, para censurarlo luego, el siguiente aparte de la sentencia del ad-quem en el que apoya la absolución por lucro cesante: "El plazo inicial del contrato de quince (15) meses venció el 14 de septiembre de 1963, y con antelación a la extinción del contrato las partes convinieron de acuerdo con la cláusula 7ª (f. 4) prorrogarlo por un año más. Dicho término se prorrogó hasta el 14 de septiembre de 1964. Las partes dejaron expirar el período de prórroga de un año sin que antes del 14 de septiembre de 1964 convinieran en seguir por escrito otra prórroga a término fijo. Al extinguirse el período de prórroga por un año, dicho contrato se prorrogó indefinidamente, a partir del 15 de septiembre de 1964. Esta prórroga de noviembre 4 para nada modificó el contrato presuntivo que venía corriendo, pues si antes venía en forma tácita, éste continuó en la misma forma por voluntad expresa de los contratantes de conformidad con el art. 4º del C. S. T., pues al vencerse la prórroga de un año estipulado en la cláusula 7ª (fs. 2 y 4) el trabajador continuó prestando sus servicios con el consentimiento expreso o tácito, se considera por ese solo hecho prorrogada de seis en seis meses. Y al vencimiento del primer período presuntivo transcurrido con posterioridad al plazo fijo inicialmente estipulado (15 de septiembre de 1964) cuando la Empresa manifestó al trabajador (f. 6) la determinación de cancelar el contrato de trabajo; esa determinación se llevó a cabo de acuerdo con el numeral a) del art. 61 del C. S. T., luego si la determinación de la empresa la hizo al vencimiento del contrato presuntivo (14 de marzo de 1965) su terminación, no es ilegal, y no da lugar a la indemnización correspondiente del artículo 64 del C. S. T.". (f. 25 vto., 2º Cuaderno).

Y al respecto dice el casacionista: "Basta un examen exegético —para no invocar el método científico de interpretación de los actos jurídicos— para concluir que el documento privado suscrito por las partes el 4 de noviembre de 1964, contiene tanto en la intención de los contratantes como en la fórmula a que se refiere el numeral 2º del mismo instrumento, que el contrato de trabajo de fecha 15 de junio de 1962 fue prorrogado en su tercer período por un lapso de un año, que vencía el 14 de septiembre de 1965". Y expresado lo anterior como premisa de su argumentación, dice que conviene relievar los errores de apreciación en que incurrió el sentenciador al calificar el

mérito de los documentos que obran a los folios 2, 3, 4 y 5, así como la confesión provocada rendida por el demandante Borda Anzola y luego de transcribir las cláusulas primera y séptima del contrato de trabajo, en las cuales se determina el término del mismo y se establece que con un mes de anticipación podrá avisarse la terminación o la prórroga por parte de la empresa "por un período que desde ahora se pacta en un (1) año" y la correlativa obligación del trabajador de dar por terminado el contrato o aceptar su prórroga dentro del mismo lapso antelativo, dice el impugnador:

Que dentro de la ejecución normal del contrato, el plazo inicial de 15 meses venció el 14 de septiembre de 1963. Que el 22 de julio del mismo año (segundo período) el contrato fue prorrogado por un año en estos mismos términos: "2º De acuerdo con la cláusula 7ª del contrato de trabajo acuerdan darlo por prorrogado en la fecha". Esta etapa venció el 14 de septiembre de 1964. Que posteriormente y por medio del "memorandum" de fecha 4 de noviembre de 1964, los contratantes estipularon en el tercer período de ejecución del contrato, prorrogarlo por un año más al consignar en forma que no admite duda lo siguiente: "2º Las partes dan por prorrogado el contrato actual con las adiciones contenidas tanto en el presente memorandum, como en el suscrito con fecha 22 de julio de 1963".

Y de ahí concluye el recurrente que se infiere que tanto en el contenido como en la intención, las partes prorrogaron hasta el 14 de septiembre de 1965 la duración del contrato de fecha 15 de junio de 1962. Y que el argumento del Tribunal, agrega el casacionista, acerca de que la prórroga debió hacerse dentro del mes anterior al vencimiento del plazo estipulado, "no invalida ni demerita jurídicamente la extensión del contrato por el término de un (1) año. Carecería de sentido y no produciría efecto en derecho la locución de que las "partes" dan por prorrogado en la fecha el contrato actual", es decir, el vigente". Y concluye indicando que si otra hubiera sido la intención de las partes habrían sometido el plazo del contrato a la reglamentación legal, por períodos de seis en seis meses, como lo ordena el artículo 49 del C. S. T.

Y en relación con la prueba de posiciones que absolvió el actor, considera que el adquem se equivocó en su apreciación al definir que la prórroga de un año sería por una sola vez. En efecto la cuarta pregunta dice: "Diga el absolvente... cómo es cierto sí o no, que antes del 15 de septiembre de 1964 la empresa no le comunicó a usted por escrito ni su deseo de terminar el contrato, ni su deseo de prorrogarlo por otro período de un año?". Y la respuesta reza: "Sí es cierto y aclaro: Antes del 15 de septiembre la Empresa no me comunicó ni el deseo de prorrogar el contrato de trabajo, ni el deseo de terminarlo, por cuanto mis dos jefes que eran los señores Layolle no se encontraban en la ciudad, cuando llegaron a principios de diciembre yo les manifesté que mi contrato estaba vencido y fue cuando se produjo la segunda prórroga que consta en el expediente a folio número 5". Explicación que el impugnador califica de lógica y racional. Y de todo esto concluye que la apreciación principal que hizo el sentenciador acerca de que se pactó la prórroga del contrato por una sola vez, es equivocada, y que en definitiva debe resarcirse el agravio condenando a la demandada a pagar a Borda Anzola como indemnización por lucro cesante la suma de $ 43.627.86.

El opositor considera en su escrito que este primer cargo es infundado, porque en él no se demuestran los errores de hecho que el recurrente pretende, y menos aún el carácter de ostensibles o evidentes. Y dice que se limita el impugnador a oponer su personal apreciación de parte interesada para tratar de llegar a una conclusión distinta de aquella adoptada por el fallador. Y luego, con suficiente ponderación amplía los argumentos del ad-quem para insistir en la razón que lo animó a resolver la cuestión que se le presentó como lo hizo.

Se estudia

Pretende el recurrente en este primer cargo establecer que el sentenciador, como consecuencia de equivocada apreciación de

los elementos probatorios que señala y analiza, violó el artículo 64 del C. S. T. en relación con las otras disposiciones del mismo que cita. Estima en síntesis, que la segunda prórroga del contrato original, fue, como la primera, por un año y que por consiguiente su vencimiento operaba el 14 de septiembre de 1965, y no, como lo entendió la empresa demandada y luego el sentenciador, el 14 de marzo del mismo año, debiendo aquella en consecuencia pagar al actor los salarios o sueldos correspondientes a seis meses, como se solicitó en el libelo inicial, como resultado de haberlo dado por finalizado un semestre antes de su fecha real de vencimiento.

Este planteamiento lleva necesariamente a la Sala a examinar exhaustivamente los documentos probatorios en los cuales afianza el recurrente el cargo contra la sentencia del Tribunal Superior de Cali, como son, el contrato de trabajo suscrito entre las partes, el "memorandum" de fecha 22 de julio de 1963 y el de fecha 4 de noviembre de 1964, piezas estas que obran a los folios 3, 4 y 5, así como también la diligencia de posiciones por el recurrente citada y la carta de terminación del contrato que corre al folio 6.

Bien, el contrato suscrito entre las partes tiene dos cláusulas de importancia para la definición de la cuestión sometida a estudio. La primera que señala en 15 meses el término de duración del mismo, y la séptima que toca con lo relativo a su prórroga que enseña que un mes antes de vencerse el término la Empresa deberá avisar por escrito al trabajador su deseo de dar por terminado el contrato o de prorrogarlo "por un período que desde ahora se pacta en un (1) año". A la vez se establece allí la obligación para el trabajador, igualmente con un mes de antelación, de avisar a la Empresa su propósito de terminar el contrato o de manifestar todo por escrito, si acepta su prórroga, según lo estime conveniente.

Así, con apoyo en esta última cláusula, las partes convinieron al vencimiento del término inicial, en prorrogar el contrato, en memorando que obra a folio 4, mediante la siguiente expresión: "2º De acuerdo con la cláusula 7ª del Contrato de Trabajo acuerdan darlo por prorrogado en la fecha". Este memorando exhibe fecha 22 de julio de 1963. Quiere decir esto que, por convenio de las partes el contrato se extendió hasta el 14 de septiembre de 1964. Vencido el término atrás e inmediatamente indicado, las partes guardaron silencio en relación con una nueva prórroga hasta el cuatro (4) de noviembre del año últimamente citado, cuando en memorando por ellas suscrito se dijo: "2º Las partes dan por prorrogado en la fecha el contrato actual con las adiciones contenidas tanto en el presente memorandum, como en el suscrito con fecha julio 22 de 1963".

La cuestión fundamental que plantea el cargo que se estudia radica en determinar si la omisión de las partes de dar el aviso sobre la prórroga del contrato con un mes de anticipación a su vencimiento lo convirtió en contrato a término indefinido, como así lo ha entendido el sentenciador o si por el contrario la determinación de prorrogarlo conforme al punto 2º del memorandum de fecha 4 de noviembre de 1964, cuyo texto se transcribió anteriormente, debe considerarse como una determinación convencional de extenderlo a un año, caso en el cual su vencimiento operaría precisamente el 14 de septiembre de 1965, que es la tesis del recurrente.

Para resolver con acierto conviene precisar que no puede decirse, como lo hacen el sentenciador y el opositor, que la cláusula 7ª del contrato original, determina que solo por una vez el contrato puede prorrogarse cuando expresa que con antelación de un mes y por escrito la empresa comunicará al trabajador "el deseo de dar por terminado su contrato de trabajo o prorrogarlo por un período que desde ahora se pacta en un (1) año", porque lo que se quiso fue indicar desde entonces el término al cual deben acomodarse las prórrogas que se convengan ya que el número de éstas es cuestión que depende exclusivamente de la voluntad de los contratantes. En efecto, cuando se dice, —cláusula 7ª— "prorrogarlo por un período que desde ahora se pacta en un año", no

se ha querido indicar que solo por una sola vez el contrato pueda prorrogarse, sino que las prolongaciones del mismo que se acuerden no pueden tener duración mayor o menor de la estipulada, porque se repite, las prórrogas de la convención quedan supeditadas a la autonomía de la voluntad de las partes, que no puede recortarse como se pretende con la equivocada interpretación del ad-quem, que acoge y hace suya el opositor.

Prorrogado el contrato de conformidad con lo expresado en el memorando de fecha 22 de julio de 1963, es evidente que las partes guardaron silencio en cuanto a nueva prórroga hasta el cuatro de noviembre de 1964. Si este silencio no se hubiera roto como lo fue en la fecha que se acaba de citar, la tesis del sentenciador sería exacta y el cargo contra la sentencia formulada no podría tener prosperidad. Pero la verdad es que convertido en contrato a término indefinido, por el silencio de los contratantes, como se ha anotado, éstas, dentro de su ejecución optaron por dar por prorrogado "el contrato actual" con las adiciones en este mismo memorando acordadas y con las convenidas en el de fecha 22 de julio de 1963. Desde luego, y sobre esto no cabe duda alguna, "el contrato actual" no es otro que aquel que venía rigiendo la conducta laboral de las partes desde un comienzo.

De otro lado, no debe perderse de vista que si el propósito de los contratantes hubiera sido el de que el contrato continuara operando como de término indefinido a partir del vencimiento del término en la primera prórroga, les hubiera bastado guardar silencio al respecto. Mas al no hacerlo así, se relieva que su intención no era otra que la de prorrogarlo por un año más con las adiciones que se le habían introducido en los memorandos que ya varias veces se han mencionado.

Hubo, pues, una equivocada interpretación de los términos del memorando últimamente citado por parte del ad-quem y a consecuencia de ella estimó que el contrato vencía en su término presuntivo el 14 de marzo de 1965. Y como secuela de la equivocada apreciación de los elementos de prueba señalados por el recurrente, revocó la sentencia de primer grado cuya confirmación solicita el recurrente una vez casada la de segundo grado.

Por lo expuesto el cargo prospera.

El segundo cargo lo formula así el impugnador: "Infracción indirecta del numeral 8º del artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo, por aplicación indebida y a consecuencia de error evidente de hecho por errónea apreciación de las pruebas".

En la sustentación expresa el recurrente que los errores consistieron:

"a) Dar por demostrado, sin estarlo, que la intención del señor Jaime Borda Anzola fue la de radicarse en la ciudad de Cali después de terminarse su contrato de trabajo con Laboratorio Lutecia de Colombia S. A.;

"b) Dar por demostrado, sin estarlo, que los $ 2.170.00 valor de los pasajes de Bogotá a Cali los recibió el trabajador Jaime Borda Anzola por mera liberalidad del patrono;

"c) Dar por demostrado sin estarlo, que la solicitud de los pasajes de regreso de Cali-Bogotá no la hizo el señor Borda Anzola dentro de un término prudencial; y

"d) No dar por demostrado, estándolo, que la Empresa pagó los pasajes de Bogotá a Cali en cumplimiento de la obligación que ordena el numeral 8º del artículo 57 del C. S. T. y que Jaime Borda Anzola hizo la solicitud de regreso en la debida oportunidad, siendo su voluntad trasladarse de Cali a Bogotá".

Dice el casacionista que resulta cierta la apreciación del sentenciador de que el actor está domiciliado en Cali con base en el contrato escrito de trabajo (f. 2), en el poder otorgado a su apoderado (f. 1), en la confesión provocada rendida ante el Juzgado Segundo del Trabajo de Cali (f. 65) y al notificarse de la nulidad decretada en la segunda instancia (f. 17 vto. del Cuaderno

Segundo), pero agrega, que de esta premisa no puede concluirse que ha sido voluntad del señor Borda Anzola permanecer en dicha ciudad, en donde por razón de su trabajo debía tener su último domicilio.

Lo que sí demuestran los autos, expresa el recurrente, es que Borda Anzola oportunamente solicitó de la empresa demandada los gastos de regreso de Cali a Bogotá (f. 41 del primer cuaderno) y que la posición de la demandada para negar la solicitud fue la de no considerarse obligada por cuanto que el demandante había sido contratado en Cali (f. 50, primer cuaderno). Pero, dice el impugnador, lo que sí registra el plenario con amplia evidencia, es que Borda Anzola fue contratado en Bogotá para prestar sus servicios en Cali, como lo indica la diligencia de inspección ocular en estos términos: "...En cuanto a los gastos que la Empresa pagó al demandante para su traslado de él y su familia de la ciudad de Bogotá a la de Cali se comprobó que ésta le pagó la cantidad de $ 2.170.00 moneda corriente (dos mil ciento setenta pesos) cuyos comprobantes reposan en la contabilidad de la Empresa".

De ahí concluye el impugnador que la demandada debe cumplir la obligación contenida en el numeral 8 del artículo 57 del C. S. T.

El opositor considera que el cargo no tiene asidero por cuando está demostrado en los autos con el contrato escrito y con la confesión del demandante (fs. 2 y 65 a 67) que fue contratado en la ciudad de Cali de donde aparece como vecino. De ahí concluye que la suma que se le dio para traslado de su familia o mejor dicho de algunos de sus familiares, lo fue a título de mera liberalidad.

Se estudia

Sobre este aspecto del problema el Tribunal sentenciador absolvió a la empresa demandada mediante consideraciones que formuló alrededor de los siguientes puntos; Que el contrato de trabajo fue firmado por las partes en la ciudad de Cali y que en dicho documento se afirma que Borda Anzola es "mayor de edad y vecino de Cali"; que los gastos de regreso los solicitó el actor, no propiamente a la terminación del contrato sino el 7 de junio de 1965, con posterioridad a la presentación de la demanda (mayo 13 de 1965) aprovechando la corrección de la misma. Dice de ahí el sentenciador que el trabajador resolvió en principio quedarse en Cali, y que esa fue su intención y siguió siendo, ya que en el poder se afirma su vecindad en Cali (fl. 1), y que lo mismo consta en la diligencia de posiciones que absolvió y aún posteriormente, al notificarse de la nulidad que se decretó en la segunda instancia (f. 17 vto. Cuaderno 2º) "se acentuó el indicio de que el demandante siguió permaneciendo en Cali, lugar en donde fue contratado". Y si bien acepta el ad-quem que en la inspección ocular (f. 56) se comprobó que la demandada pagó a Borda Anzola la suma de $ 2.170.00 por concepto de pasajes concluye que tal suma le fue dada a manera de simple liberalidad.

Se estudia

Los errores de hecho que se atribuyen al sentenciador para que puedan ofrecer un margen de prosperidad al cargo que los denuncia, deben tener el carácter de ostensibles.

Esto quiere decir que no es cualquier error de hecho el que puede dar lugar a la casación de una sentencia, porque la ley misma exige que sea evidente, relievante, ostensible, protuberante y que con tales condiciones incida sobre la parte resolutiva de la sentencia. Por eso, cuando se presentan dos versiones diferentes sobre un mismo hecho, no se configura esta clase de error, como que la cuestión se presenta dudosa, evento en el cual la Corte no puede sustituirse al tribunal de instancia en la apreciación de las pruebas. En el caso de autos encuentra la Sala que las secuencias sacadas por el sentenciador de los elementos de prueba sobre los cuales se apoya la acusación, no configuran en su interpretación el error o errores denunciados, como quiera

que ellas son el resultado de un estudio lógico de los elementos sometidos a su análisis y estudio. Las pruebas relacionadas por el ad-quem específicamente, que son las mismas que examina el recurrente en el cargo que se estudia, permiten reafirmar la determinación por él tomada, de donde la acusación formulada no puede tener la prosperidad perseguida.

El tercer cargo ha sido presentado en los siguientes términos: "Violación directa del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo en relación con los artículos 130 y 249 del mismo cuerpo legal".

En la demostración del cargo dice el impugnador: "Para el fallador constituye una verdad incontrastable en el proceso de que el Laboratorio Lutecia de Colombia S. A., no pagó las prestaciones debidas a Jaime Borda Anzola y por ellos condenó a la demandada en la cantidad de $ 718.93 por reajuste de cesantía. Es así que la indemnización moratoria no surge por el no pago del lucro cesante sino por la mora en el pago de una prestación social (auxilio de cesantía). Relacionando los artículos 130 y 249 del C. S. T. con el 65 del mismo Código, se ve claramente que esta norma ha debido tener aplicación, pues los primeros se consideraron pertinentes fue porque los derechos allí reconocidos no fueron satisfechos".

Sentado lo anterior pide el recurrente: "Debe la H. Corte decretar el quebrantamiento del fallo acusado y convertido (sic) en Tribunal de instancia condene a Laboratorios Lutecia de Colombia S. A. a la indemnización por mora a razón de $ 242.35 diarios desde el 15 de marzo de 1965 y hasta la fecha en que la demandada consignó el auxilio de cesantía por ante el Juzgado 2º del Trabajo de Cali (24 de octubre de 1966) en cuantía de $ 718.98 m/cte.".

El opositor expresa sobre el particular: "... el tercer cargo que formula el casacionista, no se ajusta a la técnica que requiere el recurso extraordinario, por cuanto no se puede invocar la forma de violación directa de la norma con fundamento en posibles o pretendidas cuestiones fácticas. Son cuestiones de hecho determinar si a la terminación del contrato se pagó al trabajador todas las prestaciones debidas o si solamente se canceló parte; saber si hay o no buena fe en lo pagado o consignado; y rechazan todo concepto de violación directa de la ley... Desde otro punto de vista, no debe olvidarse que el pago de la indemnización moratoria, según se desprende del art. 65 del C. S. T. y de la reiterada interpretación de la jurisprudencia, sujeto está a la buena o mala fe con que haya podido actuar el patrono en el pago de lo que considera deber a la terminación del vínculo contractual. En el presente caso, al trabajador cuando terminó el contrato que le canceló la suma de $ 25.434.51 por concepto de acreencias laborales. La empresa de la mejor buena fe creyó que solamente esa cantidad se le adeudaba. En la segunda instancia se le dedujo en su contra una pequeña suma por concepto de reajuste de cesantía ($ 718.93), que resulta exigua frente a la mayor cantidad pagada. Y con razones válidas sostuvo en las instancias que ese reajuste no podía hacerse, entre otras cosas por desconocerse que parte de los viáticos recibidos correspondían a alimentación y alojamiento. No existió, pues, jamás el menor indicio de mala fe en el no pago de ese pequeño reajuste. Por lo tanto no se la puede condenar a indemnización moratoria...".

Se estudia

Evidentemente en la segunda instancia el Tribunal produjo un reajuste en la cesantía del demandante por un total de $ 718.93, habida consideración de que la Empresa no calculó sobre los viáticos que el trabajador recibió, la parte correspondiente a alimentación y alojamiento, circunstancia esta que llevaría en principio a la prosperidad del cargo formulado, si no fuera porque la Empresa demandada, —habida consideración de la reiterada jurisprudencia de esta Corporación que toma en cuenta para los efectos de aplicación de la disposición contenida en el artículo 54 del C. S. T. la mala fe patronal, procedió en forma razonable no solamente al haber expuesto motivos valederos que justifican su conducta, sino también al haber consigna-

do una suma muy considerable en relación con aquella, materia de la condena proferida por el ad-quem en la sentencia cuya casación se pretende. En efecto, los razonamientos de la demandada le quitan a su posición en el juicio todo carácter de mala fe por lo que se le resta así toda posibilidad de aplicación a la norma que el recurrente estima violada. Y es que cabe anotarse aquí que con reiteración esta Sala ha dicho que el artículo 65 del C. S. T. "solo puede aplicarse en aquellos casos que no presenten duda, mas no en los que se controvierta la existencia de la obligación, por haber incertidumbre de buena fe del patrón acerca de ella". Ha dicho igualmente la Corporación sobre el mismo tema que "este concepto de sanción que el precepto consagra es incompatible con la noción de buena fe, de modo que si el patrón niega la existencia del derecho sin malicia, es decir, obra de buena fe, mal puede sancionársele si su conducta aparece clara al respecto".

El cargo, en consecuencia, no prospera.

Consideraciones de instancia

De conformidad con lo expresado en el estudio del cargo primero, el contrato suscrito entre las partes se prorrogó por su propia voluntad (memorando de fecha 4 de noviembre de 1964) hasta el 14 de septiembre de 1965, de donde al dársele por terminado por parte de la demandada a partir del 14 de marzo de este año, según lo expresado en la comunicación que obra a folio 6 del cuaderno primero, preciso es concluir que el actor tiene derecho a que aquella le pague el valor de los sueldos dejados de percibir durante el tiempo que faltó por completar el término señalado de un año, o sean, los sueldos de seis (6) meses a razón de $ 7.271.31 que es el salario mensual establecido en autos, lo que da un total de $ 43.627.86.

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 recurrida en cuanto revoca la de primer grado en lo referente a la condena por lucro cesante, y en su lugar, obrando como tribunal de instancia, confirma la sentencia del a-quo sobre el mencionado particular. No la casa en lo demás.

Sin costas.

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

José Enrique Arboleda V., Miguel Angel García B., José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

ERROR DE HECHO

El artículo 7º de la Ley 16 de 1969 dispuso que el error de hecho será motivo de casación solamente cuando provenga de la falta de apreciación o apreciación errónea de un documento auténtico, de una confesión judicial o de una inspección ocular.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., febrero veintidós de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina).

(Acta número 9).

Se va a resolver el recurso de casación interpuesto por el apoderado de Eduardo Jaime Martínez contra la sentencia de 31 de julio de 1970, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, en el juicio seguido por el recurrente contra Codep & Socorsa Limitada y otros.

Antecedentes

Por medio de apoderado, Eduardo Jaime Martínez, mayor de edad, vecino de Bogotá, identificado con cédula de ciudadanía número 17013270 expedida en esta ciudad, solicitó que Codep & Socorsa Limitada y los señores Pfeil Schneider y Carlos W. Schulubach R. fueran condenados a pagarle salarios insolutos, reajuste de prestaciones sociales e indemnización moratoria.

En apoyo de la demanda fueron presentados algunos hechos, en la siguiente forma:

"1º Eduardo Jaime M. prestó sus servicios a los demandados en el lapso comprendido entre el 28 de julio de 1965 y el 28 de junio de 1966 desempeñando las funciones propias de Subgerente de la firma Codep & Socorsa Ltda.

"2º Mientras fue Subgerente de Codep & Socorsa Ltda. Eduardo Jaime devengó un sueldo fijo de $ 3.000.00 mensuales, más un porcentaje sobre ventas y comisiones, con un mínimo garantizado de $ 5.000.00 al mes.

"3º Con fecha marzo 16 de 1966 la firma Codep & Socorsa Ltda., representada por su Gerente Carlos W. Schulubach, se comprometió a cancelar, con cargo al salario variable estipulado en favor de Eduardo Jaime, un saldo que éste adeudaba al Banco de América Latina, deuda que debía ser cubierta totalmente a más tardar el 30 de junio del año en curso y que, según informe de mi mandante, aún no ha sido cubierta por la mencionada Sociedad.

"4º Como consecuencia del incumplimiento en que incurrió Codep & Socorsa Ltda., al no pagar oportunamente al Banco de América Latina el saldo de la deuda contraída por Eduardo Jaime, éste fue gravado con la suma de $ 3.465.12 por concepto de intereses, más la cantidad de $ 3.000 por concepto de honorarios del doctor Manuel Arbeláez.

"5º Al retirarse del servicio de los demandados Eduardo Jaime, recibió la suma de $ 4.583.26 por concepto de auxilio de cesantía y $ 2.291.57 por vacaciones, pero se reservó, según constancia de su puño y letra dejada en la copia de la nota remisoria de la respectiva liquidación, el derecho de exigir cualesquiera otras cantidades de dinero que por ley le correspondan.

"6º Al liquidar y pagar el auxilio de cesantía, las primas de servicio y las vacaciones causados en favor de Eduardo Jaime, la Sociedad Codep & Socorsa Ltda. no incluyó la totalidad del salario estipulado en favor del actor sino únicamente el sueldo fijo y el mínimo garantizado sobre comisiones según el respectivo contrato laboral.

"7º Durante largo tiempo a Eduardo Jaime le descontó Codep & Socorsa Ltda., la suma de $ 1.000.00 mensuales para abonar dicha cantidad al Banco de América Latina, valor que no fue entregado oportunamente a la entidad bancaria y fue retenida ilegalmente por la firma demandada.

"8º A pesar de los múltiples requerimientos que Eduardo Jaime les ha hecho sobre el particular, hasta la fecha los demandados se han negado a pagar al demandante el valor total de las comisiones estipuladas en favor de aquel. Tampoco se le ha hecho el correspondiente reajuste de prestaciones sociales.

"9º Hasta la fecha los demandados se han abstenido deliberadamente de pagar, o en su lugar consignar, el valor total de las comisiones estipuladas en favor de Eduardo Jaime, pues solo se le han hecho pequeños abonos sobre el particular, y es la hora en que ni siquiera se han cancelado a mi mandante las comisiones cuya relación se acompaña a este libelo, en cuantía de US$ 1.920.78".

Como fundamentos de derecho fueron invocados los preceptos del Código Sustantivo del Trabajo y los del decreto 2351 de 1965.

El apoderado de Codep & Socorsa contestó los hechos de la demanda, así:

"El primer hecho lo niego en parte; no es cierto que el señor Eduardo Jaime M., prestara sus servicios a todos los demandados; el señor Eduardo Jaime M., prestó sus servicios únicamente a la firma Codep & Socorsa Ltda.

"Al segundo hecho contestó: No es cierto. El señor Jaime M., devengó un sueldo fijo de $ 3.000.00 y $ 2.000.00 sobre comisiones garantizadas suma esta que excedió el total de las comisiones que efectivamente ganó el señor Jaime M.

"Al tercer hecho lo contesto así: No es cierto y aclaro, la Compañía ofreció en carta de febrero 2 de 1966, que a usted respetuosamente acompaño para que sea tenido en prueba, "abonar al Banco de la América Latina y del producto de las comisiones que había garantizado por contrato al señor Jaime, sumas periódicas hasta completar la deuda que él había contraído para con dicho Banco, a base repito, de las comisiones causadas, y cancelar el préstamo de plazo vencido a cargo del señor Eduardo Jaime Martínez, circunstancia esta por la cual el Banco recurrió a sus abogados para el cobro. Mucho menos, asumió el papel de fiador del señor Jaime M., en forma tal que obligara a la Compañía a cancelar el producto de una deuda particular contraída entre el citado Banco y el Trabajador, sino la Compañía hizo este ofrecimiento amigable para salvar a su Subgerente de un embargo y de una demanda contra ese señor sin, como se ha dicho ya, comprometerse como fiador del señor Eduardo Jaime M. ante el banco citado.

"Al hecho cuarto contesto: No es cierto; el incumplimiento fue del señor Jaime M., para con el Banco de América Latina y no de la Compañía Codep & Socorsa Ltda., ya que, el pagaré suscrito entre el señor Jaime M., y el Banco se venció sin que él lo cancelara y por consiguiente, era él solo quien tenía la obligación de cancelar su deuda y es absurdo, que la Compañía, tenga que entrar a cancelar honorarios de abogados, causados con motivo de incumplimiento del señor Jaime M., para con el Banco, ni pagar con su dinero, deudas contraídas particularmente por él y bajo su propio riesgo y cuenta.

"Al hecho quinto contesto: No es cierto y aclaro; fuera de estas sumas recibió $ 1.300 más por concepto de su sueldo correspondiente a la segunda quincena del mes de julio de este año, tal como puede verse en la hoja de liquidación que a usted respetuosamente adjunto para que sea tenido como prueba.

"Al hecho sexto contesto así: No es cierto; al señor Jaime M., se le incluyó al liquidar y pagar el auxilio de cesantía la totalidad del salario estipulado ya que las comisiones percibidas durante el tiempo que el señor Jaime M., trabajó, en ningún momento sobrepasan el valor de los $ 2.000.00 garantizados por el contrato.

"Al hecho séptimo, contestó así: No es cierto; debe probarlo el actor. La Compañía consignó al Banco los dineros que le descontó al señor Jaime M., e inclusive lo hizo en exceso al extremo, que hoy el señor Jaime M., debe a la Compañía la suma de $ 11.266.60 pagados demás al demandante, como anticipo sobre las comisiones garantizadas por el contrato como demostraré en la Inspección Ocular sobre los libros de la Sociedad.

"Al hecho Octavo contesto: No es cierto; la Compañía no ha sido requerida para cancelar el valor total de las comisiones que ella pudiera estar debiendo al señor Jaime M., todo lo contrario, la Compañía ha cancelado después del retiro del señor Jaime M., el valor de todas las comisiones que se han ido causando a su favor, sobre los negocios que efectivamente se han realizado, como lo demuestro con los recibos que acompaño, ha seguido cancelando la deuda que el señor Jaime M., contrajo con el Banco de América Latina habiendo cancelado hasta la fecha $ 22.907.67 y además, la Compañía no tiene por qué hacer reajuste de prestaciones sociales al señor Jaime M., ya que como él lo dice en su carta de renuncia, a ello, no está obligada la Compañía sino únicamente, a cancelar en liquidación futura, el valor de las comisiones que efectivamente se vayan causando sobre los negocios que se realizaron mientras él prestó sus servicios a la firma. La carta de renuncia del señor Jaime M., que me permito acompañar para que sea tenida como prueba dice así en el párrafo correspondiente "Lo mismo, deseo que quede claro la situación con relación a los negocios que han sido trabajados y adelantados por mí, los cuales de realizarse deberá ser incluídas en una liquidación futura.

"Al hecho noveno contesto así; No es cierto y aclaro: La Compañía no ha cancelado el valor total de las comisiones estipuladas al señor Jaime M., por cuanto que como él mismo dice en su carta de renuncia, la Compañía solo debe esas comisiones hasta el momento en que el negocio se realice, y efectivamente, ha venido cancelando al señor Jaime M., las comisiones que se han venido causando como lo demuestra con los recibos que acompaño".

El Juez Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, que conoció del juicio en primera instancia, dictó el 13 de enero de 1970 ,sentencia por medio de la cual absolvió a los demandados de todos los cargos del libelo y condenó en costas al demandante. De la providencia apeló el apoderado de Eduardo Jaime M.

En sentencia de 31 de julio de 1970, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, confirmó en todas sus partes el fallo de primer grado y condenó al apelante en las costas de la segunda instancia. El apoderado de Eduardo Jaime M. interpuso recurso de casación contra dicha providencia.

La acusación

Pretende el impugnador que "la Sala de Casación Laboral de la Corte case el fallo de segundo grado y que, convertida en Tribunal de instancia, revoque las sentencias de primera y de segunda instancias recaídas en esta litis, y, en su lugar, condene a los demandados, mancomunada y solidariamente, a pagar a Eduardo Jaime Martínez, demandante, las cantidades de dinero que resulten a deberle por salarios insolutos (comisiones), auxilio de cesantía (reajuste), prima de servicios (reajuste), vacaciones (reajuste), e indemnización moratoria, en la cuantía que más adelante se determina.

Cargo único

Dice el impugnador:

"Violación, por vía indirecta y por falta de aplicación, del artículo 57, numeral 4º del Código Sustantivo del Trabajo, en

relación con el 127 ibídem, normativos del pago de salarios; artículos 249 del citado Código y 17 del Decreto 2351 de 1965, y ley 48 de 1968, relacionados con el auxilio de cesantía; artículos 186 y 192 del mismo Estatuto y 14 del Decreto 2351 de 1965, sobre pago de vacaciones remuneradas; artículo 306 del C. S. del T. sobre prima de servicios; el artículo 65 del aludido Código, que prescribe la indemnización moratoria aquí impetrada, en concordancia con los artículos 22 y 23 de tal Estatuto, alusivos a la existencia del contrato laboral, y el artículo 607 del Código Judicial, referente a la confesión de parte, violación que provino de un manifiesto error de hecho en la estimación probatoria".

El error de hecho se hace consistir en que la sentencia no dio "por establecido, estándolo, que la parte demandada adeuda al actor la cantidad de US$ 1.920.78 por concepto de salarios insolutos (comisiones); el correspondiente reajuste de prestaciones, esto es, auxilio de cesantía, vacaciones y prima de servicios, y la consecuencial indemnización moratoria".

Las pruebas que según el recurrente fueron equivocadamente apreciadas y condujeron al fallador al error de hecho, son: la carta de 28 de junio de 1966, que aparece al folio 6 del cuaderno principal; la relación de comisiones: la confesión contenida en la contestación al hecho 9º de la demanda, según se ve al folio 40; y el documento del folio 91.

Se observa

Al presentar el alcance de la impugnación, el recurrente dice que después de casada la sentencia de segunda instancia debe revocarse la misma, lo cual es perfectamente imposible, ya que la casación quiebra la sentencia de segunda instancia y la Corte como Tribunal decide en lugar del fallador de segundo grado. Esta incongruencia de la petición no es suficiente para desestimar el cargo, por cuanto en el mismo alcance de la impugnación se solicita la revocatoria de la sentencia de primera instancia, pero la Sala hace la observación con miras a buscar una mejor formulación de las demandas de casación.

Se considera

La última de las pruebas indicadas por el casacionista, la carta del folio 91, consiste en una copia de certificado expedido por el Jefe del Departamento de Cartera del Banco de América Latina. Tal pieza no es documento auténtico porque proviene de un tercero y no fue reconocido en el juicio. Tampoco constituye confesión ni es materia de inspección ocular.

El artículo 7º de la ley 16 de 1969 dispuso que el error de hecho será motivo de casación laboral solamente cuando provenga de falta de apreciación o apreciación errónea de un documento auténtico, de una confesión judicial o de una inspección ocular.

Por lo tanto, el error de hecho alegado no puede sustentarse en la indebida apreciación de la prueba del folio 91 del cuaderno principal.

Los documentos de folios 6 a 8 del primer cuaderno, que el recurrente considera demostrativos de la deuda por salarios reclamados, y que el sentenciador no admitió como pruebas suficientes para establecer el valor de las comisiones solicitadas, consisten en una carta y en una relación de las comisiones.

La carta del folio 6 dice en lo pertinente:

"También le entregamos el cuadro de comisiones por recibir según lo estipulado en el contrato de trabajo firmado. Tales comisiones le pagaremos en el curso de los próximos 2 meses deduciendo de ellas una vez lo pagado por nosotros al Banco de América Latina y lo anticipado en nuestros libros".

La relación de comisiones, folios 7 y 8, arroja un valor de US$ 1.920.78, pero en el mismo documento se indica que de esa suma fueron pagados US$ 276.97.

Del examen de los documentos mencionados no resulta la obligación de pagar una suma determinada, ni la promesa de cubrir cantidad exacta. La carta del folio 6 contiene la afirmación de que en 2 meses se pagarán las comisiones menos lo cubierto al Banco de América Latina y los anticipos verificados, por lo cual es perfectamente indeterminable el saldo adeudado, ya que no se estableció ninguno de los dos factores que habían de restarse.

En cuanto a la respuesta al hecho noveno de la demanda, se observa que la parte demandada admite no haber pagado el valor total de las comisiones estipuladas, pero advierte que ellas no se deben sino cuando el negocio se realice, y agrega que ha pagado las que se han causado. No contiene la respuesta indicada una confesión de deber, pues se refiere a comisiones estipuladas que en ese momento no se habían causado.

No aparece de manifiesto el error de hecho indicado por la censura, ya que no es evidente que las pruebas señaladas como mal apreciadas, establezcan la deuda afirmada.

Como el artículo 7º de la Ley 16 de 1969 exige que el error de hecho sea manifiesto, no puede prosperar el cargo formulado.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nómbre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 31 de julio de 1970, en el juicio seguido por Eduardo Jaime Martínez contra Codep & Socorsa Limitada y otros.

Sin costas por no haberse causado.

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

Juan Benavides Patrón, Alejandro Córdoba Medina, Jorge Gaviria Salazar.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

GASTOS NECESARIOS PARA EL CUMPLIMIENTO DE LA GESTION

La Corte, por providencia de 22 de febrero de 1971, reformó la sentencia de primer grado en el juicio de Alpiniano Giraldo y Francisco Méndez Villaquirán contra la Sociedad "Carlos y Alvaro Hormaza Ltda.". (Véase sentencia de 3 de julio de 1970).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., veintidós de febrero de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Doctor Juan Benavides Patrón).

(Acta número 8).

En la providencia de tres de julio de 1970, que desató el recurso de casación propuesto por ambas partes contra el fallo pronunciado por el Tribunal Superior de Popayán en el juicio ordinario de Alpiniano Giraldo Duque y Francisco Méndez Villaquirán contra la Sociedad "Carlos y Alvaro Hormaza Ltda.", esta Corporación casó parcialmente la sentencia recurrida en cuanto reformó el fallo de primer grado en el sentido de fijar la condena por lucro cesante en la suma de noventa y un mil sesenta y cuatro pesos con cuarenta centavos ($ 91.064.40) y en seis mil quinientos cuatro pesos con sesenta centavos ($ 6.504.60) la de cesantía y en cuanto confirmó la condena por prima de servicios, y antes de decidir la Corte en función de instancia, nombró un perito, en auto para mejor proveer, "para que avalúe los gastos realizados por Alpiniano Giraldo Duque y Francisco Méndez Villaquirán en el cumplimiento de sus funciones pactadas en el contrato que obra a folios 5 y 6 del primer cuaderno, y a los cuales se refieren las cláusulas quinta, sexta, séptima y quince de dicho contrato, consistentes en los gastos necesarios para la gestión desarrollada por ellos durante el período comprendido entre el mes de octubre de 1964 y julio de 1965; lo pagado por arrendamiento del local situado en la carrera 7ª número 4-64 de Popayán, desde el 1º de enero de 1965 hasta el 30 de julio del mismo año; la cuantía del salario devengado por Fabiola Mosquera durante un mes y dieciocho días, Livia Villaquirán durante dos meses y Amparo Villaquirán durante dos semanas, en su calidad de trabajadoras de los demandantes y como compensación a los servicios que ellas prestaron; y la prima de un seguro por veinte mil pesos en diez meses para garantizar el buen manejo de las mercancías que Alvaro y Carlos Hormaza Ltda. entregaban a Alpiniano Giraldo Duque y Francisco Méndez Villaquirán".

Comisionado el Tribunal Superior de Popayán, Sala Civil Laboral, para nombrar el perito, posesionarlo y fijarle término para rendir el dictamen, designó al doctor Carlos Enrique Chaux, quien oportunamente emitió su opinión.

Corrido el traslado a las partes, éstas guardaron silencio, por lo cual se aprobó el dictamen. En la misma providencia se señaló como honorarios del perito la cantidad de doscientos pesos ($ 200.00) a cargo de Carlos y Alvaro Hormaza Ltda., suma que no ha sido cubierta.

Según el artículo 568 del Código de Procedimiento Civil, subrogado por el artículo 60 de la Ley 63 de 1963, "no podrá aprobarse ninguna diligencia de avalúos en juicio mortuorio, ni tenerse como prueba la que

se practique en otro juicio, sin que haya constancia en autos del pago o arreglo satisfactorio de los honorarios periciales". El artículo 39 del Decreto 2265 de 1969 dispuso: "En firme la regulación de honorarios, no será apreciada la prueba en que haya intervenido un auxiliar de la justicia, ni oída la parte a quien corresponda el pago de los respectivos honorarios, mientras éstos no hayan sido cancelados, sin necesidad de requerimiento previo".

No siendo posible, de acuerdo con las normas transcritas, estimar como prueba la pericia rendida por el doctor Carlos Enrique Chaux, se procederá a proferir la decisión que sustituirá el fallo de segunda instancia en cuanto fue casado, con fundamento en los elementos probatorios que obran en el proceso.

No existe prueba alguna sobre el valor de los gastos ocasionados por la gestión de Alpiniano Giraldo Duque y Francisco Méndez (cláusula quinta del contrato), ni sobre el precio del arrendamiento del local que éstos ocupaban (cláusula sexta); ni de la cuantía de la prima del seguro para garantizar el cumplimiento de las obligaciones (cláusula quince).

En relación con el valor del salario devengado por Fabiola Mosquera durante un mes y diez y ocho días, Livia Villaquirán durante dos meses, y Amparo Villaquirán durante dos semanas, períodos en que estuvieron al servicio de Alpiniano Giraldo y Francisco Méndez, en desarrollo de la cláusula séptima del contrato a que se ha venido haciendo referencia, estima la Sala que a falta de pruebas sobre el que ellas pactaron con los demandantes, debe tomarse el salario mínimo legal que regía para la época en que prestaron sus servicios.

El artículo 1º del Decreto 236 de 1963, vigente en los años de 1964 y 1965, fijó el salario mínimo para Popayán en la suma de $ 12.60 diarios, para los trabajadores de empresas o patronos de capital superior a $ 200.000.00. No existiendo prueba sobre el patrimonio de Giraldo y Méndez, se tomará el salario anterior como el mínimo que devengaron los trabajadores a su servicio.

Haciendo las operaciones aritméticas, con base en el salario de $ 12.60 diarios, se obtiene que Fabiola Mosquera por lo menos debió devengar $ 756.00; Livia Villaquirán $ 226.80, y Amparo Villaquirán $ 176.40. Las cesantías liquidadas según el tiempo de servicio y el salario mínimo ascienden a $ 63.00, $ 18.90 y $ 14.65, respectivamente. O sea que, en total, el mínimo que estaban obligados a pagar los demandantes por concepto de salarios, es de $ 1.159.20; y por auxilio de cesantía, $ 96.55. Sumando las dos cantidades, se obtienen $ 1.255.75, que se deducirán del monto de las comisiones recibidas, por no constituir salario de acuerdo con las consideraciones hechas en la sentencia que decidió el recurso extraordinario de casación.

Durante el período comprendido entre el 1º de octubre de 1964 y el 30 de junio de 1965, Francisco Méndez Villaquirán y Alpiniano Giraldo recibieron un total de $ 65.046.08 por concepto de comisiones (hecho 21 de la demanda y documentos que aparecen de folios 73 a 118 del cuaderno principal). Deduciendo la cantidad de un mil doscientos cincuenta y cinco pesos con 75/100 ($ 1.255.75) que, como ya se dijo, no constituye salario, se obtiene un resultado de $ 63.790.33, suma en que se fija el valor de los salarios devengados por los demandantes.

Habiendo durado diez (10) meses la relación de trabajo el promedio mensual es de $ 6.379.03, base que se tomará para liquidar el auxilio de cesantía y la indemnización por lucro cesante.

Indemnización por lucro cesante

Tienen derecho los demandantes a una indemnización igual al valor de los salarios correspondientes al tiempo faltante para vencerse el término del contrato, o sean catorce meses, pues los dos años que se fijaron se cumplían el 1º de octubre de 1967 y el contrato se dio por terminado el 30 de julio de 1965. A razón de seis mil trescientos setenta y nueve pesos con 03/100 ($ 6.379.03) mensuales, la indemnización por lucro cesante asciende a ochenta y nue-

ve mil trescientos seis pesos con 42/100 ($ 89.306.42), de acuerdo con el artículo 64 del C. S. del T. Como la condena del a-quo fue de $ 92.406.54 se modificará para ajustarla a la cuantía obtenida por esta Corporación.

Auxilio de cesantía

Habiendo trabajado los demandantes durante diez meses, tienen derecho a un auxilio de cesantía de cinco mil trescientos quince pesos con 85/100 ($ 5.315.85) de conformidad con los artículos 249 y 253 del C. S. del T. Se modificará en este punto la sentencia del a-quo, quien condenó a pagar por este concepto la suma de $ 3.889.20. El Tribunal había condenado a pagar $ 6.504.60.

Primas de servicios

Los demandantes trabajaron tres meses en el segundo semestre de 1964. Aplicando el artículo 306 del C. S. del T., tienen derecho a una prima de servicios proporcional. Del primero de octubre al 31 de diciembre de 1664 recibieron por comisiones, según los documentos que obran a folios 73 a 90, $ 28.366.64. De esta suma no se deduce ninguna cantidad por cuanto Fabiola Mosquera. Livia Villaquirán y Amparo Villaquirán declararon que trabajaron al servicio de los demandantes en 1965 (folios 175 a 177). El salario promedio mensual asciende, en consecuencia, a nueve mil cuatrocientos cincuenta y cinco pesos con 54/100 ($ 9.455.54) y la prima proporcional a $ 2.363.88.

Del primero de enero de 1965 al 30 de junio de 1965, las comisiones pagadas a los demandantes tuvieron un valor de $ 36.679.44; deduciendo $ 1.255.75, se obtiene un salario de $ 35.423.69 y un promedio mensual de $ 5.903.94. La prima de servicios por dicho semestre, igual a quince días de salarios, asciende a $ 2.951.97. Total de las primas de servicios, $ 5.315.85. En esta suma se fijará la condena, modificando la del a-quo, quien señaló $ 5.370.16.

De acuerdo con las consideraciones anteriores y en función de instancia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

Resuelve

1º Refórmase la sentencia de primer grado proferida en el juicio de Alpiniano Giraldo y Francisco Méndez Villaquirán contra Carlos y Alvaro Hormaza Ltda., en la siguiente forma: Condénase a la Sociedad denominada "Carlos y Alvaro Hormaza Ltda." domiciliada en Popayán y legalmente representada por los señores Carlos Vicente Hormaza B. y Alvaro Hormaza B., a pagar a los señores Alpiniano Giraldo y Francisco Méndez Villaquirán, la cantidad de noventa y nueve mil novecientos treinta y ocho pesos con 12/100 ($ 99.938.12), en la proporción de cuarenta y nueve mil novecientos sesenta y nueve pesos con 06/100 ($ 49.969.06) para cada uno, por los siguientes conceptos: a) Por auxilio de cesantía, cinco mil trescientos quince pesos con 85/100 ($ 5.315.85); b) Por lucro cesante, ochenta y nueve mil trescientos seis pesos con 42/100 ($ 89.306.42), y c) Por primas de servicios, cinco mil trescientos quince pesos con 85/100 ($ 5.315.85).

2º Confírmase en todo lo demás.

3º Sin costas en la segunda instancia.

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.

PRUEBA DE LA PERSONERIA

El recurrente, quien obra en este caso como representante judicial de la persona jurídica denominada "Naviera Fluvial Colombiana S. A.", ni al contestar la demanda, ni en el curso del juicio debatió como cuestión principal, el problema traído a consideración de la Sala, en el recurso extraordinario de casación, o sea, que bastó la simple afirmación hecha en el libelo, de que tal sociedad tenía existencia legal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., veintidós (22) de febrero de mil novecientos setenta y uno (1971)

(Magistrado Ponente: Doctor Jorge Gaviria Salazar).

(Acta número 9).

Luis Manuel Villalba de la Rosa, por conducto de apoderado, demandó a la Sociedad Naviera Fluvial Colombiana S. A., representada por su gerente, para que fuera condenada a pagarle una pensión mensual vitalicia de jubilación o vejez, equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) sobre el último sueldo mensual devengado.

Indicó el actor como hechos de su demanda los siguientes:

"Primero. El señor Luis Manuel Villalba de la Rosa ingresó a prestar sus servicios personales a la sociedad "Naviera Fluvial Colombiana S. A.", desde el año de 1930, en la Sección de Pintura, hasta el año de 1962, con un sueldo, cuya cuantía se determinará en su oportunidad legal, habiendo estado así vinculado a un contrato de trabajo o relación de trabajo.

Segundo. El señor Luis Manuel Villalba de la Rosa nació en el Guamo el 10 de abril de 1908, y, por tanto, hasta la fecha tiene más de sesenta años de edad; y habiendo prestado más de treinta (30) años de servicios a Naviera Fluvial Colombiana S. A., tiene derecho según la ley, a que se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación, equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del último sueldo devengado, de conformidad con el artículo 260 del Código del Trabajo, la que se debe desde la fecha en que el trabajador la solicite.

Tercero. El capital de la sociedad Naviera Fluvial Colombiana S. A.", es mayor de ochocientos mil pesos ($ 800.000.00) moneda legal colombiana.

En derecho fundamentó el libelo en los artículos 260 y 262 del C. S. T., en las leyes 77 de 1959, 171 de 1961 y 1ª de 1963, y en el Decreto Reglamentario número 1611 de 19 de junio de 1962.

El Juzgado 3º Municipal del Trabajo que conoció del juicio, admitió la demanda y ordenó correr traslado de ella al representante de la entidad demandada, acto que se cumplió, según aparece de la diligencia que obra al folio 8 vuelto del cuaderno principal.

El Gerente de la Sociedad confirió poder a abogado titulado y éste, en la primera audiencia de trámite manifestó que constataba la demanda negando el hecho primero

y aceptando el 3º. Nada dijo respecto al segundo y propuso la excepción de prescripción.

Tramitada la primera instancia el Juzgado le puso fin por sentencia de fecha diez (10) de abril de 1970, resolviendo lo siguiente:

"1º No decretar la pensión de jubilación solicitada, en el presente juicio de Luis Manuel Villalba de la Rosa, representado por el doctor Raúl Jurado, contra la Empresa Naviera Fluvial Colombiana S. A., representada por el doctor Carlos H. Escudero.

"2º Decretar, como probada en parte la excepción de prescripción propuesta.

"3º Sin costas".

El apoderado del actor interpuso recurso de apelación contra la anterior providencia y el Tribunal Superior de Barranquilla al revisarla revocó lo dispuesto por el a-quo, y dispuso en fallo de 13 de agosto de 1970:

"Condénase a la Empresa Naviera Fluvial Colombiana S. A. a pagar al señor Luis Manuel Villalba de la Rosa una pensión mensual vitalicia de jubilación por valor de trescientos quince pesos ($ 315.00) m|l. a partir del veintisiete (27) de septiembre de mil novecientos sesenta y cinco (1965); y de cuatrocientos veinte pesos ($ 420.00) desde el veintisiete (27) de septiembre de mil novecientos sesenta y siete (1967)".

No impuso costas.

Contra la resolución del Tribunal interpuso recurso extraordinario de casación el apoderado de Naviera Fluvial Colombiana S. A., el cual concedido por el ad-quem y admitido por la Corte, se procede a resolver teniendo para ello en cuenta el escrito con que se sustentó. No hubo réplica.

El recurso

Con el se pretende que la Corte, Sala de Casación Laboral "case la sentencia de la fecha y procedencia indicadas y, como Tribunal de Instancia, confirme la dictada por el señor Juez Tercero Laboral del Circuito de Barranquilla de fecha 10 de abril de 1970".

El casacionista al formular el único cargo que hace contra la sentencia, estima que el Tribunal "violó, indirectamente, por aplicación indebida, el artículo 260 del C. S. del T., como consecuencia del error de derecho en que incurrió al dar por demostrada la existencia de la sociedad demandada por un medio de prueba no autorizado por la ley".

Dice en la demostración del ataque, que la Sala Laboral del Tribunal de Barranquilla, da por demostrado, sin estarlo, que el actor prestó sus servicios en forma continua desde el año de 1930 hasta 1962 a la sociedad demandada.

Agrega que, en parte alguna del expediente se encuentra la prueba de la constitución y de la existencia de la persona jurídica denominada "Naviera Fluvial Colombiana S. A." y "de la persona que tiene su representación legal", y dice que, "para demostrar la constitución y la existencia de las personas jurídicas, especialmente de las sociedades, la ley exige la prueba ad-sustantiam actus, es decir una prueba solemne que, para el caso de estudio, no puede ser otra que el certificado de la Cámara de Comercio", tal como lo preceptúa el artículo 4º de la Ley 28 de 1931.

Afirma que en el juicio ha debido acreditarse con esta prueba, que Naviera Fluvial existió desde 1930 y continuó siendo esta misma persona jurídica durante todo el tiempo en que se afirma que Villalba de la Rosa le prestó sus servicios.

En cuanto a la incidencia del error, dice que como la constitución y existencia de la Sociedad se presumió por la simple afirmación de la demanda, entonces se infringió indirectamente el artículo 260 del C. S. del T., al aplicarlo, indebidamente, a una situación de hecho que no cabe dentro de sus regulaciones, y es el resultado del error de derecho en que incurrió el sentenciador.

Concluye el impugnador, así:

"El Tribunal no se dio cuenta de que faltaba la demostración de uno de los presupuestos procesales, la capacidad sustantiva de la demandada. Al no exigir la prueba solemne sobre la constitución y existencia de la sociedad incurrió en error de derecho y violó indirectamente, el artículo 260 del C. S. del T. al aplicarlo en forma indebida.

Demostrado como está el cargo, la H. Corte Suprema de Justicia debe casar la sentencia recurrida de la fecha y procedencia indicadas y confirmar la dictada por el señor Juez Tercero Laboral de Barranquilla.

En el supuesto de que la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia decidiera no casar la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla, se llegaría a la conclusión de que se puede condenar a una persona jurídica sin haber demostrado su constitución legal y la existencia de la misma por los medios de prueba ordenados por la ley, violándose así también la norma contenida en el artículo 26 de la Constitución Nacional que dispone observar la plenitud de las formas propias de cada juicio.

Consideraciones de la Corte

I. El recurrente, quien obra en este caso como representante judicial de la persona jurídica denominada "Naviera Fluvial Colombiana S. A.", ni al contestar la demanda, ni en el curso del juicio debatió como cuestión principal, el problema traído a consideración de la Sala, en el recurso extraordinario de casación, o sea, que bastó la simple afirmación hecha en el libelo, de que tal sociedad tenía existencia legal;

II. De conformidad con el artículo 36 del C. P. L., "el demandante no está obligado a presentar con la demanda la prueba de la existencia de la persona jurídica contra la cual va dirigida ni de la calidad de su representante".

Le bastará, dice la norma con designarlos, a menos que en el juicio se debata como cuestión principal este punto.

III. Igualmente, de conformidad con el inciso tercero de la disposición citada "si el juicio se ha adelantado sin que se presente la prueba mencionada y no ha habido controversia sobre el particular, el Juez decidirá sin consideración a la falta de esta prueba" (subraya la Sala).

IV. Como es este precisamente el caso de autos, no se produjo el error de derecho predicado por el casacionista, ya que como se dijo en el aparte I, la falta de comprobación de la constitución y existencia de la Sociedad demandada, ni de quien era su representante legal, fueron cuestiones sobre las cuales hubo controversia.

V. La violación del artículo 26 de la Carta, tampoco se produjo, pues el Juez dio cumplimiento estricto al procedimiento sobre la materia y el Tribunal al decidir sin consideración a la falta de la prueba mencionada, no hizo otra cosa que cumplir la letra y el espíritu del artículo 36 del C. S. del T.

El cargo en consecuencia no prospera.

Por las consideraciones hechas anteriormente, 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 13 de agosto de 1970, proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, en el juicio que adelantó Luis Manuel Villalba de la Rosa contra Naviera Fluvial Colombiana S. A.

Sin costas en el recurso.

Cópiese, publíquese, 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

(Su terminación).

Una cosa es la prohibición de terminar los contratos de trabajo sin causa legal y otra muy diferente el término de duración de los mismos y la indemnización que corresponda por su terminación unilateral e ilegal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., febrero veintitrés de mil novecientos setenta y uno.

(Ponente: Abogado Asistente, Doctor Rafael Suárez Poveda).

(Acta número 5).

Por conducto de apoderado judicial, Cristóbal Alejandro Arellana demandó a las Sociedades "Industrial de Resortes Ltda." e "Industria de Resortes y Bujes Limitada", la primera domiciliada en Cali y la segunda en Pereira, para que se declarara la unidad de empresa entre las demandadas y se les condenara solidariamente a pagarle cesantía, primas de servicios, vacaciones, gastos del regreso del trabajador y su familia, pago de salarios conforme a la convención colectiva de trabajo, reajuste de salarios conforme a la misma convención, salarios caídos, indemnización por accidente de trabajo y las costas del juicio.

Relata la demanda que Arellana prestó sus servicios del ocho (8) de septiembre de mil novecientos sesenta y cuatro (1964) al ocho (8) de octubre de mil novecientos sesenta y cinco (1965), inicialmente como asistente de la gerencia de "Industrial de Resortes Ltda.", en la ciudad de Cali y, luego, en la filial de ésta en la ciudad de Pereira, "Industrial de Resortes y Bujes Ltda.", como contador público, "Control de Almacén, pedidos de material, control de costos de producción y revisión de despachos"; que su sueldo inicial fue de mil quinientos pesos ($ 1.500.00) mensuales, aumentado a dos mil quinientos pesos ($ 2.500.00) al ser trasladado a la ciudad de Pereira; que las sociedades mencionadas cumplen actividades similares, conexas y complementarias y están gerenciadas ambas por el señor M. Alfonso Lara, por lo cual hay unidad de empresa entre ellas; que el dos (2) de octubre de mil novecientos sesenta y cinco (1965), el presidente del sindicato "Industria de Resortes y Bujes Ltda." de la ciudad de Pereira le comunicó al gerente que el trabajador había ingresado a tal organización sindical, mediante solicitud aprobada el veintiocho (28) de septiembre de mil novecientos sesenta y cinco (1965); que seis días después se despidió al trabajador, alegando su ineptitud para realizar la labor encomendada, la cual se hizo consistir en el atraso de la contabilidad por más de dos meses hasta el mes de junio de mil novecientos sesenta y cinco (1965); que el trabajador estuvo enfermo desde el veintiséis (26) de julio de mil novecientos sesenta y cinco (1965), en el Instituto de Seguros Sociales en Pereira, donde con anterioridad había sido tratado "por cansancio por exceso de trabajo"; que en la empresa se presentó una huelga que impidió el desarrollo de las labores; que la empresa no dio al trabajador ningún aviso ni le hizo ningún requerimiento; que el dieciocho (18) de septiembre de mil novecientos sesenta y cinco (1965), la empresa y el sindicato suscribieron, con vigencia de un año

a partir de la fecha, una convención colectiva de trabajo, por medio de la cual la primera se obligaba a no dar por terminados los contratos de trabajo sino por causas legales y a hacer un aumento de quince por ciento (15%) a los salarios de todos los trabajadores; que el demandante sufrió un accidente de trabajo a consecuencia de cargar máquinas y elementos pesados, por lo cual le provino una hernia de la que fue operado, sin que se le hubiera pagado ninguna indemnización.

En derecho invocó los artículos 23, 24, 65, 186, 249, y 306 del C. S. T., el Decreto 2351 de 1965 y los arts. 25 y ss. del C. P. Laboral. (fls. 12 cuaderno 1).

También por conducto de apoderado especial, la demandada se opuso a las súplicas de la demanda, negó la ilicitud del despido y el accidente de trabajo y, en cuanto a los demás hechos afirmados por el demandante, se atuvo a lo que resultara probado en el juicio. Alegó en su favor que las sociedades "Industrial de Resortes Ltda.", domiciliada en Cali e "Industria de Resortes y Bujes Ltda.", con domicilio en Pereira, son totalmente diferentes; que el contrato de trabajo con la primera terminó el nueve (9) de febrero de mil novecientos sesenta y cinco (1965), cuando se le pagaron sus prestaciones sociales, y que de "Industria de Resortes y Bujes Ltda." fue retirado el demandante por ineptitud en el desempeño de sus labores. Finalmente, alegó la excepción dilatoria de declinatoria de jurisdicción en cuanto a la sociedad "Industrial de Resortes Ltda.", porque su domicilio es la ciudad de Cali y los servicios a ésta los prestó el demandante en la misma ciudad. (fls. 19 y 20, Cuaderno 1).

El Juez del conocimiento, Primero Laboral del Circuito de Pereira, en la primera audiencia de trámite celebrada el veintiséis (26) de noviembre de mil novecientos sesenta y seis (1966), declaró no probada la excepción dilatoria propuesta por la demandada (fl. 30).

Con fecha veinticinco (25) de febrero de mil novecientos sesenta y seis (1966), se puso fin a la primera instancia en sentencia que declaró la unidad de empresa entre las sociedades "Industrial de Resortes Ltda.", domiciliada en Cali e "Industria de Resortes y Bujes Ltda.', con domicilio en Pereira, condenó a esta última a pagar a Cristóbal Arellana Ariza la suma de ochenta y ocho pesos con diecinueve centavos ($ 88.19), por prima de servicios, absolvió a las demandadas de las restantes pretensiones expresadas en el libelo inicial, y se abstuvo de condenar en costas (fls. 57 a 68). Cuaderno 1).

Apelada por el demandante la anterior decisión, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira**, el día treinta (30 de marzo de mil novecientos sesenta y seis (1966), al decidir la alzada, confirmó la declaratoria de unidad de empresa entre las sociedades demandadas; declaró parcialmente probada la excepción de "pago por consignación y extinguida la obligación por prestaciones y salarios hasta por la suma de un mil ochocientos setenta y cuatro pesos con once centavos ($ 1.874.11)"; condenó a "Industrial de Resortes Limitada", domiciliada en Cali e "Industria de Resortes y Bujes Ltda.", domiciliada en Pereira, a pagar solidariamente a Cristóbal Arellana la suma de dos mil novecientos nueve pesos con veinte centavos ($ 2.909.20) "que aún quedan pendientes por concepto de cesantía, prima de servicios, vacaciones y aumento de salarios, después de deducir en la suma en que prosperó el pago por consignación"; condenó en forma solidaria a las mismas sociedades a pagar al señor Arellana, la cantidad de treinta y dos mil doscientos noventa y cinco pesos con ochenta y tres centavos ($ 32.295.83) como indemnización por ruptura unilateral e ilegal del contrato de trabajo; absolvió a las demandadas de las demás súplicas de la demanda, y condenó en las costas de las dos instancias a la parte demandada (fls. 11 a 28, cuaderno 2).

Contra lo resuelto por el ad-quem recurrió en casación la parte demandada, recurso que se procede ahora a considerar.

El recurso

El alcance de la impugnación lo concreta el recurrente de la siguiente manera:

"La pretensión consiste en que se CASE PARCIALMENTE la sentencia, exclusivamente en cuanto condena a las sociedades "Industrial de Resortes Limitada" e "Industria de Resortes y Bujes Limitada", a pagar solidariamente al señor Cristóbal Alejandro Arellana, la suma de treinta y dos mil doscientos noventa y cinco pesos con ochenta y tres centavos ($ 32.295.83) a título de indemnización por ruptura unilateral e ilegal del contrato de trabajo.

"En su lugar, se pide que, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, cumpliendo funciones de Tribunal de instancia, condene a las demandadas, por el mismo concepto indemnizatorio, pero solo en la suma de cuatro mil quinientos cuarenta y tres pesos con noventa y tres centavos ($ 4.543.93), al aplicar al caso de autos el artículo 8º, numeral 4º, literales A y B del Decreto Ley 2351 de mil novecientos sesenta y cinco (1965), sobre el supuesto de que se trata de un contrato de duración indefinida, un tiempo de servicios de un (1) año, dos (2) meses, dos (2) días y un salario mensual de dos mil ochocientos setenta y cinco pesos con 00/100 m.l. ($ 2.875.00)".

Se formula contra la sentencia de segunda instancia un único cargo que se enuncia así:

"Con base en la causal primera del Decreto Ley 528 de mil novecientos sesenta y cuatro (1964) acusó la sentencia por violación indirecta de la Ley Sustantiva Laboral, por ERROR DE HECHO notorio en que incurrió al apreciar la PRUEBA DOCUMENTAL donde consta la Convención Colectiva de Trabajo de dieciocho (18) de septiembre de mil novecientos sesenta y cinco (1965), visible a los folios 6, 7 y 8 del cuaderno número uno (1) del expediente, atribuyéndole un alcance de que carece, y VIOLANDO CONSECUENCIALMENTE el artículo 4º del Decreto 2351 de mil novecientos sesenta y cinco (1965), en su inciso o numeral primero por APLICACION INDEBIDA y el artículo 5º del Decreto 2351 de mil novecientos sesenta y cinco (1965) en su inciso numeral primero por FALTA DE APLICACION y consecuencial APLICACION INDEBIDA del artículo 8º numeral o inciso 3º y por FALTA DE APLICACION del mismo artículo 8º numeral o inciso 4º literales A y B del Decreto 2351 de mil novecientos sesenta y cinco (1965)". (fl. 12).

El error de hecho se hace consistir en la apreciación equivocada que se hizo de la cláusula segunda de la convención colectiva de trabajo, según la cual no se darían por terminados los contratos individuales de trabajo sino por causales legales. De ella dedujo el Tribunal que el contrato a término indefinido que vinculaba al demandante con la empresa se había convertido en uno a término fijo igual al señalado como de vigencia de la convención en su cláusula once. Con ello según la censura "resulta a todas luces un error mayúsculo, ostensible, notorio darle virtualidad de cambiar el plazo de duración de los contratos de trabajo, tema o materia esta completamente diversa y que la convención no toca en la cláusula segunda ni en ninguna otra".

Dentro del término legal del traslado, la parte opositora solicitó que se declarara la nulidad de la actuación por haber sido sustentado el recurso en forma extemporánea y que, en su lugar, se tuviera por desierto, para el caso de que esta solicitud no prosperara, pidió que no se aceptara el error de hecho que se alega en el único cargo. (fls. 22 a 25).

Por auto de tres (3) de octubre de mil novecientos sesenta y seis (1966), se dispuso estudiar la supuesta nulidad en el momento de proferir sentencia, ya que en el recurso de casación no hay lugar a incidentes (fl. 29).

Sea lo primero dejar establecido que la inoportunidad en la sustentación de un recurso, en caso de haberla, genera consecuencias para el recurrente, pero dentro de ellas no está contemplada la nulidad de la actuación, que solo se predica para los casos taxativamente enumerados en las disposiciones procedimentales. De otra parte, como se deduce del informe secretarial correspondiente, por encontrarse al Despacho el expediente, los términos estuvieron inte-

rrumpidos para el recurrente, razón por la cual la demanda sí fue presentada en tiempo hábil (fl. 8).

Desestimada la pretendida nulidad de lo actuado, se hacen en torno al único cargo formulado las siguientes consideraciones:

El ad-quem, como lo anota el recurrente, para deducir el monto de la condena por lucro cesante, partió del supuesto de que la convención colectiva de trabajo, celebrada entre "Industria de Resortes y Bujes Ltda." y su Sindicato de base, había transformado el contrato celebrado entre las partes a término indefinido en uno a término fijo igual al de la vigencia de la referida convención. La cláusula convencional en que sustenta su aserto el juzgador de segunda instancia es del siguiente tenor:

"Artículo segundo. La empresa no desmejorará a los trabajadores sindicalizados ni dará por terminados los contratos de trabajo durante la vigencia de la presente convención, siempre y cuando no haya causal legal para ello. (En ningún caso aplicará el contrato presuntivo a más de un trabajador).

Tomando apoyo en la cláusula transcrita, la sentencia impugnada concluye que "convirtió el contrato de término indefinido en uno de término definido cuyo plazo quedó fijado por la vigencia de la convención firmada el dieciocho (18) de septiembre de mil novecientos sesenta y cinco (1965) y cuyo artículo undécimo dispone: "La presente convención tiene una vigencia de un (1) año a partir de la fecha..."

El compromiso que se celebró entre el sindicato y la empresa para que ésta no diera por terminados los contratos de trabajo sin causa legal durante su vigencia, no puede entenderse como una modificación de los contratos individuales de trabajo en cuanto a su duración, ni menos como la estipulación de indemnizaciones provenientes de la ruptura unilateral de dichos contratos distintas a las previstas en la Ley. En efecto: la cláusula segunda de la convención en que el Tribunal se apoya para estimar que el contrato de trabajo entre las partes se convirtió en un contrato a término fijo, en nada se refiere a este fenómeno. Ella se limita a protocolizar un compromiso de no desmejorar a los trabajadores sindicalizados, ni despedirlos sin causa legal durante su vigencia. Sobre la duración de los contratos individuales, sobre si se consideran de duración indefinida o a término fijo, nada se dijo en ella ni en ninguna de las otras cláusulas convencionales. **Por manera que al haber estimado el Tribunal que, con fundamento en la convención, el contrato del demandante había sufrido una modificación en cuanto al término de duración, se le hizo decir lo que no había expresado, ya que, se repite, una cosa es la prohibición de terminar los contratos de trabajo sin causa legal y otra muy diferente el término de duración de los mismos y la indemnización que corresponda por su terminación unilateral e ilegal. La prohibición de no despedir a un trabajador sin causa legal tiene su origen en la calidad de bilateral del vínculo y en este caso concreto, además, en la convención. La duración del contrato, es cuestión potestativa de las partes, circunscrita, desde luego, por normas superiores como las que se refieren, por ejemplo, a la estabilidad en el empleo. Pero, cuando como en el caso de autos, la convención en nada mencionó lo atinente a la duración de los contratos y, menos aún, las consecuencias derivadas de su terminación ilegal, el Juzgador de Segunda Instancia erró en materia grave cuando dio por establecido, contra la evidencia misma del documento, que la convención colectiva de trabajo había modificado el contrato celebrado entre las partes en lo relativo a su duración.**

Este ostensible error llevó al Tribunal del Distrito Judicial de Pereira, en la sentencia que ahora se revisa, a aplicar indebidamente el artículo 4º y el numeral 3º del artículo 8º del Decreto 2351 de mil novecientos sesenta y cinco (1965), que en su orden regulan el contrato de trabajo a término fijo y la indemnización en caso de su incumplimiento y a dejar de aplicar, siendo aplicables, los artículos 5º numeral primero y 8º, numeral 4º, literales A) y B),

que a su vez se refieren al contrato a término indefinido y la indemnización que corresponde en caso de su ruptura unilateral e ilegal. Violación de normas que, a la vez, determinó por parte del ad-quem decisiones no previstas por el legislador en punto a indemnizaciones provenientes del rompimiento unilateral de contrato de trabajo a término indefinido, lo cual determina infirmación de la sentencia impugnada.

La Corte, en función de instancia, al determinar el monto de la indemnización que por lucro cesante corresponde al demandante, considera:

El Tribunal dio por establecido un tiempo de servicios de un (1) año, un (1) mes, tres (3) días, el cual, teniendo en consideración el último salario devengado por el trabajador, de dos mil ochocientos setenta y cinco pesos con 00/100 m.l. ($ 2.875.00) mensuales y de conformidad con los literales A) y B) del ordinal del inciso 4º del artículo 8º del Decreto 2351 de mil novecientos sesenta y cinco (1965), arrojaría una indemnización equivalente a cuatro mil cuatrocientos treinta y dos pesos con veintinueve centavos ($ 4.432.29). No obstante, el recurrente concreta su aspiración a que la indemnización se reduzca a la suma de cuatro mil quinientos cuarenta y tres pesos con noventa y tres centavos ($ 4.543.93), lo cual limita el ámbito de la Corte como Tribunal de instancia y determina que sea a esta última cantidad a la que se rebaja el monto de la indemnización.

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 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira el treinta (30) de marzo de mil novecientos sesenta y seis (1966), en cuanto condenó a las sociedades "Industrial de Resortes Ltda.", domiciliada en Cali, e "Industria de Resortes y Bujes Ltda.", domiciliada en Pereira, a pagar a Cristóbal Alejandro Arellana, la suma de treinta y dos mil doscientos noventa y cinco pesos con ochenta y tres centavos ($ 32.295.83), como indemnización por ruptura unilateral e ilegal del contrato de trabajo. En función de instancia, REVOCA la sentencia de veinticinco (25) de febrero de mil novecientos sesenta y seis (1966), proferida por el Juzgado Primero del Trabajo de Pereira, en cuanto absolvió las mencionadas sociedades al pago de la referida indemnización y, en su lugar, las CONDENA a pagar al citado Cristóbal Alejandro Arellana la suma de cuatro mil quinientos cuarenta y tres pesos con noventa y tres centavos ($ 4.543.93) por dicho concepto. No la casa en lo demás.

Sin costas en el recurso.

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

Los Magistrados,

José Enrique Arboleda V., Miguel Angel García B., José Eduardo Gnecco Correa.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

CASACION

(Técnica)

La confesión extra-judicial, no puede considerarse como medio de prueba cuya desestimación implicara motivo de casación, dadas las restricciones del recurso a que se refiere la Ley 16 de 1969.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, veinticuatro (24) de febrero de mil novecientos setenta y uno (1971).

(Magistrado Ponente, Doctor Miguel Angel García B.).

(Acta número 7).

Demandó el doctor Ricardo Gutiérrez Mejía, por medio de apoderado, a la entidad denominada "Orden de Agustinos Recoletos de la Candelaria" u "Orden de Agustinos Descalzos de Bogotá" en juicio ordinario laboral de mayor cuantía, con la finalidad de que, la parte demandada fuese condenada a pagar al actor: "El valor de los honorarios o remuneración que le corresponda según dictamen pericial, por haberle prestado sus servicios como intermediario o corredor, en el negocio de urbanización de los lotes de terreno llamados "La Consolación" y "Segovia" o "San Nicolás", ubicados en este Distrito Especial de Bogotá, celebrado el día 9 de marzo de 1959 entre la entidad demandada y la "Compañía de Inversiones Bogotá, S. A.", también domiciliada en este mismo lugar".

Los intereses y las costas del juicio.

Como hechos sustentatorios de la acción expuso el demandante los que se pueden sintetizar así:

Que el padre Sebastián López de Murga, en su carácter de procurador Provincial y representante legal de la entidad denominada "Orden de Agustinos Recoletos de la Candelaria" u "Orden de Agustinos Descalzos de Bogotá", aceptó los servicios del doctor Ricardo Gutiérrez Mejía, para: vender, permutar o urbanizar dos lotes de terreno de su propiedad, llamados "La Consolación" y "Segovia" o "San Nicolás", ubicados en esta localidad. El primero con una cabida superficiaria de 96.545 varas cuadradas situado en Engativá, Barrio Boyacá y el segundo con 48 fanegadas más 136,17 varas cuadradas en la zona de Suba.

Que el demandante cumplió a cabalidad sus funciones de intermediario, comisionista o corredor. Puso en contacto o acercó entre sí a la Orden de Agustinos Recoletos de la Candelaria, representada por el Padre Sebastián López de Murga, y la "Compañía de Inversiones Bogotá, S. A." representada por su Gerente doctor Arturo Moreno Mejía y que también logró interesar en el asunto al Subgerente doctor Jorge Gómez Moreno y al Presidente doctor José Miguel de la Calle.

Que, además de la labor de acercamiento que realizó el doctor Gutiérrez Mejía, ejecutó gestiones idóneas para la venta o urbanización de los mencionados terrenos, llevando a los directivos de Inversiones Bogotá a conocerlos y entregándoles los planos pertinentes, hablándoles de su ubicación, linderos, medidas y extensión superficiaria.

Que el contrato de urbanización de esos terrenos se celebró el 9 de marzo de 1959 entre la Orden de Agustinos Recoletos de la Candelaria y la Compañía de Inversiones Bogotá S. A., según consta en el documento privado y la escritura relacionada en la demanda.

Que los honorarios del demandante "no fueron acordados ni se le ha pagado nada al respecto".

La parte demandada se opuso a lo sustancial de la acción contestó negativamente los hechos, con algunas explicaciones, y hace hincapié en que no hubo relación alguna entre el demandante y los demandados que diera lugar a convenio ni pago.

El Juzgado Primero Laboral Municipal de esta ciudad, por medio de sentencia de fecha tres de octubre de mil novecientos sesenta y ocho, puso fin a la primera instancia absolviendo a la parte demandada de todos los cargos de la demanda y condenando en costas al actor.

Contra esa providencia interpuso recurso de apelación la parte demandante, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá por medio de proveído de fecha 18 de julio de 1970, confirmó en todas sus partes el de primer grado y condenó en las costas de la alzada al recurrente.

La parte promotora del juicio interpuso recurso de casación contra el fallo de segundo grado, concedido éste y admitido aquí por la Sala, presentada en tiempo la demanda correspondiente, con réplica oportunamente formulada por la parte contraria, se procede a decidir.

La demanda de casación

Alcance de la impugnación:

Dice el casacionista al fijar el alcance de su demanda lo siguiente:

"La impugnación persigue que la providencia acusada sea anulada en su totalidad, para que la H. Corte, obrando como Tribunal de instancia, dicte la sentencia en consonancia con lo pedido en la demanda del juicio".

"En el evento de que la sentencia acusada llegare a ser infirmada por esa honorable Sala, suplico que una vez convertida ésta en Tribunal de Instancia, se sirva decretar y practicar de nuevo la prueba pericial, siempre que se viere en el caso de no aceptar el dictamen pericial que rindió el doctor Simón Carrejo y que aparece a los folios 355 a 360 del expediente".

Invoca la causal primera de casación laboral (Art. 60 del Decreto Ley 528 de 1964), y con fundamento en ella, se expresa de la siguiente manera:

"(...) acuso la sentencia proferida el 18 de julio último por la H. Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario de la referencia, de violar la ley sustancial así:

"Primer cargo. Por vía indirecta, a través de manifiestos errores de hecho, los arts. 1973, 2054 y 2063 del C. C. en relación con los arts. 65, 88 y 89 del C. de Co., por falta de aplicación, siendo pertinentes. Los errores de hecho fueron:

"a) No dar por demostrado, estándolo, que fue el doctor Ricardo Gutiérrez Mejía quien tomó la iniciativa de ofrecer los lotes de la Comunidad demandada a 'Inversiones Bogotá S. A.' quien puso en contacto a estas dos últimas entidades.

"b) No dar por demostrado, estándolo, que el doctor Ricardo Gutiérrez Mejía intervino en la negociación que, desde el comienzo, se ofreció como de venta o urbanización, y no exclusivamente como de venta de los referidos lotes.

"c) No dar por demostrado, estándolo, que tanto el contrato de urbanización, que se efectuó entre la Comunidad y la Sociedad 'Inversiones Bogotá S. A.' como la venta posterior de un lote de aquella a ésta, fueron la consecuencia de la intervención inicial de la intermediación del doctor Ricardo Gutiérrez Mejía.

"A estos errores fue inducido el sentenciador por apreciación equivocada de unas pruebas y falta de apreciación de otras, que se singularizan a continuación.

"Demostración

"La sentencia hace hincapié en que la carta de f. 48 'no menciona al actor como comisionista en la negociación'. Pero no toma en cuenta las posiciones rendidas por el propio Padre López de Murga (fs. 39 a 42) en la que, al contestar la pregunta 7ª, admite que fue el doctor Gutiérrez quien lo puso en contacto con 'Inversiones Bogotá'; al contestar la pregunta 11ª reconoce que le entregaron los planos de los lotes por negociar, y al contestar la pregunta 15ª acepta que él le entregó al doctor Gutiérrez, para llevarla a la sociedad urbanizadora, precisamente la carta de f. 48, en la que no se menciona porque es él mismo quien la entrega".

Continúa el casacionista:

"No se aprecia, en cambio, la nota de f. 45, con la que Gutiérrez adjuntó la del Padre López de Murga, y cuya recepción fue admitida por el Subgerente de la sociedad doctor Gómez Moreno.

"Tampoco se aprecian los documentos auténticos visibles a Fs. 34 y 35, reconocido a f. (sic) por el doctor Arturo Moreno Mejía, a f. 36 y v., reconocido a f. 312 por el doctor José Miguel de la Calle, que acreditan que, aparte de poner en contacto a la Comunidad con la sociedad urbanizadora, el doctor Gutiérrez Mejía les mostró los terrenos, les llevó los planos e hizo lo conducente para que se adelantara la negociación.

"Además, la propia carta de F. 48, del Padre López de Murga, llevada a 'Inversiones Bogotá' personalmente por el doctor Gutiérrez Mejía, no habla únicamente de la venta de los lotes, sino que agrega textualmente: 'También podríamos entrar en conversaciones sobre la posibilidad de URBANIZAR parte del terreno restante'. Luego se apreció mal cuando se niega que el contrato inicial, procurado por Gutiérrez, fue tanto de venta como de urbanización.

"Igualmente fueron defectuosamente apreciados los documentos de Fs. 38 y 43, pues donde sus signatarios afirman enfáticamente haberle oído al Padre López de Murga, los señores Robledo y Almonacid, o al doctor Jorge Gómez Moreno el presbítero Almonacid, que 'Los lotes se habían negociado ya por la intervención del comisionista doctor Ricardo Gutiérrez Mejía', lo cual ratificaron bajo juramento, el sentenciador entiende que apenas si hablan de que 'en un principio tuvo alguna intervención el actor en la posible venta de los terrenos'. Otro tanto puede afirmarse respecto de la documental de f. 382, cuyo énfasis aparece desdibujado en la interpretación que le da el sentenciador.

"Mala apreciación, igualmente, de las posiciones absueltas por el Padre Saturnino Flor, pues cuando las absolvió ya no era representante legal de la Comunidad demandada, conforme a los certificados del Ministerio de Justicia visibles al folio 395 y también al f. 49, que se dejaron de apreciar por el fallador. Fuera de que el dicho del demandado nada podría probar contra el demandante.

"Aun, pues, dentro de las recientes restricciones a la casación laboral (que de no existir, permitiría destacar la equivocada apreciación de algunos testimonios, que en la sentencia se transcriben mutilados, con omisión de lo sustancial), quedan de manifiesto los errores de hecho atrás enumerados.

"Y como consecuencia de tales errores, el sentenciador deja de aplicar los preceptos del Código Civil enunciados en el cargo que, en relación con los del Código de Comercio, reguladores del corretaje mercantil, le han permitido a la jurisprudencia de esa H. Corte admitir la figura del 'corretaje civil ocasional' para obligar a remunerar los servicios inmateriales prestados por el intermediario, que acerca a las partes en un negocio de compraventa (o de urbanización), ayuda a la realización del negocio y de su mediación se deriva, con nexo de causalidad, la realización de la operación, aunque en ella misma no intervenga el intermediario por no ser 'mandatario'.

Se estudia el cargo

En el petitum el casacionista impetra la quiebra de la sentencia recurrida, con la finalidad de que, la Corte en sede de instancia resuelva en consonancia con lo pedido en la demanda del juicio. Entonces, por amplitud, debe entenderse que, el recurrente aspira a la casación de la providencia acusada para que la Corte, como consecuencia de ese acontecimiento procesal, y en calidad de Tribunal de instancia revoque el fallo de primer grado y en su lugar se pronuncie en conformidad con lo solicitado en la demanda del juicio.

Hecha esta necesaria observación se tiene que, el primer cargo sostenido por el impugnante, que es en realidad único cargo, ataca la sentencia acusada por la vía indirecta, por falta de aplicación de las disposiciones sustantivas civiles y del C. de Co. que regulan la prestación de servicios inmateriales, como el corretaje mercantil o el simple corretaje civil ocasional, por cuanto sostiene que, el demandante fue intermediario o comisionista en la negociación de unos lotes, destinados luego a urbanización, celebrada entre la Comunidad de Agustinos Recoletos y la Compañía Inversiones Bogotá S. A.

Ahora bien, señala el casacionista que, a esa violación de la ley sustancial por inaplicabilidad de la misma, llegó el sentenciador de segundo grado, por falta de apreciación de unas pruebas y errada interpretación de otras que en seguida se enumeran y estudian.

Dice la censura que, "la sentencia hace hincapié en que la carta del f. 48 'no menciona al actor como comisionista en la negociación'.

Así escuetamente, hace el planteamiento, sin puntualizar en la acusación en qué consiste el error que hubiera podido cometer el Tribunal al hacer tal anotación, y de la lectura de esa misiva dirigida por el Padre Sebastián López de Murga a la Compañía de Inversiones Bogotá S. A., ofreciéndole en venta algunos lotes de propiedad de los Agustinos Recoletos y en la que le plantea también la posibilidad de urbanizarlos, no figura para nada, en verdad el actor de este juicio.

Dentro del mismo paso de su acusación continúa el casacionista diciendo que, el ad quem no tuvo en cuenta las posiciones rendidas por el propio Padre López de Murga (Fs. 39 a 42).

Ciertamente entre las motivaciones del fallo acusado no aparece análisis alguno de este especial medio de prueba, lo cual ha debido hacer el fallador, por cuanto que, es precisamente de la observación y estudio de todas y cada una de las probaciones aducidas al juicio por las partes, de donde deben salir las conclusiones.

Dice ahora el recurrente que, en tales posiciones el absolvente al contestar a la pregunta 7ª admite que fue el doctor Gutiérrez quien lo puso en contacto con Inversiones Bogotá (refiriéndose al Padre López de Murga).

Y, este religioso al responder a esa aludida pregunta dijo textualmente: "Es cierto que el doctor Gutiérrez me llevó personalmente a las oficinas de Inversiones Bogotá en calidad de amigo, ya que previamente se había descartado más de una vez en forma clara y terminante, con aceptación del mismo señor Gutiérrez todo el carácter de comisión o intervención remunerada en favor del señor Gutiérrez".

Agrega el censor que, al contestar la pregunta 11ª reconoce que le entregaron los planos de los lotes por negociar.

El absolvente al contestar a la pregunta doce y no once, como dice la censura expuso: "No es cierto y aclaro, no es cierto que se le entregara al señor Gutiérrez el plano porque existiera algún compromiso o contrato entre ambas partes. Se le entregó únicamente como se le entregó a la firma Ospinas y Cía y otras entidades por vía de información sin que eso significara que existía ningún compromiso ni cláusulas para compromiso ulterior".

Y, finalmente, en esta parte del cargo dice el acusador que, el absolvente al contestar a la pregunta 15ª acepta que le entregó la carta que aparece al folio 48 al doctor Gutiérrez, en la que no se le menciona porque es el mismo doctor Gutiérrez quien la entrega.

El absolvente al responder a esa mencionada pregunta dijo:

"Es cierto que el absolvente la entregó y aclaro. Le entregué el original de la carta cuya copia se me pone de presente, al doctor Ricardo Gutiérrez para que él la entregara a la Compañía de Inversiones de Bogotá S. A., pero no es cierto que le entregara esta carta en virtud de un contrato existente con el señor Gutiérrez, ni que la llevada de esta carta implicara que el doctor Gutiérrez servía de comisionista o intermediario entre el absolvente y la Compañía de Inversiones Bogotá. El mismo texto de la carta deja muy claro que las negociaciones o estudio de un posible contrato entre el absolvente y la Compañía de Inversiones Bogotá, se hacen directamente pues en la carta para nada se nombra al doctor Gutiérrez. El doctor Gutiérrez desempeñó en este caso el oficio de un buen mandadero al llevar la citada carta".

El absolvente pues, en nombre de la Comunidad de Agustinos Recoletos, al responder a esas preguntas en posiciones extrajuicio, descartó de una vez la posibilidad de demostración por ese medio de prueba de lo perseguido por el demandante, puesto que si bien es cierto que acepta la compañía del doctor Gutiérrez en tales menesteres, deja bien claro que el doctor Gutiérrez lo hizo en calidad de amigo, sin aspirar a remuneración alguna, y así mismo niega, la intervención del doctor Gutiérrez como comisionista por el hecho de haber percibido éste los planos, y lo mismo se tiene con lo de la carta.

Es decir que, de las respuestas dadas por el absolvente Padre López de Murga a las posiciones precitadas, a que se refiere concretamente el acusador, no aparece la confesión de la existencia de un contrato de comisión o corretaje que se hubiera llevado a cabo entre la Comunidad de Agustinos Recoletos y el doctor Gutiérrez.

No sobra repetir que, en el caso sub-judice, aun cuando tales posiciones resultaron negativas para las pretensiones del actor, ello no era obstáculo alguno para que el Tribunal las hubiera comentado en su fallo de fondo. Empero, de esa omisión no puede derivarse el error de hecho a que se refiere la censura.

Ahora bien, en el mismo aparte de la crítica insiste el impugnante en que en la citada carta del folio 48, no se cita al doctor Gutiérrez porque es el mismo quien la entrega. Tal misiva dice así:

"Señores Compañía de Inversiones Bogotá, S. A.

"La Ciudad

"Estimados señores:

"Conforme la conversación que sostuve personalmente con el doctor Jorge Gómez Moreno y en nombre de la comunidad de Padres Agustinos Recoletos, a quien represento en asuntos administrativos, me permito ofrecerles en venta un lote de veinte (20) fanegadas de terreno.

"Este terreno está situado en la entrada al Club DE LOS LAGARTOS y nuestra propiedad global es de 48 fanegadas les ofrecemos en venta la parte del fondo de la propiedad; o sea: lo que queda más cerca del club.

"El precio es de ocho pesos ($ 8.00) la vara".

"En cuanto a la forma de pago, debo adelantarles que necesitamos al menos un millón de pesos, a la firma de la escritura.

"También podríamos entrar en conversaciones sobre la posibilidad de urbanizar parte del terreno restante; recibirles en cambio algún otro terreno o venderles otro lote que tenemos de ocho fanegadas en el Barrio Boyacá.

"De igual manera estamos interesados en la venta de una casa situada en la carrera 4ª con calle 14, números por la carrera 13-75 y por la calle 4-13 (esquina), superficie 900 V2.

"Aunque el inmueble anterior pertenece a ocho entidades, creo que no se presente ningún inconveniente para una operación, ya que todas están interesadas en la venta. Los PP. Agustinos Recoletos somos copropietarios.

"En espera de sus noticias, quedo de Uds. atento servidor.

"Fdo. P. Sebastián L. de Murga.

"Procurador Provincial".

Ciertamente, como quiera que en esta misiva que se acaba de transcribir para mayor claridad, no se nombra al doctor Gutiérrez, se concluye que la estimación que de ella se hizo por el ad-quem no puede tacharse de errada, por haber hecho esa observación.

Es importante anotar aquí que, si de las pruebas que se han analizado hasta ahora, siguiendo el orden del primer paso del cargo, pudieren aparecer indicios más o menos graves de la relación jurídica reclamada por la parte demandante, el medio indiciario de prueba está excluído del recurso extraordinario de casación conforme a lo dispuesto por el artículo 7º de la ley 16 de 1969.

El demandante en casación anota seguidamente que, no fue apreciada la carta o nota que aparece al folio 45, cuya recepción fue admitida por el doctor Gómez Moreno, Subgerente de Inversiones Bogotá.

También tiene razón la censura en cuanto a que esta nota no fue siquiera comentada por el fallador de segundo grado. Empero, ella en sí misma próviene precisa y directamente del demandante, y por esto no puede considerarse como prueba en favor de sus aspiraciones. Criticable la actuación del ad-quem, por esa omisión, pero la ausencia de comentario sobre esa misiva tampoco constituye error evidente alguno de hecho determinativo de las conclusiones de la sentencia.

Habla el censor de que no se apreciaron tampoco los documentos auténticos visibles a fs. 34, 35 y 36.

Sucede que estos llamados documentos auténticos no son otra cosa que unas cartas dirigidas, la primera al doctor Arturo B. Moreno Mejía y la segunda al doctor José Miguel de la Calle, ambas por el doctor Gutiérrez Mejía (demandante) en las que solicita a los respectivos destinatarios certificación acerca de que el remitente fue intermediario o comisionista en la negociación de los Agustinos Recoletos de la Candelaria con Inversiones Bogotá S. A.

Los destinatarios certificaron al pie de las misivas, según el deseo del remitente doctor Gutiérrez Mejía, y luego rindieron testimonio sobre ellas dentro del curso del juicio, pero como es bien sabido, la apreciación de la prueba testimonial no es motivo del recurso de casación.

Añade el casacionista que la carta del folio 48 no solamente habla de venta sino de urbanización, y concluye "Luego se apreció mal cuando se niega que el contrato inicial, procurado por Gutiérrez, fue tanto de venta como de urbanización".

Ya está anotado antes cómo, la observación que hizo el fallador de segundo grado acerca de que en la citada carta no se menciona al doctor Gutiérrez Mejía, no constituye error evidente alguno de hecho que pudiera influir en el fallo. El resto del comentario hecho en la censura no lo concluye el ad-quem de la carta sino del testimonio del Padre López de Murga que aparece al folio 197.

Anuncia igualmente el impugnante que fueron apreciados defectuosamente por el sentenciador los documentos de los folios 38 y 43.

Pero, tales pruebas tampoco pueden llamarse documentos en el sentido probatorio, esos folios contienen dos cartas: la del folio 38 suscrita por los señores Daniel Robledo y Jorge Almonacid, dirigida al doctor Gutiérrez Mejía, en donde dicen que, el Padre López de Murga les manifestó en alguna ocasión que el intermediario en la negociación que de aquí se trata era el doctor Gutiérrez Mejía.

Y la del folio 43, es una constancia suscrita por el presbítero Josué E. Almonacid en donde este manifiesta que, en alguna oportunidad el doctor Jorge Gómez Moreno le manifestó que el comisionista que había hecho la gestión del negocio de Inversiones Bogotá S. A. con los Agustinos Recoletos fue el doctor Ricardo Gutiérrez Mejía, y le oyó decir al Subgerente de esa firma que le iba a dar una carta al doctor Gutiérrez en donde constara su intervención como comisionista.

La confesión extra-judicial que pudiera derivarse de los testimonios comprendidos en la primera de las cartas citadas, así como la testificación que comprende la constancia del folio 48, no pueden considerarse como medios de prueba cuya desestimación implicara motivo de casación, dadas las restricciones del recurso ya anotadas antes y a que se refiere la ley 16 de 1969.

No cabe pues la errada apreciación de documentos auténticos a que alude el censor con respecto a tales probaciones.

Como un apéndice de este aparte del cargo, se puntualiza que, de la misma manera fue "desdibujado el énfasis de la documental del folio 382", que consiste en otra carta, remitida por el señor Luis Alejandro Gutiérrez al doctor Ricardo Gutiérrez Mejía, en donde aquel le dice a éste que está dispuesto a declarar que oyó cuando el doctor Jorge Gómez Moreno le dijo al doctor Gutiérrez Mejía que volviera al día siguiente para darle un certificado en que constara que Gutiérrez Mejía había sido comisionista o intermediario en el negocio Agustinos Recoletos con Inversiones Bogotá.

Es pues carta testimonio que fue reconocida por el remitente, diligencia dentro de la cual se ratificó. Cabe pues la misma observación anterior ya que se trata de un testimonio y no de un documento.

Por último se indican como mal apreciadas las posiciones absueltas por el padre Saturnino Flor visibles al folio 395. No se dice en qué consiste la mala apreciación. El fallador apenas hace alusión a ellas en su providencia, y el casacionista arguye que, "fuera de que el dicho del demandado nada podría probar contra el demandante". Añade que, cuando el padre Saturnino Flor absolvió esas posiciones ya no representaba a la comunidad.

Como está anotado, el sentenciador de segundo grado apenas si alude a tal prueba de posiciones, que de haber podido producir algún efecto como confesión, lo habría sido en contra de la comunidad demandada, mas como de su contenido negativo no pudo sacarse conclusión positiva para el actor del juicio, su inoperancia probatoria se destaca, y mucho más si el absolvente ya no era representante de la comunidad, así que, el no considerar las certificaciones demostrativas de esta situación del absolvente en nada afectan las consideraciones de la sentencia acusada.

No estando demostrado que el sentenciador de segundo grado haya incurrido en error evidente de facto, en la apreciación de las pruebas analizadas o en la desestimación de algunas, para llegar a las conclusiones confirmatorias de la absolución de la parte demandada, no cabe la prosperidad del cargo planteado.

Por lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley NO

CASA la sentencia materia del recurso pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este juicio, con fecha diez y ocho (18) de julio de mil novecientos setenta (1970).

Costas a cargo del recurrente.

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

José Enrique Arboleda V., Miguel Angel García B., José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía O., Secretario.

TERMINACION DEL CONTRATO DE TRABAJO, POR CLAUSURA TEMPORAL O DEFINITIVA DE LA EMPRESA

Estima la Sala que cuando la ley ha señalado ciertas formalidades previas a la terminación del contrato de trabajo, es necesario que ellas se cumplan para que el vínculo contractual termine en forma legal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., veintiséis de febrero de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.).

(Acta número 7).

Luis Arturo Vallejo, mayor, vecino de Cali, demandó por medio de apoderado a "Central Automotor Limitada", persona jurídica domiciliada en Cali, para que mediante los trámites de un juicio laboral se la condene a lo siguiente: a ser reintegrado a la empresa demandada en las mismas condiciones de empleo de que gozaba al momento del despido y al pago de los salarios dejados de percibir, o al pago de la indemnización de doce mil seiscientos seis pesos ($ 12.606.00) por la terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa; a que se le reconozca el derecho a la pensión proporcional de jubilación y se ordene su pago en cuantía de cuatrocientos cincuenta y ocho pesos ($ 458.00) mensuales, o lo que resulte probado en juicio, desde el 31 de diciembre de 1979, fecha en que cumple cincuenta años de edad; a que se le pague la cantidad de nueve mil treinta y cinco pesos ($ 9.035.00), o lo que resulte probado, más los intereses legales, por concepto de auxilio de cesantía; a pagar la indemnización moratoria y las costas del juicio.

Los diez y nueve hechos relacionados en la demanda pueden sintetizarse así: Luis Arturo Vallejo M. celebró un contrato de trabajo el 6 de octubre de 1952 con "Central Automotor Limitada", que fue adicionado el 1º de abril de 1961, prestando sus servicios durante quince años, once meses y veintidós días, sin interrupción, hasta el 28 de septiembre de 1968, fecha en que fue despedido injustamente. El 27 de septiembre de 1967 la Sociedad demandada informó al demandante que el 28 de septiembre siguiente quedaba terminado el contrato de trabajo por cierre o clausura definitiva de la empresa; el patrono no cumplió lo establecido en el artículo 466 del C. S. del T., además de que el 28 de septiembre de 1968 la empresa se encontraba en plena actividad económica, en normal situación laboral y con funcionamiento legal. La sociedad demandada no manifestó a Vallejo ninguna de las quince causales señaladas en el literal a) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, ni garantizó a juicio del Ministerio de Trabajo la correspondiente indemnización consagrada en el artículo 8º del mismo Decreto y en el artículo 13 del Decreto 1373 de 1963. Cuando fue despedido, el demandante devengaba setecientos sesenta y dos pesos con 39/100 ($ 762.39); el 31 de diciembre de 1959 se le liquidó parcialmente la cesantía sin el cumplimiento de los requisitos legales. Hasta la fecha de la demanda, "Central Automotor Limitada" no le había reconocido a Vallejo la pensión de jubilación, ni pagado la indemnización por despido injusto ni el total del auxilio de cesantía.

El apoderado de "Central Automotor Limitada" al contestar la demanda se opuso a las peticiones en ella contenidas. Como hechos y razones de la defensa expuso principalmente las siguientes: Luis Arturo Vallejo Moreno inició su relación de trabajo el 1º de enero de 1960; antes había prestado sus servicios, pero presentó renuncia el 24 de noviembre de 1959, habiéndole sido aceptada el 18 de diciembre del mismo año, fecha en la cual se le pagaron sus salarios y prestaciones sociales. Debido a la mala situación de la empresa provocada por la suspensión de importaciones de vehículos automotores y de repuestos como consecuencia de medidas gubernamentales, paulatinamente retiró a algunos trabajadores. Mediante los trámites previstos en los artículos 40 del decreto 2351 de 1965 y 13 del Decreto 1373 de 1968, el Ministerio del Trabajo dictó las Resoluciones números 026DJ de 31 de julio de 1966 y 028DJ de 14 de agosto del mismo año, por medio de las cuales se autorizó la liquidación o clausura definitiva de la empresa; estas resoluciones se notificaron oportunamente a los trabajadores, quienes interpusieron los recursos legales, y en la actualidad se encuentran ejecutoriadas. Central Automotor Ltda. autorizada legalmente para clausurar labores, liquidar sus actividades y proceder al cierre definitivo a partir del 28 de septiembre de 1968, no tuvo necesidad de algunos Departamentos y así lo comunicó a los trabajadores en carta del 27 del mismo mes.

Propuso las excepciones de prescripción, por haberse retirado el demandante en el mes de diciembre de 1959, saneándose cualquier irregularidad que pudiera haber respecto a sus derechos con anterioridad a esa fecha, y la de inexistencia de la obligación, con fundamento en que cumplió con todas las obligaciones legales y pagó al trabajador todos sus salarios y prestaciones sociales.

Cumplido el trámite de la primera instancia, el Juzgado Segundo Laboral de Cali, que conoció del juicio, dictó sentencia por medio de la cual condenó a Central Automotor Limitada a pagar a Luis Arturo Vallejo Moreno la suma de doce mil quinientos sesenta y dos pesos con 24/100 ($ 12.562.24) por concepto de indemnización por despido unilateral e injusto, y a reconocer la suma de cuatrocientos cincuenta y seis pesos con 80/100 ($ 456.80) mensuales, por concepto de pensión proporcional de jubilación, que deberá ser pagada a partir del treinta y uno de diciembre de mil novecientos setenta y nueve. Absolvió a Central Automotor Limitada de las demás peticiones de la demanda e hizo de su cargo las costas del juicio.

Apeló el apoderado de la parte demandada. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala Laboral, al decidir la alzada revocó el fallo de primer grado y en su lugar condenó a "Central Automotor Ltda." a pagar a Luis Arturo Vallejo Moreno la suma de tres mil ciento setenta y cinco pesos ($ 3.175.00) por los siguientes conceptos: dos mil cuatrocientos cincuenta y cinco pesos ($ 2.455.00) por cesantía y "salarios caídos" y setecientos veinte pesos ($ 720.00) comó indemnización por falta de preaviso", la absolvió de los demás cargos de la demanda y dispuso además, "sin costas en esta instancia y con costas parciales en la primera".

Recurrió en casación el apoderado de Luis Arturo Vallejo Moreno, concedido por el Tribunal Superior, el recurso fue admitido por esta Corporación. Habiendo llegado la oportunidad legal, se decidirá previo el estudio de la demanda de casación y de la réplica del opositor.

Alcance de la impugnación

"Pretende que se case parcialmente la sentencia recurrida en cuanto en el numeral 1º condenó a la sociedad demandada a pagar a Luis Arturo Vallejo Moreno la suma de setecientos veinte pesos ($ 720.00) como indemnización por falta de preaviso y en cuanto en el numeral segundo absolvió a Central Automotor Ltda. de las peticiones sobre indemnización por despido injusto y pensión de jubilación, y que en función de instancia confirme los ordinales 1º y 2º del fallo de primer grado en los cuales se condena a Central Automotor Ltda., a pagar a Luis Arturo Vallejo Moreno la su-

ma de doce mil quinientos sesenta y dos pesos con 41/100 por concepto de indemnización por despido unilateral e injusto, y cuatrocientos cincuenta y seis pesos con 80/100 mensuales a partir del treinta y uno de diciembre de mil novecientos setenta y nueve".

Con base en la causal primera de casación formula dos cargos, los cuales se estudiarán en su orden:

Primer cargo

"La sentencia acusada viola, por interpretación errónea, los artículos 6º del Decreto 2351 de 1965, 61 del Código Sustantivo del Trabajo, 51 y 466 del mismo Código, 40 del Decreto 2351 de 1965 y 13 del Decreto Reglamentario 1373 de 1966, violación que condujo al Tribunal a no aplicar los artículos 8º del Decreto 2361 y 8º de la Ley 171 de 1961, violándolos también".

Al sustentar el cargo, el recurrente transcribe apartes del fallo de segunda instancia y dice que el Tribunal Superior 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 C. S. del T. en virtud de lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 61 del mismo Código, pero que, interpretando dichas normas erróneamente, llega a la conclusión de que la omisión de dicho aviso no invalida el despido, sino que acarrea al patrono la obligación de pagar la indemnización a que se refiere el ordinal 3º del artículo 51 ibídem. Agrega que la interpretación correcta de dichas disposiciones consiste en que: "Cuando el patrono recibe autorización para clausurar definitivamente la empresa debe dar aviso a sus trabajadores con un mes de antelación, como lo dispone el artículo 466 del C. S. T. y lo consagra el inciso 2º del artículo 61 ibídem, que el fallador considera vigente. Si omite este preaviso, que es requisito previo e indispensable para que la terminación del contrato sea legal, el despido deviene en 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 del contrato de trabajo".

Concluye el casacionista que habiendo el Tribunal Superior interpretado erróneamente los artículos 6º del Decreto 2351 de 1965, 61 del C. S. T., 51 y 466 del mismo y 13 de su Decreto Reglamentario 1373 de 1966, violó también el artículo 8º del decreto 2351 de 1965 y el 8º de la Ley 171 de 1961, al no condenar a la indemnización por despido injusto consagrada en la primera disposición ni a la pensión a que se refiere la segunda de las normas.

El opositor señala en primer término que el recurrente incurrió en grave error al mencionar como violadas disposiciones del decreto 2351 de 1965, pues dicho decreto fue dictado por el Ejecutivo en ejercicio de las atribuciones concedidas por el artículo 121 de la Constitución Política y que al ser levantado el estado de sitio perdió su vigencia que recuperó en virtud de lo preceptuado en el artículo 3º de la ley 48 de 1968, que al adoptarlo como legislación permanente dio fuerza de ley a algunas de sus disposiciones, por lo cual correspondía mencionar, en lugar de las del Decreto 2351 de 1965, las de la Ley 48 de 1968, especialmente su artículo 3º.

Luego dice que el ordinal c) del artículo 6º del Decreto 2351 de 1965 menciona entre las causas de terminación del contrato de trabajo, la liquidación o clausura definitiva de la empresa y en su inciso 2º impone al patrono la obligación de notificar al trabajador la fecha precisa de la suspensión de actividades o de la liquidación definitiva, normas que deben concordarse con el artículo 40 del mismo Decreto en cuanto impone la obligación al patrono de solicitar previamente autorización al Ministerio de Trabajo, siguiendo el procedimiento señalado en el artículo 13 del Decreto 1373 de 1966. Refiriéndose a los artículos 51 y 466 del Código Sustantivo del Trabajo, los considera mal citados por el recurrente, pues ellos se refieren a la suspensión temporal de labores y no a la terminación definitiva y liquidación total de la empresa. El recurrente, a su juicio, incurre en notoria confusión al tratar de equiparar la omisión de dar aviso de clausura de la empresa con un mes de anticipación, con la terminación unilateral e injustificada del contrato de

trabajo mencionada en el artículo 64 del C. S. del T., modificado por el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965. Considera que si "Central Automotor Limitada" cumplió lo ordenado en el artículo 40 del Decreto 2351 de 1965 y el 13 del decreto 1373 de 1966, previamente al cierre definitivo y liquidación de la empresa y al despido de los trabajadores, a quienes se les dio traslado de la solicitud y se les pagó la remuneración sin que desarrollaran labor alguna durante el trámite de la autorización, sería aberrante que se la condenara a pagar las indemnizaciones establecidas para el caso de la terminación unilateral e injustificada del contrato de trabajo por parte del patrón, corriendo la misma suerte como si hubiera procedido en rebeldía contra las disposiciones legales a que hace referencia. Estima, en consecuencia, que el Tribunal Superior interpretó correctamente las normas acusadas.

La Sala considera

En relación a la crítica que hace el opositor al cargo por no haber mencionado el recurrente como violado el artículo 3º de la ley 48 de 1968, que dispuso que el decreto legislativo número 2351 de 1965 seguiría rigiendo como ley, con algunas modificaciones, después de levantado el estado de sitio, estima la Sala que perteneciendo las normas sustanciales al citado decreto, no es estrictamente necesario citar la disposición de la ley que lo adoptó como legislación permanente, pues no se trata en este caso concreto de una acusación relacionada con la vigencia de las disposiciones del mencionado decreto que el recurrente considera fueron violadas por el ad-quem. Hecha esta aclaración, se procederá al estudio del cargo.

El artículo 6º del decreto 2351 de 1965, que subrogó al 61 del Código Sustantivo del Trabajo, enumera los modos de terminación del contrato de trabajo. En el literal e) se refiere a la liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento como uno de esos modos de extinción del vínculo contractual, y en el inciso 2 dispone que en ese evento el patrono debe notificar al trabajador la fecha precisa de la liquidación definitiva de la empresa, modificando así el inciso 2 del subrogado artículo 61, que para el mismo caso ordenaba que el patrono debía proceder en la misma forma prevista en el ordinal 3º del artículo 51 del mismo Código, o sea que era necesario notificar a los trabajadores la fecha precisa de la liquidación definitiva, con anticipación no inferior a un mes, o pagándoles los salarios correspondientes a este período. Pero este inciso 2 no se encuentra vigente, por haber sido subrogado el artículo 61 en su totalidad. Sin embargo, el adquem le dio aplicación y concluyó que no habiéndosele notificado al trabajador la fecha precisa de finalización de labores con un mes de anticipación, lo procedente era condenar al pago de los salarios correspondientes al mes. Se expresó así el Tribunal Superior:

"En el Decreto últimamente mencionado no se derogó o suspendió expresamente ninguna disposición específica del C. S. T., pues solo se dijo en el artículo 42 que quedaban suspendidas las que le fueran contrarias. Por eso que la subrogación que del art. 61 del C. S. T. hizo el artículo 6º del Decreto no pueda considerarse total, puesto que en nada se opone a los términos del mismo, lo dicho en el numeral 2 del citado art. 61, cuando expresa: "'En los casos contemplados en los ordinales e) y f) de este artículo, el patrono debe proceder en la misma forma prevista en el ordinal 3º del artículo 51'". Es una norma específica, que se concreta a los casos de suspensión de actividades o cierre definitivo de la empresa, y en consecuencia, cuando quiera que se requiera hacer despidos colectivos de trabajadores, por cualquiera de esas causales, el aviso de que trata el art. 466 de la misma obra, debe hacerse en la misma forma prevista en el artículo 51 ibídem, y con las mismas consecuencias previstas en éste, caso de la omisión de él por parte del patrono, puesto que a tal disposición remite el numeral 2 del art. 61 que venimos comentando. En estas condiciones, concatenando unas disposiciones con otras, que es labor del Juzgador, se llega a la conclusión de que la omisión del aviso por parte del patrono no invalida el despido, puesto que aquel no es en la actual legislación, concre-

tada hoy en el artículo 40 del Decreto 2351 de 1965, ni lo era antes de ésta última disposición, requisito indispensable o determinante de la validez del despido, sino que su omisión, como lo hemos visto, compaginando unas disposiciones con otras, solo acarrea al patrono la indemnización consagrada en el ordinal 3º del art. 51 citado".

Para el casacionista, tanto lo que dispone el inciso 2 del artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo, como la norma consagrada en el artículo 466 ibídem, deben interpretarse en el sentido de que la omisión del aviso con antelación de un mes por parte del patrono convierte la terminación del contrato en injustificada y por consiguiente el trabajador adquiere el derecho a las indemnizaciones legales que se derivan de dicha terminación.

Habiendo llegado a la conclusión de que el inciso 2 del artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo, no está vigente, se referirá la Corte al planteamiento del impugnador en relación con el artículo 466 ibídem, que estatuye lo siguiente: "Las empresas que no sean de servicio público no pueden clausurar sus labores sino mediante aviso a los trabajadores con no menos de un (1) mes de antelación, salvo fuerza mayor o caso fortuito, y sin perjuicio de las indemnizaciones a que haya lugar por razón de contratos de trabajo concertados por un tiempo mayor. Si la empresa clausurada reanudare actividades dentro de los ciento veinte (120) días siguientes deberá admitir de preferencia al personal licenciado, en condiciones no inferiores a las de que disfrutaba en el momento de la clausura. Los trabajadores que, debidamente avisados, no se presentaren dentro del tercer día, perderán este derecho preferencial".

La norma que acaba de transcribirse se refiere, a contrario de lo que dice el opositor, a toda clase de clausura de labores, tanto temporales como definitivas, pues no hace distinción alguna sobre el particular. Y aún cuando está contenida en la parte segunda del Código sobre Derecho Colectivo de Trabajo, regula también situaciones de Derecho Individual del Trabajo relacionadas con la terminación de los contratos individuales de trabajo.

De manera que cuando una empresa que no es de servicio público clausura temporal o definitivamente sus labores, está obligada a dar un aviso a los trabajadores con no menos de un mes de anticipación. Esta norma no está subrogada ni modificada por el artículo 40 del Decreto 2351 de 1965, que la adiciona en el sentido de que antes de proceder a la terminación de labores, parcial o totalmente, en forma transitoria o definitiva, la empresa o patrono deberá solicitar autorización previa al Ministerio del Trabajo, explicando los motivos y acompañando las correspondientes justificaciones, si fuere el caso.

En el caso en estudio el Tribunal Superior dio por demostrado que el patrono demandado cumplió los trámites previos a la clausura definitiva de la empresa y que omitió dar el aviso con treinta días de antelación al trabajador sobre la terminación de su contrato de trabajo con base en el ordinal e) del artículo 6º del Decreto 2351 de 1965. Estos hechos no los discute el casacionista y sobre su existencia fundamenta la acusación.

Sentado lo anterior, la Sala se pronunciará en relación con la correcta interpretación de las normas cuando se omite dar el aviso de que trata el artículo 466, pues, como se dijo anteriormente, el ad-quem concluye que en este caso el patrono está obligado a pagar el valor de los salarios correspondientes a un mes, y el impugnador sostiene que el incumplimiento de ese requisito convierte la terminación del contrato de trabajo en injustificada y en consecuencia el trabajador tiene derecho a las indemnizaciones legales inherentes a dicha terminación.

Estima la Sala que cuando la ley ha señalado ciertas formalidades previas a la terminación del contrato de trabajo, es necesario que ellas se cumplan para que el vínculo contractual termine en forma legal. Si se omiten, la terminación del contrato se produce, pero no puede considerar-

se como una terminación legal o justa, porque dichas formalidades se han establecido en favor de las partes contratantes, quienes únicamente pierden el derecho a la permanencia y continuidad del vínculo laboral cuando la ley así lo determina y en la forma por ella señalada. Si en el caso en estudio el patrono estaba obligado a dar a sus trabajadores un aviso con no menos de un mes de antelación, sobre la clausura definitiva de actividades, y no lo hizo así, dejó de cumplir un requisito indispensable para que la terminación del contrato de trabajo se hubiese producido legalmente. El cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 40 del Decreto 2351 no legaliza ni justifica la ruptura del contrato, pues en él se señala una nueva formalidad, un trámite previo ante el Ministerio del Trabajo, que no elimina el aviso a los trabajadores contemplado en el artículo 466 del Código Sustantivo del Trabajo.

La terminación del contrato, al ser ilegal, se convierte en unilateral sin justa causa comprobada. Ya esta Corporación, con referencia a la omisión del previo aviso que debía dar el patrono a sus trabajadores de acuerdo con el artículo 63 del Código Sustantivo del Trabajo, hoy subrogado, así como el 62 ibídem, por el artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, había llegado a la misma conclusión. Dijo así la Corte en fallo de 30 de abril de 1960, juicio de Gregorio Sabariegos contra Empresa Edil Limitada: "Considera la Sala que la causal a que el sentenciador se refiere exige, para que su ejercicio no sea inepto y se acomode a la norma laboral, no solo la existencia plenamente comprobada de los hechos que la configuren, sino, además que se cumplan las condiciones previas de la ley, que impone; un determinado preaviso o el pago de su equivalente en dinero, pues si esas condiciones no se cumplen, el despido resulta ilegal, con las consecuencias que tal proceder acarrea. En apoyo de lo anterior, estima la Sala oportuno transcribir, en lo pertinente, la jurisprudencia sentada por el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, al resolver un caso análogo al presente, en donde se expresó lo siguiente: " 'De esto se concluye que el patrono que despide a su trabajador con causa en el aparte A) numeral 1º del artículo 63, debe cumplir con la obligación previa de avisar por escrito a la otra parte con antelación por lo menos igual al período que regula los pagos del salario, o mediante el pago de los salarios correspondientes a tal lapso, invocando el motivo incluído en dicho numeral. La omisión de este requisito hace incurrir al patrono en las consecuencias del rompimiento unilateral sin causa justificativa, es decir, en la violación del contrato y en la satisfacción consiguiente de las indemnizaciones que por ese motivo resulten a favor del trabajador: salarios del tiempo faltante y los demás perjuicios que pruebe haber sufrido por causa y con ocasión de la ruptura unilateral del contrato (artículo 64 C. S. T.)" '. (Casación de fecha 14 de junio de 1956, juicio de Wemwe Obermann contra Francisco Gigl)".

De manera que si la terminación del contrato de trabajo que Luis Arturo Vallejo tenía celebrado con Central Automotor Ltda. fue ilegal, injustificada, el trabajador tiene derecho a las indemnizaciones legales y no al pago de los salarios correspondientes al mes de aviso previo, solución esta última que fue la acogida por el Tribunal Superior, que interpretó erróneamente, en consecuencia, las normas acusadas como violadas por el impugnador, quien en el cargo, como ya se ha visto, señaló la correcta interpretación de ellas.

Al no condenar el ad-quem a la sociedad demandada a pagar la indemnización de que trata el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, siendo así que la terminación del contrato fue unilateral, ilegal e injustificada, violó dicha norma. También incurrió en la violación del artículo 8º de la ley 171 de 1961, bajo el supuesto de que el trabajador prestó sus servicios durante más de diez años, al no reconocer el derecho del demandante a la pensión allí contemplada, habiendo sido despedido sin justa causa.

Por las razones expuestas la acusación prospera. La prosperidad de este cargo hace inoficioso el estudio del segundo, que persigue parcialmente lo mismo.

Para las decisiones de instancia se tendrán en cuenta las siguientes consideraciones:

El Fallador de primer grado para determinar el tiempo de servicios del demandante tuvo en cuenta la certificación expedida por el Jefe del Departamento Administrativo de Riesgos de los Seguros Sociales, Caja Seccional del Valle, que obra a folios 52, según la cual Luis Arturo Vallejo Moreno fue inscrito por la demandada con fecha 6 de octubre de mil novecientos cincuenta y dos, según aviso de entrada elaborado el 6 de julio de 1955, y desafiliado el 28 de septiembre de 1968. Mas esta prueba, por sí sola, no es suficiente para demostrar la existencia del contrato de trabajo ni el tiempo de servicios prestados por el trabajador inscrito, como lo ha sostenido la jurisprudencia. El hecho 1º de la demanda, en donde se hace la afirmación de que el contrato de trabajo se inició el 6 de octubre de 1952, no fue aceptado por la parte demandada. A folios 53, presentado por el demandante, y a folios 72, presentado por la sociedad demandada, aparece un ejemplar de la liquidación de prestaciones a favor de Arturo Vallejo, firmado por éste y por R. Serrano, Jefe de Servicio Central Automotores Ltda. Por la circunstancia de haber sido presentado por ambas partes, este documento se tendrá como prueba. En él se hace la liquidación de prestaciones por el período comprendido entre el primero de enero de 1958 al 31 de diciembre de 1959 a folios 54, 55 y 56, presentado con la demanda, y a folios 75, 76 y 77, acompañado a la contestación de la misma, se encuentra un ejemplar del contrato de trabajo firmado por las partes el 1º de abril de 1961 en el cual se deja constancia de que el trabajador se encuentra prestando sus servicios a la empresa demandada desde el 1º de enero de 1960. O sea que no existió solución de continuidad entre la relación laboral liquidada el 31 de diciembre de 1959 y la que se inició el 1º de enero de 1960. Como la sociedad demandada dio por terminado unilateralmente el 28 de septiembre de 1968 el contrato de trabajo por el cual se regían las partes, (documento que obra a folios 18 del cuaderno principal), quiere decir que se encuentra comprobado que Luis Arturo Vallejo Moreno prestó sus servicios en forma continua a Central Automotor Ltda. desde el 1º de enero de 1958 hasta el 28 de septiembre de 1968, o sea durante diez (10) años ocho (8) meses y veintiocho (28) días.

En relación con el último salario devengado por el demandante, su apoderado afirmó en la demanda que había sido de setecientos sesenta y dos pesos con 39/100 ($ 762.39) mensuales, hecho que fue aceptado por el apoderado de Central Automotor Ltda., al darle contestación, aclarando que en el salario se encontraba incluído el subsidio de transporte. Sin embargo, el Tribunal encontró demostrado un salario mensual de setecientos veinte pesos mensuales ($ 720.00) con el cual liquidó las condenas que profirió. Como este aspecto del fallo del ad-quem no fue atacado en casación, se tomará también como base para liquidar la indemnización por despido injusto.

Siendo el contrato celebrado entre las partes de duración indefinida y habiendo prestado sus servicios el trabajador durante más de diez años, la indemnización a que tiene derecho por la terminación unilateral del contrato de trabajo sin causa justificada es la contemplada en el inciso 4, literales a) y d), del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965. De acuerdo con el literal a) tiene derecho a cuarenta y cinco días de salario, y según el literal d) a doscientos noventa y dos y un tercio (292 1/3) lo que da un total de 327 1/3 días de salario, que a veinticuatro pesos diarios da una cantidad de ocho mil noventa y seis pesos ($ 8.096.00). Se tomó la totalidad de la indemnización a que se refiere el literal d), por presumirse a falta de la prueba legal, que la empresa tiene el capital suficiente. Como el a-quo por el mismo concepto obtuvo la suma de doce mil quinientos sesenta y dos pesos con 41/100, se modificará la cuantía de la condena para ajustarla al guarismo obtenido por esta Sala.

Pensión de jubilación

Por haber prestado sus servicios durante más de diez años, y menos de quince, el

trabajador tiene derecho a la pensión de jubilación de que trata el artículo 8º de la ley 171 de 1961, inciso primero, pues al no aportar el patrono demandado la prueba del capital de la empresa, se presume que tiene el necesario para pagar la prestación demandada, de acuerdo con los términos del artículo 195 del Código Sustantivo del Trabajo.

El a-quo tomó como base para liquidar la pensión el salario de setecientos sesenta y dos pesos con treinta y nueve centavos ($ 762.39), como promedio de lo devengado en el último año, sin que indique la fuente probatoria de donde lo obtuvo. El hecho 6º de la demanda se refiere al último salario promedio mensual, sin que especifique que dicho promedio corresponde al último año de servicio. En el contrato celebrado entre las partes se modificó el 18 de febrero de 1964 la cláusula segunda, en el sentido de fijar como remuneración fija mensual la suma de seiscientos veinte pesos ($ 620.00), más una comisión del 1% sobre el producido de la mano de obra del Taller Automotor. En modificaciones anteriores se había establecido un mínimo de cien pesos para estas comisiones, pero dicha estipulación no fue incluída en la última modificación. Ante la ausencia del valor de las comisiones, se tomará como salario del último año de servicio, el salario fijo mensual de $ 620.00.

La pensión plena que le correspondería al demandante sería igual al 75% del salario del último año de servicio, según el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, o sea la cantidad de cuatrocientos sesenta y cinco pesos ($ 465.00). Mas como de acuerdo con el artículo 2º de la Ley 7ª de 1967 en ningún caso las pensiones plenas de jubilación serán inferiores al salario mínimo legal más alto vigente en la capital de la República, y éste, según el Decreto 1233 de 1969, es en la actualidad de diez y seis pesos con 50/100 ($ 16.50), la pensión mínima plena que le correspondería al demandante sería de cuatrocientos noventa y cinco pesos ($ 495.00). Proporcionalmente la pensión a que se refiere el artículo 8º de la ley 171 de 1961, en relación con los diez (10) años ocho (8) meses y veintiocho (28) días, sería de doscientos sesenta y cinco pesos con 92/100 ($ 265.92) mensuales.

El demandante tendrá derecho a gozar de esta pensión cuando cumpla sesenta años de edad. A folios 19 se encuentra copia de la partida de bautismo de Luis Arturo Vallejo Moreno, nacido el treinta y uno de diciembre de mil novecientos veintinueve. En consecuencia, los sesenta años de edad los cumple el treinta y uno (31) de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve (1989). Es procedente la condena de futuro, por cuanto la edad requerida para disfrutar de la pensión es simplemente condición para la exigibilidad de su pago y el derecho a ella se causa por el despido injustificado, como lo ha sostenido reiteradamente esta Corporación.

Habiendo condenado el fallador de primera instancia a la sociedad demandada a pagar a su extrabajador una pensión de jubilación en cuantía de cuatrocientos cincuenta y seis pesos con 80/100 ($ 456.80) mensuales a partir del 31 de diciembre de mil novecientos setenta y nueve, se modificará su proveído de acuerdo con las motivaciones anteriores.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia recurrida en cuanto condenó a Central Automotor Ltda. a pagar a Luis Arturo Vallejo Moreno la suma de setecientos veinte pesos ($ 720.00) como indemnización por falta de preaviso y en cuanto la absolvió de pagar la indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa y la pensión proporcional de jubilación. En función de instancia MODIFICA los ordinales 1º y 2º del fallo de primer grado, los cuales quedarán así: 1º CONDENASE a la sociedad "Central Automotor Ltda", domiciliada en Cali, representada por el doctor Rodrigo Silva Hernández, a pagar tres (3) días después de ejecutoriada esta providencia, al señor Luis Arturo Vallejo Moreno, la suma de OCHO MIL NOVENTA

Y SEIS PESOS ($ 8.096.00) por concepto de indemnización por terminación unilateral e injusta del contrato de trabajo. 2º CONDENASE a la Sociedad "Central Automotor Limitada" domiciliada en Cali, a reconocer y pagar al señor Luis Arturo Vallejo Moreno la suma de doscientos sesenta y cinco pesos con 92/100 ($ 265.92) mensuales, a partir del treinta y uno (31) de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve (1989), por concepto de pensión proporcional de jubilación. NO SE CASA en lo demás.

Sin costas en el recurso.

Publíquese, 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 acusador no intentó siquiera demostrar cuál fue la interpretación errada que dice dio el Tribunal al Parágrafo 2º del Decreto 797 de 1949 y se limitó a afirmar que en el sub-lite, el ad-quem había tenido de él un equivocado entendimiento, violando por tal razón la norma, en forma directa. Una presentación así del cargo por este motivo de casación es antitécnica, y siempre ha sido rechazada por la Corte.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., febrero veintisiete (27) de mil novecientos setenta y uno (1971).

(Magistrado Ponente: Doctor Jorge Gaviria Salazar).

(Acta número 10).

Leonidas Posada Heredia asistido de apoderado, formuló demanda laboral de mayor cuantía, contra el Instituto de Crédito Territorial (ICT), entidad descentralizada del orden nacional, representada en Cúcuta por el Gerente Seccional, para obtener condena a su favor por el valor de reajuste de cesantía en la cuantía que resultare probada en el juicio que estimó tentativamente en $ 1.200.00 y de la indemnización moratoria de que trata el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, parágrafo 2º, que igualmente fijo en la suma de $ 104.000.00.

Como hechos de sus pretensiones relató, los siguientes:

"1º El doctor Leonidas Posada Heredia, prestó servicios como trabajador en desempeño de cargo de Ingeniero II-17, al Instituto de Crédito Territorial en esta ciudad, en forma continua desde el día 17 de junio de 1964 al 30 de junio de 1966 fecha en que se terminó el contrato de trabajo por determinación unilateral del patrono.

2º En el momento de su retiro el doctor Posada devengaba un sueldo base de $ 3.400.00 mensuales. Más las primas y bonificaciones equivalentes a dos sueldos durante el año, más el salario en especie de $ 100.00. Según el contrato de trabajo, reglamento interno y convenciones, todos los elementos anteriores, constituyen salario y se computarán como tal para la liquidación de prestaciones. Para tal efecto el salario del doctor Posada era en consecuencia de $ 4.066.66 mensuales.

3º El trabajador Posada, se encontraba vinculado al Instituto de Crédito Territorial con un contrato de trabajo, en atención a lo expuesto por la convención Colectiva y en especial por el Reglamento Interno de Trabajo en su Preámbulo que dice que pese a ser una entidad oficial, sus trabajadores están vinculados a las normas especiales, o sean las que regían a los trabajadores particulares antes de la vigencia del actual Código Sustantivo de Trabajo. El doctor Posada suscribió contrato de trabajo y este se encuentra en poder del patrono.

4º La entidad patrona por intermedio de la Caja Nacional de Previsión Social, liqui-

dó en forma no solo extemporánea, sino mutilada, parte de la cesantía de mi poderdante, negándose a tomar en cuenta los factores que constituyen salario para la liquidación de la cesantía y negando el pago a que tenía derecho.

5º En diversas oportunidades el doctor Posada reclamó su derecho, y para agotar el trámite gubernativo se dirigió por escrito a la entidad patrona, mediante carta del día 26 de septiembre de 1968 para reclamar el pago total de la cesantía y de las INDEMNIZACIONES por falta de pago a que se refiere el decreto 797 de 1949.

6º La entidad demandada adeuda el valor de la indemnización por falta de pago, consistente en los salarios desde tres meses después del retiro hasta el momento en que se paguen totalmente las prestaciones e indemnizaciones. Adeuda igualmente el reajuste de la cesantía".

En derecho fundamentó su libelo en los Decretos 2127 de 1945, 1160 de 1947 y 797 de 1949. Se apoyó además en las convenciones colectivas vigentes, en el Reglamento interno de Trabajo del ICT y en el contrato individual que rigió sus relaciones con el Instituto.

La demanda, que correspondió al Juzgado 1º Municipal del Trabajo, una vez admitida, fue contestada por el Procurador Judicial del ICT, constituído con tal fin, el cual manifestó que se atendría a lo que se probara respecto a los tres primeros hechos, negó el cuarto y el quinto y en relación con el 6º dijo que no tenía el carácter de hecho, y propuso las excepciones perentorias de incompetencia de jurisdicción, inepta demanda, ineptitud sustantiva de la demanda como cuestión principal del debate, carencia de acción o derecho para demandar, la de pago y la innominada.

Tramitado el juicio el Juzgado le puso fin por sentencia de 23 de septiembre de 1969, según la cual, condenó al Instituto de Crédito Territorial, Seccional de Cúcuta, a pagar al señor Leonidas Posada Heredia, la suma de $ 79.331.00 por salarios caídos, lo absolvió de los demás cargos del libelo y declaró no probadas las excepciones perentorias planteadas por la parte demandada, "salvo la referente a la de pago en cuanto se relaciona al valor de la cesantía". No impuso costas.

Apelada esta providencia por el apoderado del Instituto de Crédito, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta**, la confirmó, por sentencia de 7 de noviembre de 1969, en la que tampoco hizo condenación en costas.

Contra la resolución del Tribunal interpuso recurso extraordinario de casación el representante judicial del Instituto de Crédito, el cual concedido por el Tribunal y admitido por la Corte se procede a decidir teniendo en cuenta la demanda con que se sustentó. No hubo escrito de oposición.

El recurso

Solicita el recurrente de esta Sala de la Corte, "la infirmación de la parte condenatoria del fallo proferido por el Tribunal Judicial de Cúcuta —Sala Laboral— y en su lugar se disponga que el Instituto de Crédito Territorial no está obligado a pagar la indemnización a que hace referencia el parágrafo 2º del artículo 1º del Decreto 797 de 1949, y con tal fin manifiesta que acusa la sentencia del ad-quem "por los motivos previstos en el artículo 60 D. E. 528 de 1964 del Código de Procedimiento Laboral, modificatorio del artículo 87, por ser la sentencia censurada, en la parte sujeta al recurso de casación violatoria de la ley sustantiva por violación directa e interpretación errónea".

Formula a continuación un solo cargo, que denomina "primer cargo", y expresa:

"El fallador ha realizado una errada interpretación del parágrafo 2º del Decreto 797 de 1949 que en su texto legal dice lo siguiente: 'Los contratos de trabajo entre el Estado y sus servidores, en los casos en que existan tales relaciones jurídicas conforme al artículo 4º de este Decreto solo se considerarán suspendidas por el término de 90 días, a partir de la fecha en que se haga

efectivo el retiro del trabajador. Dentro de estos términos los funcionarios o entidades respectivas deberán efectuar la liquidación y pago de los correspondientes salarios, prestaciones e indemnizaciones que se adeuden a dicho trabajador".

A continuación dice el acusador en que consiste, en general, la interpretación errónea de la Ley Sustantiva, y refiriéndose luego a la de autos, expresa:

"Ahora volviendo al caso concreto, el Tribunal, en el caso del fallo censurado, ha dado un alcance extensivo a una norma de interpretación descriptiva al conformar la sentencia de primera instancia que ordena reconocer a la parte demandante, al doctor Leonidas Posada Heredia, por parte del Instituto de Crédito Territorial, por concepto de indemnización moratoria, la suma de setenta y nueve mil trescientos treinta y un pesos ($ 79.331.00) moneda corriente, una vez transcurridos los tres (3) días de ejecutoria de la sentencia.

Este parágrafo, es decir el parágrafo 2º, fue desconectado del contexto general para indicarle el alcance que no tiene. Me refiero concretamente al artículo primero del Decreto 797 de 1949, que textualmente dice lo siguiente: "Artículo 1º: El artículo 52 (sic) Salvo estipulación en contrario, no se considerará terminado el contrato de trabajo antes de que el patrono ponga a disposición del trabajador el valor de los salarios, prestaciones e indemnizaciones que le adeude, salvo las sentencias autorizadas por la Ley o Convención, si no hubiere acuerdo respecto al monto de la deuda bastará que el patrono consigne ante el Juez o ante la autoridad política del lugar a la cuantía confiese deber, mientras que la justicia del trabajo decida la controversia".

El Tribunal violó directamente dicho precepto legal debido a su errada interpretación. Esta interpretación errada lo condujo a una aplicación indebida a una situación jurídica no gobernada por ella, ya que esta situación se rige por el ordinal A) del artículo 17 y artículo 18 de la Ley 6ª de 1945; por el artículo 1º del Decreto 1600 de 1945 y el artículo 27 del Decreto 1368 de 1947".

Consideraciones de la Corte

I. El acusador no intentó siquiera demostrar cuál fue la interpretación errada que dice dio el Tribunal al parágrafo 2º del Decreto 797 de 1949 y se limitó a afirmar que en el sub-lite, el ad-quem había tenido de él un equivocado entendimiento, violando por tal razón la norma, en forma directa. Una presentación así del cargo por este motivo de casación es antitécnica, y siempre ha sido rechazada por la Corte.

II. Pero aun en el supuesto de que el casacionista hubiera demostrado el error de interpretación del precepto acusado, el cargo sería ineficaz porque exhibe el defecto de referirse únicamente a la norma que subrogó el artículo 52 del Decreto 2127 de 1945 que tiene el carácter de reglamentario de la Ley 6ª del mismo año, y cuyo quebrantamiento por sí solo, no es suficiente para la viabilidad de este recurso extraordinario. En el evento indicado es necesario que se señale también la disposición de la ley reglamentada que se estime violada, pues es esta infracción la que, en últimas, puede dar lugar a la casación del fallo, conforme lo ha exigido reiteradamente la jurisprudencia (ver casación, agosto 14/69, ordinario de Luis María Gutiérrez cta. Caja Agraria).

El cargo en consecuencia se rechaza.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia de fecha 7 de noviembre de 1969, proferida por el Tribunal Superior de Cúcuta, en el juicio que adelantó Leonidas Posada Heredia contra el Instituto de Crédito Territorial.

Sin costas en el recurso.

Cópiese, publíquese, 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.

CASACION

(Técnica).

ERROR DE HECHO.

Por manera que mal puede hablarse de un ostensible error de hecho por parte del sentenciador, que solo se configura cuando sus conclusiones aparecen a todas luces contrarias a la realidad y evidencia procesales.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., marzo dos de mil novecientos setenta y uno.

(Ponente: Abogado Asistente, doctor Rafael Suárez Poveda).

(Acta número 5).

Gilberto Rivero Gómez, mayor de edad y vecino de Barrancabermeja, por conducto de apoderado judicial, demandó a "Cooperativa de Transportes Pipatón", domiciliada en la misma ciudad, para que, previos los trámites de un juicio ordinario fuera condenada a pagarle tres mil cincuenta y tres pesos con veinte centavos ($ 3.053.20) por cesantía, mil quinientos pesos con 00/100 m.l. ($ 1.500.00) por cuatro períodos de vacaciones causadas y no disfrutadas, tres mil pesos con 00/100 m.l. ($ 3.000.00) por primas de servicios, cinco mil doscientos pesos con 00/100 m.l. ($ 5.200.00) por doscientos ocho (208) domingos trabajados, cinco mil doscientos pesos con 00/100 m.l. ($ 5.200.00(por descansos dominicales no disfrutados, dos mil setecientos pesos con 00/100 m.l. ($ 2.700.00) por días festivos nacionales y religiosos laborados por el demandante, doce mil ciento noventa y siete pesos con setenta centavos ($ 12.197.70) por nueve mil trescientas setenta (9.370) horas extras laboradas, cuatro mil veinticinco pesos con 00/100 m.l. ($ 4.025.00) por cinco (5) meses y doce (12) días que faltaban para completarse la prórroga presuncional del contrato de trabajo, salarios por mora en el pago y las costas del juicio.

Hechos

Afirma la demanda que Gilberto Rivero Gómez trabajó al servicio de la demandada desde el día primero (1º) de enero de mil novecientos sesenta y uno (1961), hasta el nueve (9) de enero de mil novecientos sesenta y cinco (1965) cuando fue despedido sin justa causa; que devengó un jornal de veinticinco pesos con 00/100 m. l. ($ 25.00) diarios; que no se le han pagado las prestaciones y demás derechos reclamados; que no se celebró el contrato de trabajo por escrito; que la jornada realizada llegaba a quince (15) y dieciseis (16) horas diarias; que trabajó durante todos los domingos y demás festivos y no se le ha pagado la correspondiente remuneración.

En derecho se apoyó en los artículos 22, 23, 24, 27, 47, 48, 49, 64, 65, 177, 178, 179, 168, 186, 249 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo, 25 y ss. del Código de Procedimiento Laboral y 205 del Código de Procedimiento Civil.

También por conducto de apoderado judicial, la demandada se opuso a las pretensiones expresadas en el libelo inicial y, como razón principal de su defensa, alegó

que entre las partes no existió contrato de trabajo, pues el demandante prestó servicios a los dueños de los vehículos afiliados a la Cooperativa, a quienes estuvo subordinado y con quienes estipuló directamente su remuneración.

Conoció del juicio el Juzgado Municipal del Trabajo de Barrancabermeja, que en sentencia de veinticuatro (24) de octubre de mil novecientos sesenta y seis (1966) absolvió a la "Cooperativa Integral de Transportes Pipatón Ltda.", domiciliada en dicha ciudad, de todos los cargos formulados en la demanda por Gilberto Rivero Gómez.

Apelada la sentencia anterior por el apoderado del demandante, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barrancabermeja, en providencia de veinticuatro (24) de noviembre de mil novecientos sesenta y seis (1966), la confirmó.

Recurrió en casación contra la decisión del ad-quem, el apoderado del demandante.

El recurso

Solicita el recurrente que se case la sentencia de segunda instancia y que en su lugar se hagan los pronunciamientos impetrados en la demanda, o los que la Sala encuentre demostrados.

Formula, al efecto, contra la sentencia un único cargo, que le hace consistir en la violación indirecta de los artículos 6º, 22, 23, 24, 27, 36, 47, 48, 49, 64, 65, 177, 178, 179, 168, 186, 249 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo, a la cual, según el recurrente, llegó el sentenciador a consecuencia de un error de hecho consistente en la apreciación equivocada de los testimonios de Gerardo Melgarejo y Ramón Castañeda Meléndez (fls. 44 a 48) y en las posiciones del gerente de la demandada (fls. 59 a 61) y en la falta de apreciación del certificado expedido por Eladio Pinilla (fl. 52).

Para el recurrente el error de hecho consistió en que estando plenamente acreditados, con los elementos probatorios anteriores, los presupuestos de hecho en que el demandante hizo consistir sus pretensiones, el Tribunal, al confirmar la decisión de primera instancia había considerado que ellos no se habían demostrado.

No hubo escrito de oposición.

Se estudia el cargo

Al referirse a la cuestión probatoria, el ad-quem se expresa así:

"En efecto, para estos fines el actor aportó al juicio las declaraciones de Gerardo Melgarejo y Ramón Castañeda Meléndez como un cuadro de posicicnes que el señor Gerente se permitió absolver, de cuyo contenido total se deduce, sin mayores esfuerzos que el señor demandante jamás de los jamases (sic) fue trabajador de la Cooperativa mencionada. La lectura atenta, desprevenida y cuidadosa de las anotadas piezas nos lleva de plano a esta escueta conclusión".

Contrariamente a lo afirmado por el recurrente, los medios de prueba tomados en consideración por el ad-quem, no ameritan relación contractual entre el demandante y la demandada sino que se refieren a los servicios prestados por Gilberto Rivero Gómez a los propietarios de los vehículos afiliados a la "Cooperativa de Transportadores Pipatón". He aquí la síntesis de estas probanzas:

Gerardo Melgarejo manifiesta que lo autorizó para que trabajara como supernumerario en los vehículos afiliados a la Cooperativa. Y aclara: "Afiliados porque en esa época no tenía vehículos propios". No precisa fechas de iniciación y terminación de los servicios del demandante y, en cuanto al salario, se limita a afirmar: "La empresa directamente no le pagaba ningún sueldo a él; lo que él ganaba era el veinte por ciento (20%) del producido durante el tiempo que trabajara con cualquier bus". (fls. 44 a 46), cuaderno 1). Ramón Castañeda Meléndez dice que ha conocido al demandante, "manejando distintas máquinas, aproximadamente unos seis (6) o siete (7)

años, pero, a la vez manifiesta que ignora a quién pertenecían tales máquinas. Al ser interrogado sobre el tiempo de servicios del demandante a la demandada, declara que "Ignoro el tiempo puesto que yo no supe a qué horas entró y a qué horas se retiró". (fls. 48 a 49). El certificado del folio 52, en en cuya falta de apreciación también hace hincapié el casacionista, ninguna luz arroja sobre los extremos del pretendido contrato de trabajo, pues se reduce a certificar la buena conducta del demandante y a expresar que "ha trabajado durante vario tiempo (sic) como conductor de varios socios de esta Cooperativa". Por último el señor Eladio Pinilla, gerente de la demandada (fls. 59 a 61), al contestar las siete (7) preguntas del pliego de posiciones, ratifica la inexistencia del contrato de trabajo entre las partes, porque según él, "Este señor trabajó con los afiliados a la empresa muy aparte de lo que es la Cooperativa". (Respuesta a la pregunta segunda).

Tales medios probatorios no podían servir de soporte a los Juzgadores de instancia para formar su convicción en cuanto a los hechos que dieron origen a las pretensiones expresadas en el libelo inicial. **Por manera que mal puede hablarse de un ostensible error de hecho por parte del sentenciador, que solo se configura cuando sus conclusiones aparecen a todas luces contrarias a la realidad y evidencia procesales.** Por el contrario, el Tribunal, en este caso, se limitó a verificar la inexistencia probatoria de los hechos afirmados en la demanda, con lo cual hizo correcto uso de la autonomía en la valoración probatoria de que están investidos los Juzgadores de instancia, intangible, por lo demás, en este recurso extraordinario de casación.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barrancabermeja el día veinticuatro (24) de noviembre de mil novecientos sesenta y seis (1966), en el juicio promovido por Gilberto Rivero Gómez contra la "Cooperativa de Transportadores Pipatón".

No hay lugar a costas.

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

José Enrique Arboleda V., Miguel Angel García B., José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

COMPETENCIA

Conviene advertir que la competencia de la jurisdicción laboral no se determina, como lo pretende el recurrente, por la aplicación de las normas del Código Sustantivo del Trabajo o por la falta de ellas.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., marzo tres de mil novecientos setenta y uno.

(Ponente: Abogado Asistente, Doctor Arturo Linares Ortega).

(Acta número 8).

El doctor Luis Arcila Ramírez demandó personalmente en su condición de abogado titulado e inscrito ante los Jueces del Trabajo de Medellín, al Departamento de Antioquia representado por el señor Gobernador, para que por la vía del juicio ordinario laboral se le condenase a pagarle sueldos "o parte de sueldos" desde el 2 de enero de 1961 hasta el 4 de enero de 1963 cuyo valor estima en la cantidad de doce mil seiscientos noventa y seis pesos ($ 12.696.00) moneda legal, por concepto de "diferencia de sueldos" entre el cobrado por él y el devengado por el Jefe del Departamento Administrativo, igualmente impetró que se condene a la entidad demandada a "efectuar una nueva liquidación de mi cesantía y de la prima de navidad correspondiente al año de 1961, por cuanto al hacer este reconocimiento la base de liquidación es otra muy diferente", como textualmente reza el libelo.

Se apoya el actor en los hechos que se sintetizan así: que el 2 de enero de 1961 tomó posesión del cargo de Auditor General del Ferrocarril de Antioquia; que lo desempeñó en forma continuada e ininterrumpida hasta el 4 de enero de 1963; que los sueldos de los trabajadores de la Auditoría son costeados o pagados por la Empresa lo mismo que las prestaciones sociales que "son idénticas a las de los demás servidores de la Empresa (parágrafo del artículo 8º de la Ordenanza número 26 de 1959 y parágrafo 2º del art. 10 de la Ordenanza número 12 de 1943)"; que la Ordenanza número 26 de 1959 en su artículo 8º determinó entre los cargos y asignaciones de la Auditoría General del Ferrocarril de Antioquia el de "Auditor General" con $ 2.500.00 mensuales de remuneración; que cuando tomó posesión el titular de dicho cargo tenía como asignación mensual la suma de $ 2.500.00 y que le fue pagada al actor hasta el 29 de abril de 1962; que la Asamblea aprobó la Ordenanza número 21 de 1962 a los pocos días, norma según la cual la remuneración del Contralor Departamental fue señalada en la cantidad de $ 4.500.00 y por el mismo precepto se dispuso: que: "El período y sueldo para el Auditor de la Empresa Ferrocarril de Antioquia, será igual al del Contralor del Departamento; que por medio del Decreto Extraordinario número 282 de 1954, aprobado por el Decreto Nacional número 3478 de 1º de diciembre del mismo año (1954) se estableció que a partir del 10 de mayo de 1954 la asignación del Auditor General del Ferrocarril de Antioquia será igual a la que la "H. Junta Directiva de dicha Empresa tenga señalada para el Jefe del Departamento Administrativo de la misma" y que este decreto para su validez requiere la aprobación del Gobierno Nacional, "pero por ser de carácter urgente empezará a regir inmediatamente"; que el citado decreto estableció "LA MOVILIDAD DE LA ASIGNA-

CION DEL AUDITOR DEL FERROCARRIL"; que el Decreto Extraordinario número 282 de 1954 es hoy día ordenanza departamental o tiene ese valor por mandato de las leyes 2ª de 1958; 105 de 1959; 79 de 1960 y 141 de 1961; que cuando entró en vigencia la citada ordenanza devengaba el Jefe del Departamento Administrativo un sueldo de $ 2.420.00 al mes pero "el legislador mejoró momentáneamente la situación del Auditor y lo puso a devengar $ 2.500.00 cuando el Jefe del Departamento Administrativo solo ganaba $ 2.420.00 pero DEJO VIGENTE LA MOVILIDAD DE LA ASIGNACION" para que pudiera aprovechar los aumentos de sueldo que la Junta Administrativa decretara para el Jefe del Departamento Administrativo; que "la idea de colocar la asignación del Auditor por encima de la del Jefe del Departamento Administrativo se hace patente en el art. 7º de la Ordenanza número 2 de 1962; que según la ordenanza número 21 de 1962, el sueldo del Auditor General del Ferrocarril de Antioquia o de las Empresas Departamentales quedó por encima del que devengan los Jefes de Departamento y fue equiparado al de las Secretarías de la Gobernación y al Contralor General del Departamento; que "después de la vigencia de la Ordenanza 26 de 1959, se operaron continuos aumentos de sueldos para el Jefe del Departamento Administrativo por disposiciones de la H. Junta Directiva de la Empresa o por Pactos o Convenciones Colectivas de Trabajo"; que deben ser reajustados al Auditor 364 días laborados en 1961 y 301 en 1962 es decir un total de 665 días o 5.320 horas; que el 29 de octubre de 1962 entró a regir la Ordenanza número 2 de 1962 que por el art. 7º fijó al Auditor General una asignación de $ 3.783.83; que por disposiciones de la Junta Directiva y Convenciones Colectivas de Trabajo, se efectuaron aumentos de sueldos que no le beneficiaron en nada; que el reajuste de sueldo asciende a la suma de $ 12.696.00; que debe disponerse igualmente un reajuste en la cesantía y en la prima de navidad; que la vía gubernativa está agotada y que se solicitó concepto al Departamento Jurídico de la Gobernación y a tres juristas.

En derecho fundamentó la demanda en los siguientes preceptos: Decreto Extraordinario Departamental número 282 de 1954; Decreto Nacional número 3478, que aprobó el anterior; Leyes 2ª de 1958; 105 de 1959; 79 de 1960; y 141 de 1961, que convirtieron en normas legales permanentes los decretos extraordinarios dictados durante el estado de sitio. Ordenanzas 26 de 1959; número 2 de 1962; 21 de 1962; 21 de 1960; 52 de 1913; 2 de 1933; 71 de 1938; 50 de 1939; 30 de 1948; 12 de 1943; 38 de 1931 y 30 de 1912; Ley 24 de 1947 Decreto-ley 2158 de 1948, en cuanto sea aplicable, el Código Sustantivo del Trabajo, la ley 6ª de 1945 y su decreto reglamentario; Ley 53 de 1945; Ley 65 de 1946; Ley 153 de 1887 sobre reforma e interpretación de las leyes.

El libelo fue contestado por el Departamento de Antioquia manifestando que no se opone a las peticiones ni discute los hechos, los acepta si el juez encuentra que en derecho, "frente a los ordenamientos departamentales, se mantiene en vigencia el Decreto número 282 de 1954" y agrega que por no ser de competencia de la Junta Directiva la administración de los salarios del personal de la Auditoría se debe atener a los mandatos de la Asamblea del Departamento.

Tramitada la litis por el juzgado del conocimiento que lo fue el Primero del Trabajo de Medellín, éste puso fin a la primera instancia mediante sentencia de 26 de abril de 1963 por medio de la cual dispuso en su parte resolutiva lo siguiente: "CONDENASE al DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA, en su empresa EL FERROCARRIL, representado por el señor Gobernador, a pagar al demandante, doctor Luis Arcila Ramírez la suma de doce mil seiscientos setenta y nueve pesos con sesenta y seis centavos m.l. ($ 12.679.66) por concepto de reajuste de salarios en el lapso comprendido entre el 1º de enero de 1961 y el 28 de octubre de 1962. Queda igualmente la entidad demandada en la obligación de proceder al reajuste de rigor en lo que respecta a las prestaciones sociales causadas".

El fallo anterior no fue apelado por ninguna de las partes pero subió al Tribunal Superior de Medellín Sala Laboral en el grado de consulta, entidad que confirmó en todas sus partes la sentencia consultada.

Contra el fallo del Tribunal de fecha 17 de septiembre de 1963 interpuso recurso de casación el apoderado de la parte demandada que va a decidirse.

Pretende el recurrente la casación de la sentencia de segundo grado para que esta Sala como Tribunal de instancia, revoque la proferida por el Juez Primero del Trabajo de Medellín y en su lugar absuelva al Departamento de Antioquia "de los cargos de la demanda o se declare incompetente a la Justicia del Trabajo para conocer de este negocio".

Primer cargo

Se anuncia así: "Ser la sentencia de procedencia y fecha indicadas; violatoria por infracción directa y aplicación indebida de las disposiciones que citaré más adelante". Posteriormente en el desarrollo de la acusación el casacionista afirma: "De modo que el Tribunal, con la sentencia ha infringido directamente el art. 2º del Decreto Legislativo 3523 de 9 de diciembre de 1949, según el cual: "las medidas que puedan dictar los Gobernadores de acuerdo con el artículo anterior, se suspenderán al levantarse el estado de sitio", y el art. 1º del Decreto 0321 de 1958, de acuerdo con el cual se suspendió el estado de sitio para Antioquia, a partir del 27 de agosto de 1958. Concluye el cargo diciendo: "En consecuencia el Tribunal ha aplicado indebidamente los artículos primeros de las leyes 2ª de 1958 y 141 de 1961, que se refiere a materia distinta del Decreto 3478 de 1954 del Gobierno Nacional y 282 de 1954 del Gobernador de Antioquia, decretos estos a los cuales dio vigencia, en virtud de esa aplicación indebida".

En desarrollo de la acusación afirma el libelista que el Decreto 282 de 15 de mayo de 1954, (fs. 21) "fue dictado por el Gobernador de Antioquia en uso de las facultades que le confirió a los Gobernadores el Decreto Legislativo 3523 de 1949", luego asevera el impugnador qué no sólo el artículo 1º del citado decreto tiene la reserva de que las facultades se otorgan "mientras subsista el estado de sitio" sino que su art. 2º dijo expresamente que "las medidas que pueden adoptar los Gobernadores, de acuerdo con el artículo anterior, se suspenderán al levantarse el estado de sitio" y agrega que en virtud del Decreto 0321 de 27 de agosto de 1958 se declaró restablecido el orden público y suspendido el estado de sitio en el Departamento de Antioquia, por lo cual ya no regía para esa época el Decreto 282 de 1954 dictado por el Gobernador. En seguida el recurrente transcribe de la Ley 2ª de 1958 lo siguiente: "Tendrán fuerza legal hasta el 31 de diciembre de 1959 los Decretos dictados a partir del 9 de noviembre de 1949" y dice el acusador que dicha fuerza legal requiere la existencia de dos condiciones a saber: que se hubiere invocado para su expedición el artículo 121 de la Constitución Nacional y que no hubieren sido derogados. Y en desarrollo de esta tesis sostiene el acusador que el Decreto 3523 de 1949 por medio del cual se confieren autorizaciones a los gobernadores fue dictado por el Gobierno con invocación del artículo 121 y adquiriendo por tanto conforme al mandato de la ley 2ª de 1958 fuerza legal, pero de acuerdo con su artículo 2º las medidas adoptadas por los gobernadores con base en él se suspendieron al levantarse el estado de sitio por el D. 0321 de 1958 a partir de su vigencia, el 28 de agosto de 1958.

Concluye la censura arguyendo que las leyes posteriores 105 de 1959, 79 de 1960 no hacen sino prorrogar la vigencia de la ley 2ª de 1958 hasta el 31 de diciembre de 1961 y la ley 141 de 1961 adoptó los decretos legislativos dictados con invocación del art. 121 de la Constitución Nacional desde el 9 de noviembre de 1949 hasta el 20 de julio de 1958 en cuanto sus normas no hubieren sido "abolidas o modificadas por leyes posteriores" y que por consiguiente en opinión del impugnador el D. 3523 de 1949 al ser adoptado como ley no dejó de regir y al levantarse el estado de sitio para Antioquia el Decreto 282 de 1954 proferido por el Gobernador dejó de regir a partir del 27 de agosto de 1958.

Se estudia el cargo

La jurisprudencia tanto del antiguo Tribunal Supremo del Trabajo como de esta Sala ha sido reiterada en el sentido de exigir determinados requisitos para que se cumpla con los postulados de la técnica de casación y uno de ellos ha sido en torno a la fijación del concepto de la infracción por el demandante, que ha de ser en forma clara de tal manera que cada una de las modalidades debe proponerse separadamente a fin de permitir la labor de confrontación de la sentencia con las normas legales que se pretenden violadas. Ahora bien, en el sub-lite el recurrente presenta la acusación simultáneamente por "infracción directa y aplicación indebida", lo que determinan per se que no prospere el ataque así presentado, toda vez que la Corte no puede oficiosamente indagar por los motivos de la violación pues cada uno de éstos envuelvé un concepto diferente por lo cual resulta ineficaz el enjuiciamiento del fallo cuando sobre las mismas normas se ataca conjuntamente por dos o más modalidades, cuando ha debido presentarse la censura en forma precisa. Con todo, si con exceso de amplitud se examina la acusación pasando inadvertido el defecto anotado precedentemente, se observa que el casacionista señala como normas violadas el art. 2º del Decreto Legislativo número 3523 de 9 de noviembre de 1949 por el cual se confieren unas autorizaciones a los Gobernadores de los Departamentos; el artículo 1º de la Ley 2ª de 1958 por la cual se da provisionalmente fuerza de ley a ciertas disposiciones y se crea una comisión interparlamentaria; el artículo 1º de la Ley 105 de 1959 que prorrogó la vigencia de la Ley 2ª de 1958; el artículo 1º de la Ley 79 de 1960 que a su vez prorrogó la vigencia de las leyes citadas anteriormente; el artículo 1º de la Ley 141 de 1961 "por la cual se adoptó una legislación de emergencia constituída por las leyes y decretos legislativos dictados con invocación del artículo 121 de la Constitución Nacional desde "el nueve (9) de noviembre de mil novecientos cuarenta y nueve (1949) hasta el veinte de julio de mil novecientos cincuenta y ocho (1958)". También cita como infringido por el sentenciador el Decreto 0321 de 1958 que empezó a regir el 28 de agosto de ese año y por el cual se levantó el estado de sitio y el Decreto 3478 de 1954, preceptos todos estos que no son normas sustantivas de carácter laboral razón para que sea inestimable la acusación formulada, ya que la finalidad primordial de la casación del trabajo es la de unificar la jurisprudencia de esta naturaleza según el artículo 86 del Código Procesal del Trabajo. Respecto al Decreto 282 de 15 de mayo de 1954, expedido por el Gobernador de Antioquia, se observa que no es norma de carácter nacional, por lo cual tampoco puede servir de base para el ataque en casación. Se rechaza el cargo.

Segundo cargo

Se formula así: "dentro de la causal primera del Art. 87 de C. S. del T., acuso la sentencia de procedencia y fecha indicadas, de ser violatoria, por interpretación errónea del Art. 1º de las leyes 2ª de 1958, 105 de 1959, 79 de 1960 y 141 de 1961 y del Decreto 2478 de 1954".

La acusación se plantea así: "El Tribunal ha interpretado erróneamente esas disposiciones al considerar que ellos dan vigencia permanente al Decreto 3478 de 1954 que aprueba el Decreto 282 de 1954 del Gobernador de Antioquia, puesto que en los artículos de esas leyes expresamente se habla de decretos dictados por el Gobierno Nacional lo que no ocurre con el Decreto 3478 de 1954". Igualmente el censor predica interpretación errónea del artículo 1º del Decreto 3478 de 1954 que aprueba el Decreto 282 del mismo año expedido por el Gobernador de Antioquia y sustenta su ataque diciendo que "el artículo 1º de la Ley 2ª de 1958 habla de Decretos dictados por el Gobierno con invocación del Estado de Sitio y el art. 1º de la Ley 141 de 1961 habla de "Decretos Legislativos dictados con invocación del artículo 121 de la Constitución Nacional", y deduce el impugnador que "El Decreto 3478 de 1954 por medio del cual el Gobierno Nacional aprueba el 282 de 1954 del señor Gobernador de Antioquia no es un Decreto Legislativo dictado por el Gobierno con invocación del art. 121 de la Constitución Nacional, que no lleva la fir-

ma de todos los Ministros, sino en uso de facultades y en especial de las conferidas por el Decreto Extraordinario 3523 de 1949. Asimismo agrega el recurrente que por la errónea interpretación de las normas en cita el ad-quem "consideró vigente el artículo 1º del Decreto 282 de 1954 originario de la Gobernación de Antioquia y por medio del cual se dispone que el sueldo del Auditor General del Ferrocarril de Antioquia será igual al del Jefe del Departamento Administrativo de la misma Empresa".

Afirma el acusador que si el sentenciador hubiese interpretado "debidamente las leyes 2ª de 1958, 105 de 1959, 79 de 1960 y 141 de 1961 y el Decreto 3478 de 1954 le habría dado aplicación al artículo 2º del Decreto 3523 de 1949, ese sí legislativo, expedido con invocación del art. 121 de la Constitución de acuerdo con el cual "las medidas que puedan adoptar los Gobernadores de acuerdo con el artículo anterior se suspenderán al levantarse el estado de sitio" para concluir que como el estado de sitio se suspendió a partir del 27 de agosto de 1958 por el Decreto 0321 de 1958 hasta esa fecha rigió el Decreto 282 de 1954 del Gobernador de Antioquia. Y culmina su planteamiento y conclusión de la censura manifestando que como el doctor Arcila Ramírez ejerció el cargo de Auditor del Ferrocarril de Antioquia del 2 de enero de 1961 al 4 de enero de 1963 y el estado de sitio para Antioquia se levantó a partir del 27 de agosto de 1958, ya no regía el Decreto 282 de 1954 de la Gobernación de Antioquia y por tanto la asignación mensual que le correspondía era la de $ 2.500.00 fijada por la ordenanza número 26 de 1959. Y termina diciendo que: "la interpretación errónea de las leyes y decretos citados llevó al H. Tribunal a condenar al Departamento a pagar unos sueldos que no debía al actor y a disponer que se reajustara la cesantía a él pagada con base en esos sueldos y no en los que realmente devengaba".

Las disposiciones citadas en este cargo son las mismas indicadas en el anterior. Como ya se vio, ninguna de ellas puede servir de base para el recurso de casación en materia laboral, pues las que tienen carácter nacional no consagran derecho laboral alguno, y el decreto 282 de 1954, dictado por el Gobernador de Antioquia, no es norma de carácter nacional. Por lo tanto, no se estima el cargo.

Tercer cargo

"Dentro de la causal primera del art. 87 del C. P. L., acuso la sentencia de ser violatoria, con violación de medio, de las disposiciones que citaré en este capítulo y por las razones que al hacerlo expondré. Como consecuencia de ello el Tribunal aplicó indebidamente las disposiciones de que hablaré más adelante". "Señala y transcribe el acusador el art. 26 de la Constitución Nacional y deduce lo siguiente: "que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, incompetente para ello y por un procedimiento que no es el indicado para estos casos, juzgó y condenó a mi mandante a pagar al actor lo por éste demandado". Luego el recurrente cita el art. 3º del Código Sustantivo del Trabajo, lo transcribe y afirma que el actor no era un empleado particular ni alega serlo, sino un empleado oficial, igualmente transcribe el censor el artículo 4º del mismo estatuto y afirma que aún aceptando que el Auditor del Ferrocarril de Antioquia sea un trabajador de una empresa con ánimo de lucro, está bajo el régimen de estatutos especiales y no del C. S. T., y que violó el art. 2º del Código de Procedimiento Laboral por desconocimiento de las anteriormente citadas. También asevera el casacionista que el Tribunal al mencionar el art. 4º del Decreto 2127 de 1945 por el cual se reglamenta la Ley 6ª de 1945 en lo relativo al contrato de trabajo entre la administración pública y sus servidores que esta es una cita indebida pues en su concepto esa ley fue derogada por el art. 491 del C. S. del T., lo mismo que el decreto reglamentario y que el citado art. 4º del C. S. T. excluye expresamente a los "trabajadores ferroviarios oficiales" y concluye que la decisión sobre Arcila Ramírez no puede ser motivo de juicio ante la jurisdicción del trabajo sino ante lo Contencioso Administrativo.

En seguida dice el casacionista que la violación de las anteriores normas llevó al Tribunal a violar los artículos 22, 23, 24,

29, 37, 45, 47, 49, ordinal 4º del art. 57 al 249 y 253 del Código Sustantivo del Trabajo; que por mandato expreso del art. 3º y 4º del mismo Código Sustantivo no son aplicables dichas disposiciones y concluye que "de ahí que no podía el Tribunal aún suponiéndolos vigente, aplicar el Decreto 282 de 1954 del Gobernador de Antioquia y 3478 de 1954, por medio del cual el Gobierno Nacional le impartió a aquel su aprobación".

Expresa además el acusador que: "como medio para la violación de las disposiciones citadas y comentadas, violó también el H. Tribunal el Decreto Legislativo 30201 (sic) de 1958, artículo 2º de la Ley 159 de 1961 y Ordenanza número 15 de 1961", y agrega que el artículo 1º de ese Decreto declara de utilidad pública la adquisición por parte de la Nación de la Empresa del Ferrocarril de Antioquia y el artículo 2º deja a cargo del Departamento las prestaciones sociales debidas y no pagadas en la fecha del traspaso, que por el art. 2º de la Ley 159 de 1961 se dispuso que la Nación se haría cargo de las prestaciones sociales y la Ordenanza número 15 de 1961 autorizó el traspaso del Ferrocarril.

El acusador concluye aseverando que "el Ferrocarril ya no es una empresa del Departamento y éste no puede ser condenado en ella". Finaliza la censura así: "Por desconocimiento de esas disposiciones legales, el Tribunal aplicó indebidamente los arts. antes citados del C. S. del T., C. de P. L., Decretos 2127 de 1945, 282 de 1954 de la Gobernación de Antioquia, 0321 de 1958 y 3478 de 1954. De modo que debe casarse la sentencia, revocar la de primera instancia y absolver al Departamento, en sus Empresas Departamentales que fue la demandada y cuya existencia no se ha acreditado ni tampoco la obligación de pagar una deuda a cargo de la Nación".

Se considera

El recurrente se acoge al concepto de infracción de la Ley por la vía directa en la modalidad de aplicación indebida a un hecho probado pero no regulado por la norma, pues esto quiso significar al decir que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, incompetente para conocer de las peticiones del doctor Luis Arcila Ramírez aplicó un procedimiento no indicado para ello pues en concepto del casacionista "no se trata de un trabajador particular sino oficial, por lo cual la controversia no ha debido ser dirimida por la jurisdicción del trabajo.

Dentro de la causal primera del artículo 87 del Código de Procedimiento Laboral, el recurso de casación procede por ser la sentencia violatoria de la ley sustancial, por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea, pero las cuestiones de competencia a menos que haya involucrados en ellas asuntos de hecho no admite tratamiento en el recurso extraordinario por la vía directa y el ataque entonces debe proponerse por la causal tercera, es decir, por haberse incurrido en alguna de las causales de nulidad de que trata el art. 448 del Código Judicial, en este caso la del numeral 1º de dicho artículo, sin embargo, si las partes han intervenido en juicio sin hacer reclamo alguno en su oportunidad no puede hablarse en casación de incompetencia de jurisdicción. Es así como en el sublite en cuanto a la violación del artículo 26 de la Constitución Nacional que se atribuye al sentenciador no se produjo por la razón expresada ya que las partes sin reparo alguno aceptaron la competencia para conocer del negocio asumida por la justicia del Trabajo.

Y en punto a la alegada "indebida aplicación" del art. 3º del C. S. del T., y el 4º ibídem si bien es cierto que no se trata en este caso de un trabajador del sector privado a quien se le aplican las normas del Código Sustantivo del Trabajo, no es menos evidente que la censura peca de incompleta pues la infracción de medio de las normas en mención así como del precepto instrumental contenido en el art. 2º del Código Procesal del Trabajo, como la planteó el acusador, para producir el desquiciamiento del fallo ha debido relacionarse con la de los preceptos sustantivos de carácter laboral consagratorios de los derechos impe-

trados por el actor ya que la que se predica del art. 4º del Decreto 2127 de 1945 no es suficiente pues si se estima violado el Decreto reglamentario, igualmente ha debido acusarse la disposición que reglamenta o sea la Ley 6ª de 1945.

Conviene advertir que la competencia de la jurisdicción laboral no se determina, como lo pretende el recurrente, por la aplicación de las normas del Código Sustantivo del Trabajo o por la falta de ellas. La competencia se refiere a todos los casos en que haya un conflicto jurídico individual sobre el cual se invoque la existencia de un contrato de trabajo, o sea que dicho conflicto provenga directa o indirectamente de un contrato de tal naturaleza. Como en las relaciones entre la Administración Pública y sus servidores puede existir contrato de trabajo, según lo determina el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, la jurisdicción del Trabajo puede conocer de conflictos jurídicos en que sea demandante un trabajador oficial cuando se invoque la existencia del contrato de trabajo.

Por otra parte, las normas que han de tenerse en cuenta para el caso indicado, no son las del Código Sustantivo del Trabajo, por lo ordenado en el artículo 3º del Código citado, sino las normas sobre derecho individual a que se refieren los artículos 4 y 492 de la misma obra.

La derogatoria a que se refiere el impugnador, solamente opera, como la norma lo dice, en relación con el derecho individual relativo a los trabajadores particulares, pero deja vigentes las anteriores en cuanto regulan el derecho individual de los trabajadores oficiales.

Ahora bien, el impugnador atribuye al sentenciador violación de normas del Código Sustantivo del Trabajo como consecuencia de la infracción imputa a los otros preceptos citados precedentemente, en efecto, señala como infringidos los artículos 22, 23, 24, 29, 37, 45, 47, 49, ordinal 4º del art. 57, el 249 y el 253, sin embargo del examen de la sentencia acusada se deduce que el Tribunal no hizo la más leve alusión a normas del Código Sustantivo del Trabajo, que por otra parte no hubiera sido procedente hacerlo dada la naturaleza jurídica de la relación laboral del actor con la entidad demandada.

También el acusador se refiere a la aplicación del Decreto 282 de 1954 expedido por la Gobernación de Antioquia aprobado por el Decreto 3478 de 1954 así como la del Decreto 201 de 1958 artículo 2º de la Ley 159 de 1961 y la ordenanza 15 de 1961, cuando dice que "como medio para la violación de las disposiciones citadas", es decir los artículos del Código Sustantivo del Trabajo, fueron violados tales preceptos, sin embargo se advierte que no se trata de normas sustantivas de carácter laboral, razón para que fracase la acusación. En consecuencia, se rechaza el cargo.

Cuarto cargo

Lo expresa el recurrente así: "Dentro de la causal primera del art. 87 del C. P. L., acuso la sentencia de procedencia y fecha indicadas, de ser violatoria de las disposiciones que citaré más adelante, por errores de hecho y de derecho que aparecen de manifiesto en los autos".

Afirma el casacionista que se condena al Departamento de Antioquia en su Empresa, el Ferrocarril a reajustar la prima y la cesantía con base en el Decreto 282 de 1954 sin que se haya demostrado que prima se negó al actor en 1961; que el Tribunal por error de hecho manifiesto acepta una prueba no pedida, en contradicción con lo dispuesto en el ordinal 3º del art. 579 del C. J., agrega el recurrente que "Debe tenerse en cuenta también, que de acuerdo con el art. 306 del C. S. del T., la obligación de pagar un sueldo anual por concepto de prima pesa sobre Empresas permanentes con capital de $ 200.000.00, o superior y el actor ni siquiera pretendió que el desaparecido Ferrocarril o las Empresas Departamentales fueran empresas permanentes de ese capital".

Señala el recurrente como primer error el consistente en que: "habiéndose acreditado la extinción de la empresa departamental Ferrocarril de Antioquia no estando acreditada la existencia legal de empresas departamentales de Antioquia, que fue demandada y como desconoció la prima y cesantía pagada al actor, el capital y permanencia de aquellas empresas no puede dar aplicación al artículo 306 del C. S. T., sobre prima ni al Decreto 282 de 1954 sobre asignación que debe ser tenida en cuenta para reajustarla ni al artículo 249 en relación con el 253 del mismo Código y el citado Decreto sobre cesantía".

Luego continúa su crítica el impugnador diciendo que el actor no pide "condenar al Departamento de Antioquia directamente sino en sus empresas Departamentales" asímismo afirma que esta manifestación en la demanda equivale a confesión y "es prueba plena de que no existe el Ferrocarril" y que "el error de hecho del Tribunal al no apreciar esta prueba, lo llevó a condenar al Ferrocarril en esa Empresa".

Posteriormente agrega el libelista que no solo la confesión del actor demuestra la no existencia del Ferrocarril sino también el Decreto 201 de 1958 "cuyo artículo lo declara de utilidad pública la adquisición por la Nación del Ferrocarril, En su artículo 5º este Decreto deja a cargo del Departamento las prestaciones sociales causadas y no pagadas a la fecha del traspaso, traspaso que ya se hizo según confesión del actor". Y más adelante en desarrollo de la acusación asevera: "si aparece acreditado que no existe de propiedad del demandado la EMPRESA EL FERROCARRIL, como lo acepta el propio Tribunal, el error de hecho de aceptar su existencia, llevó al Tribunal a aplicar el Decreto 2127 de 1945, en su artículo 4º que se refiere a empresas comerciales, agrícolas, industriales o susceptibles de ser fundadas y manejadas por los particulares y los artículos del C. S. del T.: 22 que define lo que se entiende por contrato de trabajo, letra c) del 23 que exige un salario para que haya contrato de trabajo; 249 y 253 sobre cesantía y su cuantía, 306 sobre prima, y quién debe pagarla y Decreto 282 de 1954 de la Gobernación de Antioquia y 3478 de 1954, ambos artículos 1º, por el cual el Gobierno Nacional imparte aquel su aprobación".

Acusa el recurrente violación del art. 2º del C. P. L. en relación con el art. 24 del C. S. del T., y afirma para sustentar tal acusación que el sentenciador "aceptó la existencia de un contrato ficto de trabajo entre el actor y una empresa cuya existencia no se demostró y asumió la competencia que el citado artículo 2º le da para "decidir los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente del contrato de trabajo".

También asevera el acusador que "si lo que el Tribunal tuvo en cuenta fue la aceptación del apoderado del Departamento a los hechos de la demanda, cometió un error de derecho pues el Departamento no es persona que pueda confesar, sino una entidad de derecho público".

Dice igualmente el casacionista que el Tribunal "llegó a la conclusión de que se trataba de un empleado ligado al Departamento por un contrato ficto de trabajo, no obstante la ausencia de prueba sobre la creación del ferrocarril como empresa de las contempladas en el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945" y agrega que las ordenanzas que obran en el expediente "mal apreciadas por el H. Tribunal, apenas dan cuenta de su existencia, pero no de su creación y fines con ella buscados por el departamento. La única que cita el Tribunal, para apreciar las caracteristcas de la Empresa cuando era de Antioquia, la número 38 de 1931, pide a la Junta Directiva esforzarse en organizar y administrar el ferrocarril de acuerdo con la técnica administrativa moderna, procurando elevar la máxima capacidad productiva de la Empresa y reducir al mínimo razonable el costo de producción", y agrega: "Pero de ahí no se deduce que se persiga lucro en la explotación de la empresa. Es apenas lógica esa recomendación en cualquier organización. Productividad no es lucro". Finalmente concluye que se comete un error de hecho en derivar de una sola palabra los fines y organización de una empresa que se desconocen".

El recurrente atribuye al ad-quem errónea apreciación de otras ordenanzas que obran en el expediente y que se refieren al auditor del Ferrocarril de Antioquia, apoyando su ataque en que de ellas se desprende que "el Auditor es un empleado oficial, creado por la Asamblea, dependiente directamente de ella, con asignación fijada por ella y ninguna de cuyas funciones tiene algo que ver con la organización, productividad y buen éxito de la Empresa".

Finaliza la acusación así: "los errores de hecho del Tribunal en la apreciación de la Ordenanza 38 de 1931, en la falta de apreciación de las otras Ordenanzas que se refieren a la Auditoría y sus funciones y el dar por sentado, sin estarlo que el Ferrocarril, cuya creación y sistema de organización y fines se desconocen, que el Ferrocarril fue una Empresa Oficial con ánimo de lucro, llevaron al Tribunal a aplicar indebidamente el art. 4º del Decreto 2127 de 1945, los artículos primero de los Decretos 282 de 1954, de la Gobernación, 3478 de 1954 del Gobierno Nacional que aprueba el anterior y las demás disposiciones de los Códigos de Procedimiento Laboral y Sustantivo del Trabajo que he citado antes y por las mismas razones".

Se considera

No obstante que este capítulo de la demanda parece más un alegato de instancia por la falta de ordenación lógica de las razones que pueden sustentar la acusación, con criterio de amplitud se estudia ésta. En efecto: el recurrente que en la enunciación del cargo acusa la sentencia de ser violatoria de las disposiciones que citará "más adelante" empieza por citar como violado el Decreto 282 de 1954 expedido por el Gobernador de Antioquia, es decir predica infracción de una norma que no es de carácter nacional, asimismo destaca el casacionista como violado el ordinal 3º del artículo 579 del Código Judicial y el 604 ibídem, sin embargo el citado ordinal 3º del art. 579 del C. J., no existe en la codificación mencionada y por lo que toca al precepto trata materia diferente a la que se refiere la acusación y en cuanto al otro artículo del C. J., se trata de una norma procedimental cuya violación no puede producirse sino en conexión con otras de carácter laboral, como infracción de medio y no por sí sola en forma independiente.

Igualmente èl impugnador acusa violación de los artículos 306, 249, 253, 67, 68, 69, 22, 23 y 24 del Código Sustantivo del Trabajo por indebida aplicación de tales disposiciones .

Sin embargo, estas normas no sirvieron de fundamento a la sentencia acusada pues el sentenciador no las aplicó y no podía hacerlo válidamente pues como se trató al estudiar el cargo anterior, en el caso subjudice las disposiciones aplicables no son las del Código Sustantivo del Trabajo sino las que rigen el derecho individual del trabajo en cuanto se refiere a trabajadores oficiales, de tal manera que por este aspecto la acusación no está llamada a prosperar cuanto más si se tiene en cuenta que la vía escogida por el recurrente fue la indirecta cuando para este evento, en caso de que se hubiese aplicado por el fallador el Código Sustantivo del Trabajo, el ataque debía proponerse como violación directa por haber aplicado preceptos a una situación no regulada por éstos. Ahora bien, igualmente el impugnador acusa violación del Decreto 201 de 1958 sin que hubiese singularizado la disposición legal que se estime infringida ni se trata de norma sustantiva laboral. En el mismo orden de ideas señala el acusador violación del artículo 4º del Decreto 2127 de 1945 olvidando que este texto legal es reglamentario de la Ley 6ª de 1945 sin que por otra parte hubiera citado como violada la disposición que reglamenta, quedando por tanto incompleta la proposición jurídica, lo que a su vez determina ineficacia en el ataque. También cita el acusador el Decreto 3478 de 1954 que versa sobre materia distinta a la que se controvierte pues no es norma sustancial de carácter laboral. Finalmente el recurrente advierte violación del artículo 2º del Código Procesal del Trabajo, precepto éste de carácter instrumental y por tanto susceptible de violación de medio para cuya prosperidad se hace necesario completar la acusación relacionándo-

la con normas de derecho sustancial de carácter laboral aplicables al caso controvertido. En tales condiciones, ante las graves deficiencias anotadas, no es posible concretar el entendimiento del cargo, pues la Corte no puede oficiosamente buscar la regla legal pertinente en cada caso, por lo cual se hace inestimable la acusación. Se rechaza el cargo.

En mérito de todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Sin costas en el recurso.

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

Alejandro Córdoba Medina, Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CASACION

(Técnica)

Reiteradamente ha dicho la jurisprudencia que todo cargo en casación debe contener una proposición jurídica completa, en la cual deben señalarse con precisión las normas sustanciales que se consideran violadas, o sea aquellas que consagran, modifican o extinguen el derecho que la sentencia declara o desconoce en contravención a ellas.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., nueve de marzo de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.).

(Acta número 8).

Gabriel Milanés Espinosa, por medio de apoderado, demandó al Hospital San Jerónimo de Montería, persona jurídica domiciliada en dicha ciudad, para que se la condenara a reintegrarlo al cargo de Médico de Consulta Exterior en las mismas condiciones de trabajo y de remuneración vigentes al momento del licenciamiento, más las alzas de salarios, prestaciones e indemnizaciones convencionales y|o legales que se realicen hasta la fecha de su restitución, partiendo de un salario ordinario de dos mil pesos mensuales; a pagarle, a título de indemnización por lucro cesante, el valor de los salarios dejados de devengar desde el día del despido hasta la fecha del reintegro, incluídos los aumentos convencionales y|o legales; que se declare no haber existido solución en los servicios que viene prestando desde la fecha del despido hasta el momento de su reintegro, para todos los efectos legales y en especial para el cómputo de prestaciones e indemnizaciones laborales, y que se la condene a pagar los "salarios caídos", artículo 65 del C. S. del T., y las costas del juicio. Pide, además, que se hagan algunas declaraciones en relación con el carácter de colectivo que tuvo su despido y el de otros trabajadores.

Según los hechos de la demanda, el doctor Gabriel Milanés Espinosa ingresó al servicio del Hospital San Jerónimo de Montería el 19 de febrero de 1965 como Médico de Consulta Externa, habiendo sido despedido el 31 de diciembre de mil novecientos sesenta y seis, por decisión unilateral del empleador; inicialmente devengó $ 875.00 mensuales y desde el 1º de junio de 1966 hasta la fecha del despido, su salario fue de $ 2.000.00. En la Resolución por medio de la cual se suprimió el cargo desempeñado por el demandante, también se ordenó el despido masivo, inconsulto e ilegal, de sesenta y seis trabajadores o empleados más. El Sindicato de Trabajadores del Hospital San Jerónimo, pidió en distintas ocasiones la revocatoria de dicha Resolución, por considerar que violaba los decretos 2497 de 1963 y el artículo 40 del Decreto 2351 de 1965; el demandante, en vista de la renuencia del Hospital a revocar la Resolución, solicitó el dos de febrero de 1967 se le cancelara el valor de las prestaciones sociales, habiendo recibido respuesta negativa, según comunicación de 19 de octubre de 1967.

Como fundamentos de Decreto citó el artículo 40 del Decreto 2351 de 1965, otros del mismo Decreto y algunos del Código

Sustantivo del Trabajo, de la ley 6ª de 1945, del Decreto 2127 del mismo año, y el Decreto 797 de 1949.

Al contestar la demanda, el apoderado del Hospital San Jerónimo de Montería, dijo no constarle los hechos; se opuso a todas las peticiones de la demanda y formuló la excepción de inepta demanda, con fundamento en que la entidad demandada es de carácter oficial y no se agotó la vía administrativa; en que mediante de un juicio ordinario quiere ejercerse una acción de reintegro, y en que debió dirigirse al Síndico Administrador del Hospital, quien tiene su representación judicial.

Cumplido el trámite de la primera instancia, el Juzgado Laboral del Circuito de Montería desató la litis en sentencia de diez y ocho (18) de diciembre de mil novecientos sesenta y nueve (1969), por medio de la cual condenó al Hospital San Jerónimo de Montería a pagarle a Gabriel Milanés Espinosa la suma de cuatro mil trescientos treinta y tres pesos con 34/100 ($ 4.333.34) por concepto de auxilio de cesantía, y sesenta y seis pesos con 67|100 ($ 66.67) diarios desde el 17 de abril de 1967 hasta cuando se satisfaga totalmente la deuda laboral pendiente. También condenó en costas al demandado. En la parte motiva estudió la excepción de inepta demanda, la que declaró infundada.

Apelaron ambas partes. Sin embargo, el inferior únicamente concedió el recurso en relación con la parte demandada, sin que la demandante hiciera objeción alguna sobre el particular. El Tribunal Superior de Montería, Sala Civil Laboral, al decidir la alzada confirmó la sentencia recurrida y condenó en costas a la parte demandada, que oportunamente interpuso por medio de su apoderado el recurso de casación. Concedido por el Tribunal Superior y admitido por esta Sala, se decidirá previo el estudio de la demanda presentada por el impugnador y la réplica del opositor.

Alcance de la impugnación

Pide el casacionista que esta Corporación "INFIRME la sentencia recurrida en cuanto confirma los numerales 2º y 3º del fallo de primera instancia y en su lugar, convertida la H. Corte en Tribunal de instancia, revoque los numerales citados, absolviendo así al Hospital de todos los cargos de la demanda".

Con fundamento en la causal 1ª del artículo 60 del Decreto número 528 de 1964 en relación con el artículo 7º de la Ley 16 de 1969, formula los siguientes cargos:

Primer cargo

"La sentencia viola indirectamente, por aplicación indebida del artículo 4º del decreto 2127 de 1945, y falta de aplicación del inciso 1º del artículo 5º del decreto extraordinario número 3135 de 1968, y como resultado de error de hecho, el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, que es norma sustancial".

Transcribe el recurrente apartes del fallo acusado en los cuales el ad quem llega a la conclusión de que entre el Hospital San Jerónimo de Montería y el demandante Francisco Díaz Rodríguez existió un contrato de trabajo y no una relación legal y reglamentaria, y dice que a folios 78 a 83 se encuentra copia de los Estatutos del Hospital, donde aparece demostrado que dicha institución es un establecimiento público, y como tal no puede confundirse con una institución "idéntica a la de los particulares, o susceptible de ser fundada y manejados por estos en la misma forma", a que se refiere el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, como lo sostiene el fallador de segunda instancia quien por esta circunstancia incurrió en error evidente de hecho al no apreciar el documento auténtico contentivo de los estatutos. Luego agrega que a través del error de hecho violó el Tribunal el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, cuando precisamente la norma aplicable era el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968.

Segundo cargo

"La sentencia acusada viola indirectamente, por falta de aplicación del inciso 1º del art. 5º del Decreto extraordinario número 3135 de 1968, en relación con el ar-

tículo 1º de la Ley 95 de 1890, y como resultado de error de hecho, el artículo 1º del Decreto número 797 de 1949, que es norma sustancial".

Se refiere el impugnador a los documentos auténticos de folios 2 y 3, sobre nombramiento y comunicación del cargo de médico al demandante, que a su juicio indicaban su carácter de empleado, desvirtuando así lo afirmado por el Tribunal de que entre el demandante y el Hospital existió un contrato de trabajo, que aplicó así indebidamente el artículo 1º del decreto 797 de 1949, sin tener en cuenta que el vínculo de Díaz Rodríguez con la institución Hospitalaria no era contractual, sino una relación de derecho público, y dejando de aplicar el inciso 5 del artículo 5º del Decreto Extraordinario 3135 de 1968, que subrogó y aclaró en forma definitiva el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945.

Transcribe luego la jurisprudencia de esta Corporación de primero de marzo de 1969, y agrega que el Tribunal no tuvo en cuenta los documentos que obran a los folios 74 y 76, en donde aparecen demostrados los auxilios nacionales, departamentales y municipales, recibidos por el Hospital en los años de 1965, 1966 y 1967, y la cuantía de los déficits de la institución en los mismos años. La situación de insolvencia del Hospital, no ignorada por el demandante, configura, a juicio del impugnador, la fuerza mayor o caso fortuito, que justifica la demora del Hospital en el pago de las prestaciones, por lo cual no era procedente la indemnización por mora. Por último, el casacionista se refiere a la incidencia del error de hecho en la parte resolutiva de la sentencia y la consiguiente violación de las normas acusadas.

Tercer cargo

"La sentencia acusada viola, por falta de aplicación del inciso 5º del Decreto Extraordinario 3135 de 1968, debido a interpretación errónea del art. 4º del decreto 2127 de 1945, el art. 1º del Decreto número 797 de 1949, que es norma sustancial".

Para sustentar el cargo, el impugnador transcribe un párrafo de la sentencia recurrida y dice:

"Si como es sabido, y tal criterio está aceptado por la doctrina y la jurisprudencia, "la errónea interpretación se produce cuando la que se da a la Ley no está de acuerdo con su espíritu y finalidad y como consecuencia de ello, se deja de aplicar la ley al caso controvertido o se la aplica indebidamente", si llegare a considerarse razonable, justo y equitativo, el punto de vista que tuvo el H. Tribunal para aplicar el art. 4º del Decreto 2127 de 1945, por considerar que entre el Hospital y el actor existió una relación laboral, y no una relación de derecho público o reglamentario, que, es la que ha debido tenerse en cuenta si no se hubiera ignorado la existencia del inciso 1º del art. 5º del Decreto extraordinario 3135 de 1968 ciertamente que la materia regulada en la norma últimamente citada, no tendría objeto, ya que con una interpretación errónea del art. 4º del decreto 2127 de 1945, que no consulta su espíritu y finalidad, no habría lugar a la aplicación del tantas veces mencionado art. 5º del decreto extraordinario citado".

Afirma luego que habiendo el Tribunal Superior estimado, debido a la errónea interpretación del artículo 4º del decreto 2127 de 1945, que entre el demandante y el Hospital existió un contrato de trabajo, dio aplicación indebida al artículo 1º del decreto 797 de 1949.

La Sala considera

Reiteradamente ha dicho la jurisprudencia que todo cargo en casación debe contener una proposición jurídica completa, en la cual deben señalarse con precisión las normas sustanciales que se consideran violadas, o sea aquellas que consagran, modifican o extinguen el derecho que la sentencia declara o desconoce en contravención a ellas. En los cargos que se estudian el acusador señala como violadas las siguientes disposiciones: artículo 4º del decreto 2127 de 1945, reglamentario del primero de la Ley 6ª de 1945, que no se señala, y que se

refiere, el acusado, a la existencia del contrato de trabajo con las entidades oficiales; artículo 5º del decreto extraordinario número 3135 de 1968, que establece qué personas, de quienes prestan sus servicios al Estado, son empleados públicos, ligados por un régimen legal y reglamentario, y quiénes trabajadores oficiales, vinculados por un contrato de trabajo; y artículo 1º de la ley 95 de 1890, que define la fuerza mayor o caso fortuito. Claramente se observa que ninguna de estas normas consagra el derecho del trabajador a la indemnización moratoria, cuyo desconocimiento pretende el casacionista a través del recurso extraordinario.

Sin embargo, también el impugnador acusa como violado, en los tres cargos, el artículo 1º del decreto 797 de 1949, del cual afirma que es norma sustancial. Pero en relación con esta disposición esta Sala de la Corte ha considerado, en forma reiterada, que para la violulidad del recurso no basta con señalar como violada la norma reglamentaria, sino que es necesario además, acusar el artículo o artículos de la ley que reglamenta. Así, en sentencia de once de diciembre de mil novecientos setenta, Tulio Alfonso Bejarano Isaacs contra Empresa Colombiana de Aeródromos, que se apoya en jurisprudencia anterior, dijo esta Corporación:

"La simple lectura de la enunciación del ataque muestra que no fueron acusados los preceptos de la ley 6ª de 1945, que son los sustanciales, sino únicamente los reglamentarios de la misma y es sabido que el C. P. del T. exige que la norma violada sea sustantiva o sustancial para que sea viable la casación de un fallo. Reiterada jurisprudencia de esta Sala lo ha sostenido precisamente en casos idénticos al presente, de la siguiente manera: " 'Es evidente que el Decreto 2127 de 1945, según reza su encabezamiento, es reglamentario de la Ley 6ª del mismo año y que el 797 de 1949, como lo dice de manera explícita, lo que hizo fue sustituir el artículo 52 del mismo Decreto reglamentario 2127 de 1945. Y aunque a veces en los estatutos que reglamentan leyes suelen encontrarse disposiciones sustanciales y no meramente reglamentarias, no sucede así en este caso, pues los artículos 51 y 52 del Decreto 2127 de 1945 (y, por ende, el 1º del 797 de 1949, que subrogó el último de los citados, se agrega ahora), no son otra cosa que el desarrollo del 8º de la Ley 6ª de 1945 en cuanto determina que la extinción de un contrato de trabajo (en el evento allí contemplado, se aclara) ha de hacerse 'previa cancelación de todas las deudas, prestaciones e indemnizaciones a que haya lugar' y del 11 ibídem, cuanto estableció: "En todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable". Por lo tanto, las normas sustanciales que pudieron ser infringidas por la sentencia acusada fueron éstas, antes que aquellas, al haber condenado al pago del lucro cesante y de la indemnización moratoria". (Sentencia de 13 de marzo de 1970. José María Ribón Trujillo vs. Corpal)".

Estando incompleta la proposición jurídica, no prosperan, en consecuencia, los cargos formulados.

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 Montería, Sala Civil Laboral.

Costas, a cargo del recurrente.

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

José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García B., José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

ERROR OSTENSIBLE DE HECHO

La equivocada apreciación de un documento no solemne, como el de autos, constituye error de hecho en la casación laboral, y si lo deducido por el fallador contraría claramente lo que en él se estipula el ataque por esta vía no puede descalificarse como antitécnico.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., diez de marzo de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Doctor Juan Benavides Patrón).

(Acta número 10).

En sentencia dictada el 26 de noviembre de 1969, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Barranquilla resolvió, en forma absolutoria, el juicio ordinario de trabajo promovido por Alfredo Barros Páez contra Constructora Química del Caribe S. A., para el reconocimiento de la indemnización por la ruptura unilateral y sin justa causa del contrato que los vinculó, providencia que apelada por el demandante, fue revocada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial del mismo lugar, entidad que en la suya de 25 de junio de 1970 condenó a la sociedad antedicha al pago de $ 61.750.00 por el concepto suplicado. Salvó su voto el magistrado Santiago Diago García, y la Corte conoce del recurso de casación interpuesto por el apoderado de la empresa.

La controversia se concretó a la duración del contrato celebrado por los litigantes, la cual fue indefinida según la demandada, que indemnizó su ruptura con cuarenta y cinco días de salario conforme a los cuatro meses de servicios de Barros Páez, y determinada por el tiempo necesario para la construcción de obras, en apreciación del trabajador, la cual fue acogida por el adquem al interpretar la cláusula cuarta del documento contractual.

El recurrente persigue el quebranto del fallo indicado para que en la decisión subsiguiente de instancia se confirme la del aquo, con imposición de costas.

Al efecto formula tres cargos, de los cuales solo será necesario estudiar el primero que se sintetiza, lo mismo que la réplica del opositor.

Violación indirecta, por aplicación indebida, de los numerales 2º y 3º del artículo 8º del decreto 2351 de 1965, en relación con los textos 45, 13, 14, 43 y 21 C. S. T. y, además, del artículo 1624 C. C. en relación con el 19 del C. S. T., y falta de aplicación del literal a) del numeral 4º de aquel artículo 8º del decreto 2351, que era el pertinente, en relación con los numerales 1º y 2º de este mismo artículo y con el 5º del dicho decreto.

En estas infracciones incurrió el sentenciador a consecuencia de errores evidentes de hecho que consistieron en a) dar por demostrado, sin estarlo, que el contrato de trabajo que vinculó al promotor de la litis con la sociedad recurrente se celebró por el tiempo que duraran las obras a cuya construcción se dedicaba la demandada, a través de sub-contratistas en Barranquilla, y b) en no dar por demostrado, estándolo, que el contrato que originó la controversia era de duración indefinida.

Estos errores obedecieron a mala apreciación de la cláusula cuarta del documento suscrito por los litigantes, que el acusador transcribe y analiza para significar que ella no consagra la duración por la construcción de obras que apreció el ad-quem sino una por término indefinido, como lo entendió el magistrado disidente, estipulación que al no ser atendida por la empresa, que puso término al contrato a los cuatro meses de servicio, ocasionó la indemnización que fue pagada.

El opositor estima que es antitécnico acusar error de hecho cuando la equivocada apreciación de una prueba se hace consistir en la interpretación legal de un texto; que si la redacción de la cláusula era ambigua, el error no puede ser manifiesto; que la definición judicial no obedeció a una sola prueba sino a varias, de diversa índole, que el acusador no señala y que la que éste destaca no tiene el alcance de documento auténtico conforme a la ley 16 de 1969. En cuanto a la cuestión de fondo defiende la apreciación del ad-quem, que consulta las reglas de hermenéutica.

Se considera

La equivocada apreciación de un documento no solemne, como el de autos, constituye error de hecho en la casación laboral, y si lo deducido por el fallador contraría claramente lo que en él se estipula el ataque por esta vía no puede descalificarse como antitécnico. Además, la prueba sobre que versa la acusación es documento suscrito por los litigantes, proviene indiscutiblemente de ellos y tiene por lo tanto el carácter que requiere la ley 16 de 1969 para que se la estudie por el camino escogido por el acusador. Por otra parte, el cargo no reposa en "la interpretación legal de un texto" sino sobre la cláusula misma y si su conclusión afirma una modalidad de ley, en punto a la duración del contrato, que es lo que ha motivado la controversia, ello no desnaturaliza el carácter del error, que es de hecho por cuanto el fallador habría dado por establecido uno que no lo está y dejado de apreciar el que establece la prueba discutida. Finalmente, la decisión judicial responde a otras probanzas en cuanto éstas sirvieron para concretar la condena, pero su fundamento primero es el de que el contrato celebrado, conforme a la cláusula que se afirma apreciada con error, se pactó por la duración de obras que construía la demandada, con lo cual si se le destruye —y por esto el ataque es correcto— ninguna incidencia tendrían los hechos relativos al tiempo que hubiese durado la construcción de las tales obras, ni las pruebas que los establezcan, los cuales constituirían factor ajeno a la definición del asunto en el campo del contrato de duración indefinida, que sostiene el recurrente en apreciación fáctica distinta a la del ad-quem.

El cargo, en consecuencia, debe examinarse.

La cláusula controvertida es del siguiente tenor, en lo pertinente:

"Cuarta: ... Para los efectos de este contrato de empleo se hace constar que la Constructora Química del Caribe S. A., es una empresa dedicada a la construcción de ciertas fábricas en la ciudad de Barranquilla, y que el término de empleo será determinado, y no puede ser superior al período de tiempo necesario para la construcción de dichas fábricas...".

Para la Sala la estipulación anterior señaló que el término del empleo sería determinado; esta determinación no fue concretada en ella misma y, según los planteamientos de los litigantes, en ninguna otra oportunidad. No hubo, pues, contrato a término fijo. Pero la cláusula agrega que el término no podría ser superior al tiempo necesario para la construcción de dichas fábricas, y de aquí es de donde se interpretó por el ad-quem, en oposición al a-quo y de acuerdo con el demandante, que ello significaba duración contractual por la de las obras aludidas. Mas el documento no refiere la duración del vínculo de autos al "tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada", como son las voces del artículo 45 C. S. T. para que un contrato de trabajo tenga esta clase de duración. En ninguna parte la estipulación transcrita

menciona la obra o siquiera las fábricas a cuya construcción estuviese dedicada la empresa, y si por haber aludido al objeto social de Constructora Química del Caribe S. A. se debiese entender que el contrato duraría por todo el tiempo en que el tal objeto se realizase, se estaría en presencia de un contrato de duración indefinida, que precisamente es aquel que, según el artículo 5º del decreto 2351 de 1965, tiene vigencia mientras subsisten las causas que le dieron origen y la materia del trabajo. Y es que el contrato de duración por la de la obra requiere la determinación de ésta, aunque ella sea plural o consista en la realización de varias unidades o cuerpos ciertos, pero sin que pueda confundírsela con todo el objeto social, porque si de esta última suerte se la entendiera se desnaturalizaría su modalidad propia, que consiste precisamente en el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada.

Por otra parte, no habiéndose celebrado el contrato por tiempo fijo, ni determinándose su duración por la naturaleza de la obra, ni para trabajo ocasional o transitorio, como ninguno de los litigantes lo pretende, debe estimársele de duración indefinida, que es la otra clase o la restante en la concepción del legislador (Artículos 45 C. S. del T. y 5º del Decreto 2351 de 1965).

El error en la apreciación del Tribunal es, por lo tanto, ostensible, recayó sobre el documento auténtico que destaca el acusador, violó los textos que señala éste por el concepto que él predica, y el fallo debe casarse para que estimándose la prueba estudiada en la forma debida y atendiéndose, además, en instancia, a que el patrono pagó la indemnización correspondiente a la ruptura ilícita, conforme al tiempo servido y al salario que devengaba el trabajador, se confirme la absolución del a-quo, en este negocio, que es la que responde a derecho.

En mérito de todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA la sentencia objeto del presente recurso y en decisión subsiguiente de instancia CONFIRMA la del Juzgado Primero Laboral del Circuito de Barranquilla, en el ordinario de trabajo promovido por Alfredo Barros Páez contra Constructora Química del Caribe S. A.

Las costas de la segunda instancia al promotor de la litis Barros Páez.

Sin costas en el recurso de casación.

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.

ERROR DE HECHO

Conviene pues recordar aquí que, cuando el cargo contra la sentencia acusada se fundamenta en error de hecho, este solo será motivo de casación laboral cuando provenga de falta de apreciación o apreciación errónea de: un documento auténtico, de una confesión judicial o de una inspección ocular, siendo necesario que se alegue por el recurrente, que se demuestre el hecho de que en el fallo acusado se incurrió en el error, y que éste de otra parte aparezca manifiesto en los autos, según las restricciones establecidas por el artículo 7º de la ley 16 de 1969.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral.. — Sección Segunda. — Bogotá, quince de marzo de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado ponente, doctor Miguel Angel García B.).

(Acta número 11).

El doctor Alvaro Alvarez, por medio de apoderado, y ante el Juzgado Laboral Municipal de Barranquilla, demandó a la empresa Tapas y Envases S. A., domiciliada en esa ciudad, con la finalidad de que la parte demandada fuese condenada a pagar al actor: Indemnización por ruptura unilateral del contrato, mil pesos deducidos de las prestaciones y retenidos ilegalmente por la empresa, salarios caídos, y demás derechos que resultaran probados en el juicio.

Como hechos fundamentales de su demanda expuso los que se pueden sintetizar así:

Que el demandante, como ingeniero químico, trabajó al servicio de Tapas y Envases S. A., desde el 16 de diciembre de 1959 hasta el 10 de marzo de 1969, habiendo ocupado sucesiva y escalonadamente los cargos de: Asistente del Jefe de Producción; Jefe de Control de Calidad y Jefe de Producción, en 9 años 2 meses y 25 días.

Que el último sueldo devengado por el demandante fue de $ 7.950.00, promedio mensual.

Que el contrato de trabajo fue por tiempo indefinido.

Que el 14 de diciembre de 1968 el demandante renunció al cargo, condicionada la renuncia al pago de una indemnización de $ 60.000.00 con fundamento en la política de la Empresa de indemnizar convencionalmente a los empleados que se retiraran para facilitar el cierre de la factoría.

Que durante los días 22 y 23 de enero de 1969, el actor fue sometido sorpresivamente a un interrogatorio prolongado y minucioso por parte de una comisión patronal de cuatro personas, acerca de organización, funciones, control y disciplina, etc.

Que el 20 de febrero de 1969 la Empresa comunicó al doctor Alvaro Alvarez su decisión de dar por terminado el contrato de trabajo a partir del 11 de marzo del mismo año.

Que el 4 de marzo le fueron liquidadas las prestaciones sociales pero le fueron retenidos indebidamente un mil pesos.

La parte demandada respondió la demanda oponiéndose a lo sustancial de la acción, negando unos hechos y aceptando otros

con aclaraciones y señalando que el último sueldo devengado por el demandante fue de $ 7.450.00.

Terminó la primera instancia con sentencia de fecha veintiocho de febrero de mil novecientos setenta, por medio de la cual el juzgado del conocimiento condenó a Tapas y Envases S. A. "Tapensa", a pagar al demandante la cantidad de cuarenta y nueve mil doscientos pesos ($ 49.200.00) moneda legal como indemnización por despido sin justa causa, y absolvió en los demás cargos de la demanda.

Contra esa sentencia interpuso recurso de apelación únicamente la parte demandada, y concedido éste, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, Sala Laboral, por medio de providencia de fecha veinticinco de junio de mil novecientos setenta, MODIFICO el fallo de primer grado y condenó a la parte demandada a pagar al actor del juicio la cantidad de cincuenta mil trescientos cuarenta y cinco pesos con sesenta y cuatro centavos ($ 50.345.64) como indemnización por despido sin justa causa.

Y absolvió a la parte demandada de los demás cargos de la demanda.

La parte opositora del juicio interpuso recurso de casación contra el fallo de segundo grado. Concedido éste y admitido aquí por la Sala, presentada en tiempo la demanda correspondiente, con réplica oportunamente formulada por la parte contraria, se procede a decidir.

La demanda de casación

Alcance de la impugnación

Dice el casacionista al fijar el alcance de su demanda lo siguiente:

"Tiende esta demanda de casación a obtener que esa H. Sala case el ordinal 1º de la sentencia recurrida y acusada de segunda instancia, que anteriormente se dejó especificada, para que en su lugar y constituída en sede de instancia, absuelva a la empresa demandada de la petición relacionada con la indemnización por despido sin justa causa formulada en la demanda inicial del juicio a que me estoy refiriendo, o en su defecto case la especificada sentencia de segunda instancia y decida que quede con vigencia jurídica la de primera instancia del mismo juicio".

Invoca las causales primera y segunda de casación y con fundamento en ella formula tres cargos así:

"Primer cargo

"La sentencia recurrida en casación viola indirectamente, por falta de aplicación, el Artículo 7º, aparte a) numerales 5, 6 en concordancia con el Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 58 reglas 1, 4 y 5 y en su Artículo 60 reglas 8ª, 10 y 13 del Decreto 2351 de 1965 y el Artículo 3º de la Ley 48 de 1968, que produjo la violación indirecta por aplicación indebida del Artículo 8º del mismo Decreto 2351 de 1965, a causa de error manifiesto de hecho, debido a falta de apreciación y equivocada apreciación de los documentos auténticos, reconocidos oportunamente por quienes los firman, que especificaré más adelante.

"Consistió el manifiesto error de hecho en que en la sentencia recurrida se admite que el actor fue despedido de la empresa injustificadamente, es decir, que no hubo justa causa para despedirlo y que, por consiguiente, se causó la respectiva indemnización legal, vale decir, la que se consagra en el Artículo 8º del referido Decreto 2351 de 1965.

"Los documentos auténticos apreciados equivocadamente en la sentencia de segunda instancia a que vengo refiriéndome, son los informes de Auditoría de la empresa demandada de fechas 8, 18 y 19 de noviembre de 1968, los descargos o explicaciones formulados por el demandante en actas de fechas 22 y 23 de enero de 1969, las explicaciones del doctor Facundo Movilla de 10

y 11 de febrero de 1969 y la carta de Alvaro Alvarez Pérez a la Gerencia de la empresa de 5 de noviembre de 1968, sobre faltante de hojalata. Esos documentos obran a los folios 98 a 249 del cuaderno principal del expediente, a los folios 5 a 10 del fólder número 2 del expediente (cuaderno de pruebas) y a los folios 1 y 2 del mismo fólder número 2 del expediente.

"También se apreció equivocadamente en la sentencia acusada el documento contentivo de las explicaciones dadas por el Gerente de la Empresa señor Arturo García, entre el 14 y el 22 de noviembre de 1968, que obra a los folios 157 a 231 del cuaderno principal del expediente. La apreciación de este documento aparece en la sentencia acusada al declarar lo siguiente: 'lo dicho: la impugnación surge del informe de más de 100 páginas, obrante a los folios 115 a 231, sobre un examen que cubrió algunas áreas específicas de la entidad, en el cual se analizaron algunos aspectos relativos a: (folio 24 del segundo cuaderno del expediente)'.

"En la sentencia recurrida se dejaron de apreciar los documentos de fechas 17 y 22 de octubre de 1968, contentivos de un informe de la comisión de Auditoría y algunas explicaciones dadas por el doctor Alvaro Alvarez. Estos documentos obran a folios 94 y 95 del cuaderno principal del expediente y 28 a 32 del fólder número 2 del cuaderno de pruebas del expediente.

"La falta de apreciación de los citados documentos y la equivocada apreciación de otros, concretados en los párrafos anteriores, tuvo como consecuencia la de que en la sentencia recurrida no se admitiera que el doctor Alvaro Alvarez Pérez no ejerció el debido control sobre el Departamento de Producción que estaba a su cargo; que no acató las normas e instrucciones de la empresa respecto de las funciones de su cargo; que no comunicó a la demandada las dificultades alegadas por el mismo demandante en el desempeño de su cargo ni las deficiencias e irregularidades que se presentaban en el Departamento a cargo del actor y que se consignaron en los informes de Auditoría; que sistemáticamente no cumplió sus obligaciones; que no admitió la falta de diligencia y cuidado en el cumplimiento de las obligaciones del actor y que el mismo doctor Alvaro Alvarez dio informes falsos a la compañía de seguros en relación con el accidente que él tuvo en un vehículo de la empresa.

"Estas omisiones que se encuentran en la sentencia recurrida, condujeron a que la Sala Laboral del Tribunal Superior de Barranquilla no admitiera que el actor hubiera sido despedido por sistemática inejecución, sin razones válidas, de las obligaciones anexas a su cargo; por ineptitud para realizar la labor que se le encomendó y por violación de las obligaciones y prohibiciones que le incumbían, de acuerdo con los Artículos 58 —reglas 1, 4 y 5—, y 60 —regla 8ª— del Código Sustantivo del Trabajo".

Segundo cargo

En este cargo señala el casacionista las mismas disposiciones violadas, las mismas pruebas como erradamente apreciadas o dejadas de apreciar e idénticos errores de hecho, con las naturales variaciones al encabezar el planteamiento.

En consecuencia, este cargo será estudiado conjuntamente con el anterior.

En ambos cargos pues, indica el recurrente que, el ad-quem llegó a las conclusiones de su sentencia a causa de error evidente de hecho, cometido por falta de apreciación y equivocada apreciación de los documentos auténticos que señala como tales.

Conviene pues recordar aquí que, cuando el cargo contra la sentencia acusada se fundamenta en error de hecho, este solo será motivo de casación laboral cuando provenga de falta de apreciación o apreciación errónea de: un documento auténtico, de una confesión judicial o de una inspección ocular, siendo necesario que se alegue por el recurrente, que se demuestre el hecho de que en el fallo acusado se incurrió en el error, y que éste de otra parte aparezca ma-

manifiesto en los autos, según las restricciones establecidas por el artículo 7º de la ley 16 de 1969.

El casacionista, ha señalado como documento auténtico mal apreciado por el Tribunal: el informe de auditoría procedente de la misma empresa demandada, de fechas 8, 18 y 19 de noviembre de 1968, y como dejado de apreciar otro informe de la comisión de auditoría de fechas 17 y 22 de octubre de 1968, folios 94 y 95.

Empero, este medio de prueba al que el censor le señala tan destacada importancia, hasta denominarlo documento auténtico, no es objetivamente otra cosa que, el resultado escrito de una visita practicada por los aludidos auditores, en calidad de empleados de la misma empresa demandada: Compañía de Tapas y Envases "Tapensa", a las dependencias operativas de la fábrica, con sus observaciones, constancias, recomendaciones y conclusiones.

Por tanto, las observaciones de esos auditores o visitadores, sobre el estado y marcha de la Empresa, vienen a constituir una especie de testimonio, mas no pueden de ninguna manera, esos escritos firmados por ellos, ser considerados como documentos auténticos, aun cuando hayan sido reconocidas judicialmente sus firmas, para los efectos del alcance del artículo 7º de la ley 16 de 1969.

En consecuencia, si de ese medio de prueba no dedujo el ad-quem responsabilidad alguna para el doctor Alvaro Alvarez, que constituyera causa justificativa del despido, ese análisis escapa al recurso de casación dadas las limitaciones anotadas a que alude la disposición precitada.

Los descargos y explicaciones presentados por el doctor Alvaro Alvarez que aparecen en actas de 22 y 23 de enero de 1969, folio 98 del expediente, indicados también por el censor como documento auténtico erradamente apreciado, vendrían a ser desde el punto de vista probatorio, una confesión extrajudicial, en caso de perjudicarlo, hecha por el doctor Alvarez ante los auditores de la empresa demandada. De forma que, si el fallador determinó que de tales explicaciones no podía derivar demostración de responsabilidad al doctor Alvarez como causa suficiente de despido, esa estimación no puede constituir equivocada apreciación de documento auténtico, como es obvio.

En este mismo orden de ideas, tampoco puede llamarse documento auténtico a las otras aclaraciones dadas por el propio doctor Alvarez, folios 28 a 32 del Cd. número 2, ante los mismos auditores a que se ha hecho referencia, e indicadas por el casacionista como dejadas de apreciar.

En cuanto a las explicaciones del doctor Facundo Movilla, empleado también de la empresa demandada, y las declaraciones del Gerente señor Arturo García (Fs. 5 Cuad. 2 y 157 a 231 del Cuad. 1º, respectivamente), ellos constituyen testimonios rendidos por los expresados señores ante los auditores de la empresa demandada, quienes los sometieron a un extenso interrogatorio, que ellos contestaron, no ratificados bajo juramento ante ninguna autoridad, cuya estimación probatoria escapa a las causales de casación.

La carta suscrita por el doctor Alvaro Alvarez, dirigida a la Gerencia de la Empresa (fs. 1 y 2 del Cuad. número 2) es una misiva tenida por reconocida por el firmante, puesto que fue agregada al juicio sin que hubiera sido tachada de falsedad o inexactitud; y si de su contenido resultaren afirmaciones que pudieran perjudicar al remitente, en tal hipotético caso, ese escrito podría tener el alcance probatorio propio de la prueba documental de tal naturaleza, es decir, de una confesión extrajudicial.

De modo que si el Tribunal no encontró, de lo allí suscrito por el doctor Alvarez demostración de responsabilidad causante de despido justificado, ese análisis como en los casos anteriores, no es susceptible de casación, por los mismos motivos repetidamente anotados.

No aparece pues, del examen de las pruebas aludidas, que el ad-quem hubiera come-

tido el error evidente a que se refiere la censura.

Los cargos no prosperan.

Tercer cargo

En este último cargo dice el recurrente:

"Acuso la sentencia recurrida de contener decisiones que hacen más gravosa la situación de la demandada, quien fue la única parte que apeló de la sentencia de primera instancia. En efecto: en la sentencia de primera instancia se condena a la demandada a la suma de $ 49.200.00 por concepto de indemnización por despido injusto del actor, y en la sentencia acusada de segunda instancia se condena a la misma empresa al pago de $ 50.345.64 por el mismo concepto de indemnización por causa de despido injusto.

"Existe por consiguiente una diferencia de $ 1.142.64. En esta forma, la sentencia recurrida se hace claramente impugnable y casable con fundamento en la segunda causal de casación consagrada en el Artículo 7º de la ley 16 de 1969. La prosperidad de este tercer cargo conduce lógicamente a que se acoja la petición subsidiaria formulada en el capítulo de esta demanda sobre el alcance de la impugnación".

Se estudia el cargo

Ciertamente es protuberante el hecho de que, el a-quo en su sentencia, profirió condena señalando una indemnización por despido injusto por la expresada cantidad de $ 49.200.00 moneda legal; es también evidente que la única parte que interpuso recurso de apelación contra esa providencia de primer grado, lo fue la demandada. El actor del juicio aceptó la determinación cuantitativa del juzgado por ese aspecto.

Con todo, dentro de la tramitación procesal de segunda instancia, la misma parte recurrente con toda suerte de argumentaciones, inclusive con la de nulidad, puntualizó que, el juzgado del conocimiento había cometido un error en la determinación precisa de la cantidad que correspondía al demandante, la cual consideraba el propio recurrente superior a cincuenta mil pesos moneda legal, cantidad que él mismo juzgó necesaria para sus futuras pretensiones de interponer recurso de casación; y más exactamente, mediante operaciones aritméticas señaló en guarismos la cantidad de $ 50.411.24 como la suma de dinero que por indemnización por despido injusto ha debido fijar el juzgado del conocimiento.

Esta ubicación del recurrente, es contradictoria ostensiblemente, toda vez que el verdadero alcance de la alzada, se encuentra en la manifestación final que hizo dentro de la primera audiencia, y en el memorial subsiguiente, en donde textualmente dijo: "sin embargo, respetuosamente pido al H. Tribunal decrete la nulidad de la actuación o la revocatoria de la sentencia apelada".

Siendo esto así, como quiera que cualquier error aritmético hubiera podido ser corregido por el a-quo, mas nunca por el ad quem, no habiendo apelado el actor, es evidente que el sentenciador de segundo grado no podía condenar por ese concepto, a mayor cantidad que la señalada por el juzgado del conocimiento; y al hacerlo como en realidad sucedió, hizo con ese desacertado proceder, más gravosa la situación del recurrente, por cuanto fijó la cantidad de $ 50.345.64 en vez de los $ 49.200.00 fijados por el a-quo.

El cargo por lo tanto prospera.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA PARCIALMENTE, la sentencia materia del recurso, en cuanto reformó la de primer grado en lo relacionado con la indemnización por despido injusto, y constituída en Tribunal de instancia, con fundamento en las razones aducidas en el cuerpo de esta misma providencia CONFIRMA lo resuelto por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Barranquilla, en este juicio, en sentencia de fecha veintiocho de febrero de mil novecientos setenta.

No se casa en lo demás.

Sin costas en el recurso.

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

José Enrique Arboleda V., Miguel Angel García B., José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía O., Secretario.

CASACION

(Técnica).

El ataque resulta ineficaz toda vez que el recurrente no dice si la violación de la ley se produjo por vía directa o indirecta pese a que hace mención de pruebas.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., marzo diez y siete de mil novecientos setenta y uno.

(Ponente: Abogado Asistente, doctor Arturo Linares Ortega).

(Acta número 11).

Ignacio Corral Hurtado, mayor y vecino del municipio de Honda (Tolima) presentó demanda contra el Departamento de Cundinamarca y la Empresa Colombiana de Petróleos (Ecopetrol) representadas por el Gobernador y Presidente respectivamente para que mediante los trámites propios de un juicio ordinario de trabajo se la condene a pagar lo siguiente: veintiún mil seiscientos pesos ($ 21.600.00) por concepto de viáticos; trescientos cuarenta y cinco pesos ($ 345.00) por prima familiar; reajuste de cesantía, vacaciones, primas de servicio o bonificaciones y cómputo de viáticos: indemnización por daños y perjuicios "tanto en el lucro cesante como el daño emergente, motivados en el incumplimiento de lo pactado sobre cláusula de reserva, preaviso, desahucio e incumplimientos originados en la ruptura unilateral e ilegal del contrato de trabajo, en cuantía o cantidad monetaria equivalente tanto al plazo presuntivo faltante para la legal expiración del contrato, como el daño emergente, en la cuantía moral y material en que se avaluó éste"; el reconocimiento de "los gastos de venida del demandante y su familia desde Barranquilla hasta Albán y los gastos de traslado o instalación desde el de Guaduas al de Honda, y hasta concurrencia de los gastos de transporte desde Barranquilla al Municipio de Albán"; salarios caídos o indemnización por falta de pago y las costas del juicio, igualmente el actor impetra en forma subsidiaria que se condene "alternada o solidariamente a las entidades demandadas al reconocimiento y pago de treinta y seis mil pesos ($ 36.000.00) al demandante, por concepto de salarios o sueldos insolutos".

Según los hechos de la demanda el señor Ignacio Corral Hurtado ingeniero mecánico electricista vivía en 1953 en Barranquilla en donde fue contratado como Jefe Electricista a partir del 23 de octubre de 1953 por tiempo indefinido que duró hasta el 23 de octubre de 1956, la Empresa que lo contrató a la fecha en que lo hizo operaba y gestionaba como "Oleoducto de Cundinamarca en Explotación" y tenía confiada su explotación por administración delegada a la sociedad "William Brothers Overseas Co. Ltda.", según contrato celebrado por el Departamento con ella, en fechas 5 de marzo y 3 de septiembre de 1952, como textualmente lo afirma el actor en su libelo. También cuentan los hechos que el demandante se estableció con su familia para trabajar en Albán donde existe una "Estación de Bombeo", que por exigencias de la empresa Ignacio Corral se vio obligado a "responder en operaciones de vigilancia, inspección, chequeo, conservación y repa-

ración de las plantas, aparatos, mecanismos y equipos eléctricos existentes en cada una de las tres (3) Estaciones de Bombeo"; que el Superintendente de la Empresa durante los tres primeros meses de 1954 lo envió a trabajar con sede en el Municipio de Guaduas lo que determinó que Corral tuviese que trasladarse frecuentemente de una estación a otra y por lo cual hizo repetidos reclamos a la Dirección sobre pago de viáticos "resarcisorios de los desembolsos que de su propio sueldo tuvo que hacer", según se afirma en la demanda; que tales reclamos no fueron atendidos; que Corral Hurtado reemplazó al ciudadano extranjero "N. Dolman o Dorman" como Jefe Electricista a quien se le pagó un sueldo de ochocientos o novecientos dólares (US$ 800 o 900) o su equivalente en moneda colombiana; que durante la misma época se le pagaron viáticos a Oliverio Falla Falla Jefe del Departamento de Mantenimiento y a Roberto Urrea, Jefe del Departamento de Radio a quienes también se les hacía traslado como a él; que durante agosto, septiembre y octubre de 1956 Ignacio Corral convivió con su esposa e hijos sin que la Empresa le hubiese pagado la prima familiar que en monto de $ 115.00 por cada uno de los tres meses nombrados le correspondía; que en 4 y 21 de septiembre de 1956 hizo reclamos sobre los viáticos; que con fecha 18 de octubre de 1956 según carta recibida por Corral Hurtado cinco (5) días después el Gerente de la Empresa de Oleoductos de Cundinamarca por lo que éste denominó: "razones de organización" despidió al demandante sin previo aviso conforme al art. 1º del Decreto Extraordinario 616 de 1954; que el proceder anotado: "ocasionó a Corral H. perjuicios morales y materiales; que la Empresa adeuda al actor no solo gastos de venida de él con su familia desde Barranquilla al municipio de Albán sino las de traslado de él con su familia desde Guaduas a Honda; que habiéndose estipulado entre las partes que el patrono pagaría $ 1.000.00 por quincena de sueldo a Corral Hurtado solamente le pagó $ 500.00 durante setenta y dos quincenas quedando por tanto un saldo en favor del demandante de $ 36.000.00 como salarios insolutos; que en 20 de noviembre de 1957 Ignacio Corral Hurtado agotó la vía gubernativa sin que le hubiese dado respuesta la Empresa demandada hasta la fecha del: "presente escrito de demanda ordinaria"; como reza literalmente en el libelo. Finalmente se expresa el actor por conducto de su apoderado en el capítulo de los hechos, que mediante documento de fecha 13 de junio de 1960: "la entidad Departamento de Cundinamarca prometió vender y traspasar a la Empresa Colombiana de Petróleos (Ecopetrol) la dotación mueble e inmobiliaria, que como una unidad para el transporte de los derivados del petróleo entre Puerto Salgar y Bogotá, constituyó al Oleoducto de Cundinamarca, como una empresa comercial y autónoma"; y que mediante la Escritura Pública número 5344 de la Notaría 5ª de Bogotá: "se formalizó el traspaso y enajenación de la Empresa de Oleoductos de Cundinamarca a la Empresa Colombiana de Petróleos (Ecopetrol) operación realizada el 1º de septiembre de 1960".

Las entidades demandadas por conducto de apoderados dieron contestación a la demanda oponiéndose a las peticiones del libelo dejando expresa constancia el procurador judicial de la Empresa Colombiana de Petróleos de que "las prestaciones a que dicha demanda se refieren fueron ocasionadas en tiempo muy anterior a la sustitución de patrono que se operó en virtud de la venta del Oleoducto de Cundinamarca a la Empresa Colombiana de Petróleos", aceptaron algunos hechos, negaron otros y propusieron la excepción de pago y de prescripción.

Cumplido el trámite de la primera instancia el Juez del conocimiento que lo fue el Civil del Circuito de Guaduas por sentencia de 16 de marzo de 1965 absolvió a la parte demandada de todas y cada una de las súplicas de la demanda y condenó en costas al actor.

Apeló la parte vencida y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral de conformidad con lo dispuesto por el artículo 6º del Decreto Legislativo 1697 de 1965, envió el negocio para su conocimiento y decisión al Tribunal Superior

del Distrito Judicial de Facatativá quien mediante sentencia de 3 de agosto de 1965 confirmó el fallo en todas sus partes sin imponer costas en la segunda instancia.

Contra esta sentencia de tres de agosto de mil novecientos sesenta y cinco el apoderado del demandante interpuso recurso extraordinario de casación que la Corte va a decidir, con examen de la respectiva demanda y de la réplica del opositor.

El recurso

Su propósito lo presenta el recurrente así: "Como tal, y en forma concreta se pide a la Corte Suprema de Justicia que al encontrar válida cualesquiera de las causales invocadas en casación, en los cargos que las constituyen como motivos de la demanda, quebrante en forma total la sentencia acusada y en consecuencia con ello, proceda a pronunciar la que debe sustituirla en condena".

cargo primero

Lo formula así el recurrente: "La sentencia confronta, por falta de aplicación o ampliación (sic) indebida, la violación de los artículos 130 y 316 del C. S. del T., en la noción del viático-salario, a salario-viático de alimentación y alojamiento, en la cuantía en que como factor integrante del mismo, son obligadas las empresas de petróleo e infringe, por vía refleja, y por falta de aplicación, o por violación directa también los artículos 55, 127 y 143 de la obra citada. E infringe también el artículo 315 del C. S. del T., en cuanto al derecho de habitación o alojamiento a que son obligadas las empresas petroleras para con sus dependientes".

Luego en desarrollo del cargo el casacionista afirma que la violación de las normas sustantivas se desprende de la circunstancia de que por haber desempeñado el demandante el puesto de Jefe Electricista en tres (3) estaciones de bombeo en distintos municipios, tiene derecho a que le reconozca y pague la Empresa los gastos de alimentación y alojamiento, continúa el acusador haciendo una exégesis interpretativa del art. 130 del Código Sustantivo del Trabajo, en seguida se refiere al art. 2º de la ley 4ª de 1921 en cuanto a la obligación de las empresas petroleras al suministro de alimentación a los trabajadores y al art. 2º del Decreto Reglamentario 1268 de 1939 sobre el mismo aspecto de suministro de alimentación y el pago de dinero en centros poblados, pero que siempre se computará como salario. Esta referencia la hace como antecedente histórico de los arts. 315 y 316 del C. S. del T., así como del art. 314 del mismo Estatuto, relacionados con el trabajo de las empresas petroleras en lugares alejados de los centros urbanos y la obligación del patrono de suministrar habitación o alojamiento para los trabajadores así como alimentación sana y suficiente "o el salario necesario para obtenerla, de acuerdo con su precio en cada región". Como dice el libelista.

Posteriormente dentro de su planteamiento el acusador asevera que el espíritu de las normas consignadas en los artículos 315, 316 C. S. T. y de los derechos correlativos de alimentación y alojamiento para los trabajadores petroleros", "no están destinados al libre juego de la autonomía de la voluntad". Y agrega, que la destinación, siendo como lo es de carácter legal, no puede vulnerarse, ni por las partes ni por el juzgador. Y su desaplicación por éste, no tiene explicación diferente a la ignorancia que se tiene del precepto como derecho".

Y concluye: "el derecho del trabajador petrolero de recibir alimentación y alojamiento como parte del viático salario o salario viático, en las circunstancias y condiciones previstas en la ley, es un derecho renunciable".

Más adelante afirma el impugnador que la sentencia acusada viola el principio que se enuncia: "a trabajo igual, corresponde salario igual", consignado en el art. 143 del Código Sustantivo del Trabajo y apoya su argumentación en lo que para él significa la igualdad en la categoría de los cargos de Jefe Electricista y Jefes de Mantenimiento y de Radio, que en su concepto: "aparece

de manifiesto en el Organigrama que obra al folio primero (1º) del cuaderno número uno". Luego el acusador reitera su planteamiento fáctico con la siguiente conclusión "y esa conducta discriminatoria de la empresa demandada, cuya refrendación se pretende por la Sentencia, con violación expresa de lo consignado por el legislador en los artículos 55, 127 y 130 del C. S. del T., se patentiza más aún si se tiene en cuenta que la reglamentación sobre el derecho a viáticos se hizo por la Junta Directiva del Oleoducto de Cundinamarca en Explotación, y por vía de administración, solo mediante las Resoluciones 8 y 14 de 20 de septiembre y 16 de octubre de 1956, respectivamente, como norma general para concederlos a los dependientes de la empresa, es decir, en época muy posterior al tiempo aquel en que se pagaron viáticos a Oliverio Falla y Roberto Urrea. Porque es de evidencia incontrastable en los autos que a uno y otro se les reconocieron y pagaron viáticos durante los años de 1953 y 1954, cuando quiera que los contratos escritos de trabajo de los tres (3) Jefes eran y son de un mismo tenor clausurar y literal".

Finaliza la acusación diciendo que no resulta admisible: "el que se rechace la aplicación como la hace el fallador de segunda instancia del derecho que asiste al demandante, de acuerdo a lo previsto en los artículos 315 y 316 del C. S. del T., de demandar el reconocimiento y pago de lo que se le adeuda por concepto de viático-salario y en la cuantía indispensable para sufragar los gastos de manutención y alojamiento sufragados por fuerza de la sede laboral y del hogar, familiar por causa y razón del servicio que como Jefe Electricista se obligó a prestar a la empresa demandada", si al tenor del art. 55 del C. S. T., en armonía con el art. 38 de la Ley 153 de 1887 incorporado en el título preliminar del C. C. "en todo contrato se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración" como lo afirma textualmente el recurrente en la censura.

Se considera

El ataque resulta ineficaz toda vez que el recurrente no dice si la violación de la ley se produjo por vía directa o indirecta, pese a que hace mención de pruebas, es más confunde las dos formas pues simultáneamente predica violación directa de los artículos 55, 127, 143 y 315 del Código Sustantivo del Trabajo y relaciona este fenómeno con cuestiones de hecho, lo que determina que el cargo sea improcedente. Además, se atribuye al Tribunal infracción por lo que el casacionista denomina "por vía refleja" y agrega que por falta de aplicación, o por violación directa de los preceptos citados, sosteniendo así diferentes e inconfundibles conceptos de violación legal ya que involucra los de aplicación indebida e infracción directa en la misma acusación, lo cual resulta inadmisible en casación ya que la censura ha debido presentarse separadamente con la adecuada fundamentación para cada una de las modalidades que indica el impugnador. Estas fallas técnicas hacen inestimable el cargo.

Cargo segundo

Se plantea así: "Viola la sentencia acusada así por error de hecho, como por evidente error de derecho y por vía refleja, los artículos 14, 15, 39, 55, 57 numeral 4º, 133, 134 y 142 del C. S. del T., por cuanto implica el desconocimiento y desaplicación de normas protectoras del contrato de trabajo, en lo atinente al sueldo o salario pactado".

En desarrollo de la acusación el recurrente glosa la interpretación que el sentenciador hizo del contrato de trabajo, visible a folio 1º Cuaderno 1º e igualmente señala otras pruebas como la carta de folio 101 del Cuaderno Principal y las piezas a que se contrae en los folios 102 a 104 del cuaderno número 1, transcribe luego apartes del fallo acusado en relación con la apreciación de los documentos mencionados.

Afirma el censor refiriéndose al criterio del juzgador acerca de la transacción o irrenunciabilidad de los derechos del trabajador en relación con la estimación de los mismos documentos ya citados, que implica la "violación directa de lo prevenido en el artículo 340 del C. S. del T., y transcribe el precepto para concluir así: "En forma pues

que ni aún las causadas pueden ser objeto de renuncia, y mucho menos las eventuales. Es decir la ley prohibe en forma absoluta la renuncia de unas u otras, antes de que se causen (calificadas como eventuales) o después de causadas". Y agrega: "Pero la conclusión del fallador de segunda instancia no solamente es errada por ser falsa la premisa, ya que ha sentado la tesis de que el salario es una prestación social, sino también por cuanto supone que el salario puede ser objeto de renuncia o intransigencias, de tal conclusión se evidencia la violación directa del precepto contenido en el artículo 142 del C. S. T.". Y a renglón seguido inserta textualmente el precepto en el escrito respectivo. Posteriormente agrega el impugnador lo siguiente: "De la circunstancia de que el trabajador, al recibir parte de sus prestaciones, hubiese expresado que la empresa se encontraba a paz y salvo, por todo concepto y reclamación, no puede valerse el juzgador para amparar el quebrantamiento de la norma pues tal proceder equivaldría a patentar el expediente del documento y confesión para violarla. Todo documento o confesión, tácita o expresa, toda concesión expresa o tácita, contra ley es inocua".

Más adelante, y apoyándose en el precepto constitucional contenido en el artículo 17 de la Carta sobre protección al trabajo y el art. 14 del Código Sustantivo del Trabajo sobre la irrenunciabilidad de los derechos que conceden las disposiciones legales que regulan el trabajo humano, el acusador continúa su planteamiento haciendo resaltar la infracción de la ley que atribuyen al Tribunal así: "Pero la magnitud de la violación de la norma por evidente error de hecho y de derecho, se repite, es secuela de la concepción del fallador, cuando califica y considera que el salario es una prestación, el empleado es libre de condonarla, al expresar: "Pero una vez causada la prestación, el empleado es libre de condenarla, en todo o en parte, aún en detrimento de sus intereses". No en forma alguna. Ni en el contrato ni durante su ejercicio, ni después de haberse prestado el servicio, admite la ley que se renuncie al salario en todo o en parte".

Igualmente el acusador imputa al sentenciador violación del artículo 15 del Código Sustantivo del Trabajo en los siguientes términos: "Para excusar el reconocimiento y pago de sueldo parcialmente insoluto, el juzgador también, con evidente error de hecho, atribuye carácter transaccional y liberador al finiquito aludido, y con tal proceder viola en forma directa el artículo 15 del C. S. del T.", y transcribe a renglón seguido la disposición en cita. Luego se acoge el recurrente a doctrina de la Corte sobre el efecto liberatorio de los finiquitos para concluir que en el sub lite el Tribunal le dio este valor al finiquito que obra a folio 101, Cuaderno Principal, para lo cual se expresa así: "Y así examinamos y confrontamos, que por interpretación errónea, e indebida apreciación de las pruebas, tanto por el aspecto positivo, al darle al finiquito valor de plena prueba (fl. 101 Cuaderno Principal)., como por el negativo, al restársele al documento que contiene el contrato escrito de trabajo (Fl. 1 Cuaderno 1º), se incurrió por el Juzgador en la Sentencia, en error de hecho, y como consecuencia de tal yerro, en la violación de las normas consignadas en los artículos 14, 15 y 142 del Código Sustantivo del Trabajo".

Concluye la argumentación del ataque con una extensa crítica de carácter general a los juzgadores colombianos atribuyéndoles falta de método en los enjuiciamientos y la finaliza el acusador con citas de Hegel y Descartes. Continúa la censura con la transcripción del artículo 54 del Código Sustantivo del Trabajo y del numeral 4º del artículo 57 del mismo Estatuto y concluye: "Así al variar la cuantía de la remuneración pactada, se infringen en forma directa también, los artículos 39, 55, 133, y 134 del C. S. del T., en lo que respecta al desconocimiento del contrato de trabajo. Y los artículos 14, 15 y 142 de la obra citada, en cuanto respecta a la admisión del pretendido finiquito, como prueba liberadora de transacción o de pago".

Se examina el cargo

Se observa que la acusación adolece de graves deficiencias de orden técnico. En efecto: desde la enunciación del cargo y

a través de su desarrollo hasta la culminación del mismo, se advierte que el recurrente confunde la noción de violación de la ley sustancial por la vía directa con la infracción de la misma por la indirecta, ya que empieza por atribuir al sentenciador la comisión de errores de hecho y de derecho y más adelante en el mismo ataque imputa violación directa de los artículos 39, 55, 133, 134, 14, 15, 142 y 340 del Código Sustantivo del Trabajo. Ahora bien, sabido es que la violación de la ley sustantiva puede producirse a través de las pruebas caso en el cual se la considera como indirecta y que puede radicar en la incursión en errores de derecho o de hecho que aparezcan manifiestos en los autos. Por tanto, no pueden coincidir con la violación directa de la ley, para cuya presencia se requiere que el hecho regulado por la norma esté demostrado en el juicio y que no obstante haberlo reconocido así el Tribunal, deje de aplicarla colocándose en abierta rebeldía con lo que preceptúa errores de juicio en la estimación de las pruebas que es precisamente lo que en el caso sub-lite presenta el impugnador ya que nada diferente se deduce de lo dicho por él cuando sostiene de una parte que ha habido equivocada apreciación del finiquito que obra a folio 101 del Cuaderno número 1 y no haberle dado el valor probatorio que considera ha debido dársele al contrato de trabajo que obra a folio 1, haciendo consistir en esto el error de hecho, pero simultáneamente concluye en el mismo cargo que se violaron por el sentenciador en forma directa los artículos 39, 55, 133 y 134 del Código Sustantivo del Trabajo, confusión ésta inadmisible en casación cuanto más si se tiene en cuenta que predica violación directa de los preceptos mencionados y le agrega: "en lo que respecta al desconocimiento del contrato escrito de trabajo" olvidando que para hablar de este género de infracción de la ley se requiere que el hecho regulado por ella esté demostrado en el juicio y que no obstante haberlo reconocido el juzgador, deje de aplicarla, colocándose en abierta rebeldía con lo que la norma preceptúa o que la ignora totalmente. Y esta argumentación es valedera igualmente respecto del ataque que también por infracción directa de los artículos 14, 15 y 142 de la misma obra formula el acusador.

Además de las fallas anotadas, se destaca otra deficiencia no menos grave en la formulación del cargo ya que el recurrente acusa violación de preceptos contentivos de declaración de principios como los artículos 14, 15 y 55 del C. S. T. y de otros que contienen definiciones como el 39 y el 133 ibídem pero no señala como preceptos infringidos por el ad-quem los que consagran los derechos y prestaciones reclamados por el actor, quedando por tanto incompleto e ineficaz el ataque para lograr los objetivos del recurso y por ende haciéndose inestimable. Se rechaza el cargo.

Cargo tercero

Se formula así: "Como tal y al invocar como causal la violación directa o indirecta de la ley sustantiva laboral, por falta de aplicación, por la vía negativa o positiva, de falta de pronunciamiento sobre la totalidad de los presupuestos de la causa petendi, y no sobre defectos de motivación en la Sentencia acusada, o al confrontarse la refrendación tácita en ella de la sentencia de primera instancia, acuso la de segunda instancia de ser violatoria de los artículos 48 del C. S. del T., y en consonancia con éste en su contenido modificatorio, del artículo 1º del Decreto Extraordinario número 0616 de 1954, así como el numeral 8º del 57, lo mismo que de los artículos 64, 65 y 127 de la obra citada".

En desarrollo del cargo se apoya el recurrrente en las siguientes palabras del Tribunal: "El sentido general del documento suscrito por el doctor Corral y que ha sido objeto de análisis, exonera a la Sala de acometer el estudio pormenorizado de cada una de las peticiones formuladas en la demanda", a propósito del documento de folio 101 contentivo del finiquito a que se alude en la demanda y dice: "Pero como quiera que la anterior apreciación del juzgador por vía refleja de omisión en el pronunciamiento, al descartarlo, incide, por la negativa en la violación positiva y directa de la ley, y de los derechos tutelados por ella, resultan válidos el cargo y la causal

propuestos en este capítulo, ya que por omisión también se infringen la ley y el derecho".

Luego singulariza el casacionista las omisiones así: a) haber dejado de pronunciarse sobre la petición relacionada con prima familiar; b) haber omitido el sentenciador pronunciarse sobre el pedimento referente a "daños y perjuicios" apoyado en los artículos 48 del Código Sustantivo del Trabajo y 1º del Decreto Extraordinario 0616 de 1954 y c) haber dejado de pronunciarse sobre reconocimiento y pago de los gastos de venida y regreso del demandante y su familia con base en lo dispuesto en el numeral 8º del artículo 57 del C. S. del T. En seguida el casacionista explica el fundamento fáctico de cada una de las súplicas de las cuales predica las omisiones que imputa al Tribunal.

Finalmente resume el cargo así: "viola directamente por omisión o falta de aplicación, los artículos 48 del C. S. del T., en armonía con el Primero (1º) del Decreto 0616 de 1954, en cuanto éste modifica al artículo anterior, viola el 127 de la obra citada, respecto a la bonificación de prima familiar, e implica, por último, la violación de las normas consignadas en los artículos 64 y 65 de tal Código, así como el numeral 8º del 57 del estatuto mencionado".

Se considera

La censura se resiente de falta de precisión y claridad en la indicación no solo de los motivos de casación, que por el contenido general del cargo se deduce que se refiere a la violación de la ley sustantiva laboral, sino por la vaguedad en la determinación del género de violación directa o indirecta de la ley pues formula la acusación invocando alternativamente las dos formas como si la Corte dentro del ámbito que le delimita la naturaleza del recurso extraordinario de casación, pudiera oficiosamente escoger u optar por una de las dos vías. Es más, la falta de ordenación lógica del ataque y las diversas materias que trata lo asemejan a un alegato de instancia, como lo demuestran la indicación de las omisiones que hace en su escrito el casacionista las cuales atribuye al Tribunal y la fundamentación que presenta de los derechos y prestaciones impetrados en el libelo inicial. No basta la simple afirmación de que se violaron determinadas normas, pues la índole técnica del recurso, que no es una tercera instancia, exige la indicación clara y precisa de la causal por la cual se acusa la sentencia, su respectiva modalidad y la sustentación y demostración del concepto de la infracción ya que, se repite, la Corte no puede decidir fuera de los términos de la demanda ni salir a buscar oficiosamente motivos de violación y fundamentos que no le hayan sido expresamente señalados por el recurrente. Ahora bien, como en el caso sub-lite en su alegación pese a la profusa enumeración de normas que considera infringidas, no expresó con claridad y concreción ni la modalidad de la infracción ni menos demostró ésta, la acusación resulta inestimable.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Sin costas.

Cópiese, notifíquese, publíquese, 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.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION

Se dijo ya cómo el recurrente omitió señalar en su demanda el alcance de la impugnación, requisito que implica que el impugnador precise sus aspiraciones como autor del recurso dando a conocer desde un principio si persigue como propósito obtener que la demanda que acusa sea casada en su totalidad o parcialmente, e indicar además en qué forma deba ser reemplazado, en su caso, el fallo de instancia y además, que pasó por alto determinar los conceptos de la infracción o infracciones que imputa al sentenciador y que denuncia. Estas omisiones de ordinario comprometen el éxito del recurso, como quiera que permiten a la Sala desestimar el cargo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., marzo dieciocho (18) de mil novecientos setenta y uno (1971).

(Ponente: Abogado asistente, doctor Mario Barrios M.).

(Acta número 13).

Rafael Vela Velásquez demandó por medio de apoderado y ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto López, al señor Carlos Marchand con el objeto de que surtidos los trámites de un juicio ordinario laboral de mayor cuantía, sea condenado a pagarle las sumas que a continuación se enuncian y por los conceptos que inmediatamente se señalan:

$ 13.000.00, o la cantidad que en definitiva resulte demostrada, como auxilio de cesantía; la misma cantidad o la que se establezca en el juicio, por primas de servicios; $ 2.600.00 o la que se deduzca en el juicio, como vacaciones $ 19.065.20, valor de 440 dominicales y festivos, liquidados con base en un sueldo mensual de $ 1.300.00; $ 216.65 salario correspondiente a los días comprendidos del 16 al 20 de diciembre de 1963, fecha de terminación del contrato de trabajo, liquidado con base en el sueldo mensual ya mencionado; la cantidad que se establezca por concepto de subsidio familiar por todo el tiempo de servicios y por último, los salarios caídos y las costas del juicio.

Los hechos en los cuales apoya el actor las anteriores peticiones indican que el día 8 de diciembre de 1953 el señor Marchand le ofreció trabajo al demadante como capitán de su lancha "Ciudad Bolívar" con un sueldo básico de $ 200.00 mensuales más el 10% sobre las utilidades líquidas, descontados los gastos de combustible, sueldos y alimentación; que Vela Velásquez aceptó el ofrecimiento el día 18 de los mismos mes y año citados, ingresó al servicio del demandado señor Marchand; que durante todo el tiempo de servicios el actor percibió la comisión del 10% convenida y al concluir cada viaje se elaboraba un extracto de cuenta que incluía la liquidación de la comisión; que todos los años se realizaban cuatro viajes redondos a Arauca y uno a Carreño, saliendo siempre de Puerto López. Que bajando se llevaban 220 toneladas en cerveza y de regreso se transportaba envase; que el sueldo básico fue modificado elevándose en treinta pesos y posteriormente, siendo el que regí al terminar el contrato, fue señalado

en cuatrocientos pesos. Además se fijó como sueldo básico en tierra, la suma de seiscientos pesos que luego de común acuerdo fue señalada en setecientos cincuenta pesos mensuales, que operaba en aquellos meses en que no era posible la navegación por reducción del caudal de las aguas del río, lo que ocurría del 15 o 20 de diciembre al 15 o 20 de abril, todos los años, épocas en las cuales correspondía a Vela Velásquez las labores de mantenimiento y conservación de la embarcación, prueba y reparación de los motores y demás labores necesarias para tener la lancha en condiciones de navegar cuando el río lo permitiera. Que desde el 18 de diciembre de 1953 hasta el 20 de diciembre de 1963, Vela Velásquez sin interrupción y como capitán de la lancha "Ciudad Bolívar" prestó sus servicios al demandado y que en la última fecha indicada quedó por fuera del servicio, sin que el patrono le haya pagado suma alguna por concepto de prestaciones sociales.

Agotados los trámites procesales el juzgado puso fin a la primera instancia en sentencia en la cual dispuso condenar a Carlos Marchand a pagar en favor de Rafael Vela Velásquez las siguientes cantidades por los conceptos que se especifican: $ 14.016.65 por auxilio de cesantía correspondiente a los primeros siete (7) años, cantidad calculada sobre el sueldo básico de $ 200.00 más el diez por ciento del producto líquido de cada viaje, calculado a su vez en $ 2.000.00; $ 6.549.00 por el mismo concepto, suma líquida para los últimos tres años de servicios, calculada sobre el sueldo básico en navegación de $ 400.00 y de $ 750.00 básico en tierra más la comisión del 10% con promedio de $ 2.183.00; $ 6.549.00 por primas de servicio sobre el mismo promedio de $ 2.183.00; $ 4.355.00 por vacaciones correspondientes a los últimos cuatro años de servicios, suma deducida del promedio atrás indicado; $ 5.279.60 por dominicales y feriados trabajados en los últimos tres años, o sean, doscientos diez días en total, deducidos del sueldo promedio señalado atrás y $ 216.65 valor de los salarios de los días comprendidos del 16 al 20 de diciembre de 1963. Y por último condenó al demandado a pagar en favor de Vela Velásquez los salarios caídos que se causen a partir del 21 de diciembre de 1963 hasta el día en que se cancelen los valores materia de condena, así como también a pagar las costas del juicio. Absolvió al demandado por concepto de subsidio familiar.

Cabe advertir que al ser contestada la demanda por el apoderado de Carlos Marchand, se admitieron como ciertos los hechos 2º y 5 de la misma que señalan el ofrecimiento del puesto de capitán de la lancha al demandante con las condiciones conocidas ya sobre sueldo básico y comisión sobre las utilidades líquidas y que en el último año de servicio, 1963, devengó el actor como sueldo básico la suma de $ 400.00, la comisión del 10% y la suma de $ 750.00 mensuales como sueldo básico en tierra, cuando no era posible la navegación.

Los apoderados de las partes interpusieron en su oportunidad recurso de apelación contra la sentencia atrás referida, razón por la cual los autos llegaron al conocimiento del **Tribunal Superior de Villavicencio**, cuya Sala Laboral con fecha 12 de enero de 1965, decidió el recurso y dispuso: 1º Modificar el numeral 1º de la sentencia recurrida en el sentido de reducir a $ 13.000.00 la condena por auxilio de cesantía; 2º Modificar el numeral 2º de la misma sentencia en el sentido de reducir la condena por prima de servicios a $ 3.274.50; 3º Confirmar los numerales 3º, 5º y 8º de la providencia apelada; 4º Revocar los numerales 4º y 6º y en su lugar absolver por los conceptos que ellos señalan al demandado; 5º Compensar del monto de estas condenas que asciende a $ 20.856.65, la suma de $ 7.249.98 de conformidad con lo dicho en la parte motiva de esta sentencia", y 6º "Deducir de las prestaciones sociales la suma de mil ochocientos cincuenta y ocho pesos con cinco centavos ($ 1.858.05), que el trabajador recibió por concepto de prestaciones sociales". No hizo el Tribunal condenación en costas.

Contra la anterior sentencia las partes interpusieron, por medio de sus apoderados, recurso extraordinario de casación y formularon en su oportunidad sendos escritos

de oposición. Es así como procede esta Sala a estudiar a continuación la demanda presentada por la parte actora, respecto de la cual vale anotar desde ahora que carece de alcance de impugnación y además, que no expresa la motivación del recurso habiendo dejado de precisar los conceptos de la infracción o infracciones que denuncia en los términos que la ley exige.

Primer cargo

Dice el recurrente en el aparte que puede llamarse así y que él titula como "la acusación", que en la determinación del quantum del auxilio de cesantía correspondiente a los 10 años de servicios del actor, el Tribunal se aparta de la apreciación del a-quo que "acogiéndose a lo dispuesto en el artículo 50 del C. S. T. (sic) y con base en la confesión ficta del demandado, fijó un salario básico de dos mil pesos ($ 2.000.00) para los primeros siete años y de dos mil ciento ochenta y tres pesos con treinta y tres centavos ($ 2.183.33) para los tres últimos años" lo que hace el ad-quem con los siguientes argumentos: "... porque para que el juzgador pueda fallar extra y ultra petita, por más de lo pedido o por fuera de lo pedido, se precisa, a más de que los hechos constitutivos del derecho hayan sido controvertidos en juicio con plenitud de las formas prescritas por la ley, que ellos se hallen debidamente probados en el proceso". Lo que quiere decir, agrega el recurrente, que a juicio del Tribunal, el quantum del porcentaje no fue controvertido ni se halla debidamente probado, "pues se dedujo de una confesión ficta que la contraparte no ha tenido oportunidad de debatir". Agrega el impugnador que "con la prueba de posiciones en que fue declarado confeso el patrono demandado se establece o precisa el número de viajes que anualmente hacía la lancha, así como el producido líquido de cada viaje, para fijar el producido total anual y la comisión del trabajador, cuyo porcentaje del diez por ciento (10%) no fue discutido en juicio". Y de ahí concluye: "que al dejar de tener en cuenta esta prueba, la sentencia viola los artículos 606 inciso 2º y 618 del Código Judicial, el artículo 50 del C. P. del Trabajo y los artículos 127, 249 y 253 del Código Sustantivo del Trabajo", porque, dice el casacionista, "la confesión ficta producida con observancia de las formas prescritas en el artículo 618 del C. J., constituye una presunción de veracidad que solamente puede destruirse con una plena prueba que la desvirtúe, practicada dentro de los respectivos términos probatorios del juicio".

Y para concluir, concreta el recurrente este primer cargo en los siguientes términos: "La falta de apreciación de esa prueba, en cuya elaboración no se omitió requisito procesal alguno, condujo al Tribunal a la violación del artículo 50 del Código Procesal del Trabajo, al tener por no establecido o demostrado en debida forma el quantum de las comisiones percibidas por el trabajador que formaban parte de su salario; e indirectamente a la violación de los artículos 127, 249 y 253 del C. S. T. al ordenar el pago del auxilio de cesantía y demás prestaciones con base en un salario básico por debajo del real".

Se considera

Se dijo ya como el recurrente omitió señalar en su demanda el alcance de la impugnación, requisito que implica que el impugnador precise sus aspiraciones como autor del recurso dando a conocer desde un principio si persigue como propósito obtener que la demanda que acusa sea casada en su totalidad o parcialmente, e indicar además en qué forma deba ser reemplazado, en su caso, el fallo de instancia y además, que pasó por alto determinar los conceptos de la infracción o infracciones que imputa al sentenciador y que denuncia. Estas omisiones de ordinario comprometen el éxito del recurso, como quiera que permiten a la Sala desestimar el cargo. Pero pese a esto, como de su demostración puede colegirse el propósito que el casacionista busca, procede la Sala a examinarlo.

Afirma el recurrente que el sentenciador se aparta de la apreciación del a-quo en relación con el "quantum del auxilio de cesantía" que al trabajador corresponde por el tiempo servido, que aquel determinó con

apoyo en el artículo 50 del C. de P. L., al decir: "...porque para que el juzgador pueda fallar extra y ultra petita, por más de lo pedido o por fuera de lo pedido, se precisa a más de que los hechos constitutivos del derecho hayan sido controvertidos en juicio con plenitud de las formas prescritas por la ley, que ellos se hallen debidamente probados en el proceso", y al expresar a continuación el impugnador que la falta de apreciación de la prueba de confesión —ficta— del demandado condujo al Tribunal a la violación del citado artículo y consecuencialmente a la de los textos 127, 249 y 253 del C. S. T., encuentra la Sala que el recurrente involucra en el mismo cargo conceptos incompatibles como son en el caso propuesto la interpretación errónea de una norma —violación directa— y el error de hecho por falta de apreciación de una prueba — violación indirecta— circunstancias que llevan necesariamente a la desestimación del cargo formulado. No debe perderse de vista, como lo ha repetido con insistencia la Sala que en la violación directa el ataque se cumple por la sola aplicación o inaplicación de la regla jurídica a una situación de hecho respecto de la cual se hallan de acuerdo el impugnante y el sentenciador, razón por la cual, la acusación procede al margen de toda cuestión probatoria, mientras que en la violación indirecta la infracción resulta de la aplicación o inaplicación del precepto legal a un supuesto fáctico que no se encuentra configurado por los medios instructorios que obran en los autos. Esto explica por qué las violaciones directa e indirecta formuladas en un mismo cargo resultan contradictorias porque conllevan al presupuesto inaceptable de que los hechos son igualmente ciertos y falsos.

Mas si el propósito del casacionista es el de concretar la violación del artículo 50 del C. de P. L. y deducir de ella consecuencialmente la de las normas que cita del C. S. T. por falta de apreciación de la confesión ficta del demandado, encuentra la Sala que dicho elemento probatorio sí fue apreciado por el fallador. Otra cosa es que considere éste que no tiene la virtualidad que el recurrente le atribuye, de demostrar la cuantía del porcentaje convenido en el contrato de trabajo. Esto quiere decir, que la acusación sobre este particular ha debido formularse por equivocada apreciación de dicha prueba y no como lo ha sido, por falta de estimación de la misma, que son aspectos bien distintos.

Por lo expuesto, el cargo no prospera.

Segundo cargo

Dice a la letra: "Al fijar el Tribunal un salario básico de mil trescientos pesos mensuales ($ 1.300.00) para liquidar la cesantía y demás prestaciones, dejó de tener en cuenta la confesión del demandado hecha en la contestación de la demanda, en donde se afirma: "No hay lugar al subsidio familiar por cuanto el sueldo en los últimos tres (3) años es superior a $ 1.500.00". Y en la demostración dice el recurrente:

"La falta de estimación de esta prueba viola el artículo 607 in fine del C. Judicial, según el cual "la confesión del apoderado judicial vale cuando para hacerla haya recibido autorización de su poderdante, la que se presume para los escritos de demanda y de excepciones y de las respuestas correlativas". Esta violación condujo al Tribunal, agrega el casacionista, al error de fijar el salario básico mensual en una suma inferior a la confesada por el patrono demandado".

Se considera

El cargo, como puede apreciarse de su simple lectura, envuelve una proposición jurídica incompleta, circunstancia que lo hace desestimable. Con reiteración ha dicho esta Sala que el ataque por transgresión de normas adjetivas del Código Judicial, solamente es procedente cuando se señalan además como infringidas, como consecuencia de aquella violación, las disposiciones sustantivas de la legislación del trabajo, que son precisamente, las que constituyen el objeto de la casación laboral.

La falta de señalamiento de las disposiciones sustanciales laborales, llevan a la Sala a desechar el cargo.

Tercer cargo

Está formulado así: "La sentencia acusada afirma: En los autos hay constancia de que la lancha Ciudad Bolívar a cargo del actor Rafael Vela Velásquez, tan solo navegaba desde el 15 o 20 de abril hasta el 15 o 20 de diciembre; y si se presume que durante esa época el actor trabajaba los domingos y días festivos, también hay que presumir que esos días quedaron compensados con los días en que la embarcación permanecía inactiva" (del 15 de diciembre al 15 de abril), para revocar la condenación por este concepto hecha por el juez de la primera instancia".

Esta apreciación, dice el recurrente, lleva al Tribunal a la violación de los artículos 183 y 184 del C. S. T. por interpretación errónea de esas normas, especialmente la última, interpretación en razón de la cual el ad-quem le niega al actor el derecho a "ser indemnizado por los dominicales y festivos trabajados correspondientes a la época de navegación".

Se considera

Evidentemente el Tribunal sobre el particular a que se refiere el cargo se expresa en los términos que el recurrente ha transcrito. Pero omitió el impugnador indicar que el ad-quem dice además sobre el mismo tópico y como soporte del fallo en el aspecto que toca con los dominicales y festivos, lo siguiente: "...Por lo demás, el actor no demostró, como estaba en la obligación de hacerlo, que laboró durante todos los días de la semana, sin exceptuar dominicales y feriados, razón por la cual no tiene derecho a este reconocimiento, tanto cuanto (sic) si se tiene en cuenta la labor desempeñada y la forma de su remuneración".

Conocido en su integridad el pensamiento del ad-quem, sobre la cuestión a que se refiere el cargo, se tiene que no hizo como en él se afirma interpretación de las normas acusadas por el impugnador. El apoyo de su determinación estriba como se ha visto en la circunstancia de que el actor no demostró durante el juicio que hubiera laborado en días domingos y feriados y en caso de que así hubiera ocurrido, no estableció el número de los días trabajados. Este soporte fundamental del fallo no ha sido materia de ataque en el recurso, circunstancia que conduce a la desestimación del mismo, como quiera que la vía utilizada por el recurrente no es la pertinente, ya que claramente se ve que entre éste y el sentenciador no existe acuerdo sobre la cuestión fáctica y ya se dijo cómo la interpretación errónea, solamente puede aducirse, como violación directa que es, cuando tal acuerdo existe entre el impugnante y el sentenciador. La jurisprudencia ha dicho que cuando son varios los soportes de la sentencia acusada, deben atacarse todos pues basta que uno de ellos quede en firme para que el ataque no tenga efectividad, y la sentencia no pueda casarse, que es precisamente lo que ocurre en relación con el cargo que se estudia, que ha dejado intocado uno de los pilares sobre los cuales se sustenta la sentencia acusada, precisamente el de mayor entidad.

El cargo, por lo expuesto, no prospera.

Cuarto cargo

En este ataque considera el recurrente que el Tribunal violó por error en la apreciación de una prueba, los artículos 59 y 149 del C. S. T. que prohiben compensar suma alguna de salarios o prestaciones con deudas de la naturaleza de las que señala la carta a la cual se refiere el sentenciador, suscrita por el señor Vela Veslásquez, y que es precisamente la prueba que estima mal apreciada. Esta carta, dirigida por el actor al demandado, tiene el siguiente tenor: "Por medio de la presente y para facilitarle mi liquidación de prestaciones sociales (sic) otoriso (sic) a Ud. en descontar de mis prestaciones el préstamos (sic) de $ 5.000.00 que Ud. tuvo a bien hacerme y de lo cual le quedo altamente agradecido, lo mismo que la cuenta por $ 4.250.00 por concepto de cerveza que vendí sin habrele (sic) entregado el valor hasta la fecha, y los avan-

se (sic) que pudiera haberme hecho Ud. en el curso de estar trabajando con Ud.". Esta comunicación fue fechada en Puerto López el 4 de XII 60.

En la demostración del cargo expresa el impugnador: "De esa carta se hizo mención en las disposiciones en que fue declarado confeso el demandado, no para reconocerla en su firma —como dice la sentencia— sino para objetarla, dando los fundamentos de esa objeción: Haberse escrito por el patrono sin autorización, en una hoja de papel firmada en blanco por el trabajador (un papel de zarpe). La mención de un documento en esas condiciones no equivale a su reconocimiento —como lo entendió el Tribunal— sino precisamente lo contrario, la objeción o tacha del documento, dando los motivos correspondientes. Y es bien sabido que, cuando un documento privado es tachado o redargüido de falso (como en el caso sub-judice), quien lo presenta está en la obligación de probar su autenticidad'. Agrega luego el recurrente como argumento central de la sustentación del cargo: "De otra parte, según lo tiene establecido la jurisprudencia, las prestaciones sociales únicamente pueden compensarse con deudas que provengan igualmente del contrato de trabajo y las que menciona la carta en cuestión no son de esa naturaleza, sino que provienen de supuestos préstamos hechos por el patrono al trabajador y cancelados por éste, como aparece del extracto de cuenta del fol. 5 del cuaderno principal, donde se descuenta el préstamo de cinco mil pesos a que alude la carta de marras".

Sobre el particular expresa el Tribunal: "La suma de nueve mil doscientos cincuenta pesos con cincuenta centavos ($ 9.250.50) debe compensarse, pues su entrega la acreditó el propio demandante al formular la posición 16; sin que pueda argüirse que dicha carta fue firmada en blanco por Rafael Vela Velásquez, pues ello no le quita ningún valor. En efecto, para ello se precisaría acreditar que el demandado llenó la carta extralimitando las instrucciones o el cometido para el cual se le autorizó, esto es, que el demandado abusó de la firma en blanco; por lo demás, se tiene por bien sabido que quien reconoce la firma y niega el contenido de un documento, está en la obligación de suministrar la prueba del caso según la ley". Y adelante ya sobre el aspecto mismo de la compensación, expresa: "No se arguya que la compensación no tiene operancia en el derecho del trabajo, pues el trabajador puede autorizar por escrito al patrono para que le deduzca, retenga o compense de su salario una determinada cantidad, siempre y cuando que la suma total no sea mayor que el salario del trabajador correspondiente a tres meses. Como el salario básico más el 10% solo alcanza a la suma de siete mil doscientos cuarenta y nueve pesos con noventa y ocho centavos ($ 7.249.98) hasta esa suma se podrá compensar". Y a continuación cita jurisprudencia sobre el aspecto compensatorio para dar más fuerza a su razonamiento sobre el particular.

Se considera

La argumentación que se esgrime contra la sentencia en lo referente a la carta en cuestión no tiene solidez alguna. La carta en mención no fue redargüida de falsa y a ella hizo referencia el propio demandante en el pliego de posiciones que debía absolver el demandado. Ahora bien, en cuanto a la compensación la jurisprudencia ha determinado con argumentos muy valiosos, reiteradamente expuestos, que dicho fenómeno es lícito y jurídico en el derecho laboral, en donde constituye como en el civil un modo de extinguir las obligaciones; "que él puede tener lugar respecto de prestaciones debidas al trabajador, con la sola condición para que sea reconocido en juicio de esta índole, de que se establezca con otra deuda que provenga igualmente del contrato de trabajo, a fin de que ambas obligaciones puedan ser reconocidas y decididas por la misma jurisdicción", y además, "que en los términos explicados pueda tener aplicación del artículo 1714 del C. C.". Ahora bien, la jurisprudencia igualmente ha determinado, aclarando un poco más los anteriores, conceptos, que para que la compensación por deudas mutuas tenga operancia dentro de un juicio de trabajo, se requiera que el crédito a cargo del trabaja-

dor tenga un claro origen en el desarrollo de su contrato de trabajo, es decir, que la deuda haya sido ocasionada en razón de la calidad misma del trabajador y por su condición de tal.

En el caso de estudio obra además, como ya se anotó, autorización escrita del trabajador para compensar prestaciones en dinero. Todas estas consideraciones las tuvo en cuenta el Tribunal al tomar la determinación acusada, luego no puede afirmarse que al proceder así, hubiera, como lo pretende el recurrente violado los artículos 59 y 149 del C. S. T.

El aspecto salario básico, que le permite afirmar al recurrente que para el efecto de la compensación se tomó uno mayor que el admitido para efecto de la liquidación de las prestaciones sociales, no puede estudiarse en el presente cargo, como quiera que las disposiciones sobre la materia no han sido acusadas.

El cargo no prospera.

Recurso de la parte demandada

En el alcance de la impugnación el apoderado del demandado reseña, por así decirlo, los motivos o razones que lo llevan a formular su demanda, indicando las violaciones en que considera incurrió el ad-quem pero omitió precisar sus aspiraciones como autor del recurso, no indica si busca obtener que la demanda acusada sea casada total o parcialmente y se abstiene de señalar en qué forma el fallo de instancia deba ser reemplazado, en su caso. Y a continuación formula contra la sentencia del Tribunal de Villavicencio cuatro cargos, a los que pasa a referirse la Sala a continuación.

Primer cargo

Lo concreta el impugnador en los siguientes términos: "En esta forma queda plenamente establecido que con los datos de las fuentes primarias de la confesión de las partes, las cifras de las prestaciones y de los sueldos básicos para su liquidación no son otros distintos de los anotados en la contestación de la demanda, así como el error de hecho evidente del sentenciador de segunda instancia y la violación del citado artículo 253 del Código Sustantivo del Trabajo".

Para llegar a la concreción de la acusación, dice el recurrente que es deber ineludible del sentenciador procurar por todos los medios legales y aún de oficio "el esclarecimiento del monto real de los salarios devengados por el trabajador". Y agrega: "Por ello no nos explicamos como el Tribunal no hizo el estudio exhaustivo (sic) requerido para evitar caer en errores tan flagrantes como los que se aprecian en su sentencia y en materia de tanta importancia". Considera que para demostrar tales errores es suficiente analizar la prueba de confesión que existe en los escritos de demanda y respuesta, y en los extractos y planillas que hacen parte del expediente, "documentos que no dan lugar a cometer esa clase de errores de hecho". Y por estimar que los sueldos fueron variables, procede a efectuar, año por año las liquidaciones correspondientes al auxilio de cesantía a que tenía derecho el actor en la forma en que puede apreciarse de los folios 23 al 26 inclusive del respectivo cuaderno.

Se considera

La acusación anterior constituye un alegato de instancia que no contempla debidamente los diversos aspectos a que aspira ni los propone correctamente. Es bien sabido que para que un cargo que se formula por error o errores de hecho tenga prosperidad, requiere que aquel o éstos tengan el carácter de ostensibles y aquí, con tal carácter, no han sido presentados. De otro lado, corresponde al recurrente demostrar los errores e indicar la forma en que ellos han tenido incidencia en la parte resolutiva del fallo impugnado. Esto tampoco se ha hecho por el casacionista. No basta, pues, decir que se cometieron errores en la apreciación de las pruebas, sino demostrar tales errores, y señalar como tuvieron operancia en el fallo. Cabe aquí transcribir un aparte de jurisprudencia reciente de la Corte que concreta la muy reiterada de la Sala sobre técnica de casación, dice:

"Las limitaciones que circunscriben la potestad de la Sala de Casación, imponen obviamente cierto rigor formal en la presentación de los cargos que se formulen a la resolución impugnada pues el recurso se repite —no es una nueva instancia en la cual pueden hacerse valer toda clase de argumentos de estimación probatoria. Su índole obliga a quien lo sustenta a formular los cargos con tales claridad y precisión que sirven 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 juzgado de instancia...".

La falta de técnica en la formulación de este primer cargo lleva a la Sala a su desestimación.

Segundo cargo

Se formula así: "consideramos que la sentencia impugnada ha violado directamente las disposiciones de la ley sustantiva artículos 59 ordinal 1º del C. Sustantivo del Trabajo y su concordante 1714 del Código Civil...". En la demostración dice el recurrente luego de citar jurisprudencia de la Corte que indica que no existe ninguna razón ni fundamento jurídico o social que se oponga a que el trabajador pague lo que en derecho debe a su patrono, que la suma que se propuso fuera compensada se origina en préstamos, alcances y avances, como muy claro lo dice la carta que suscribió el demandante Vela Velásquez, prueba que fue acompañada a los autos.

Se estudia

Dice el recurrente que las normas que cita fueron violadas por el sentenciador "directamente" y en la demostración del cargo hace hincapié en la carta que suscribió el actor que demuestra que la deuda que adquirió con su patrono tuvo origen en préstamos, alcances y avances, etc. El concepto de violación que utiliza el recurrente se cumple, como reiteradamente lo ha dicho la Corte, por la sola aplicación o inaplicación de una norma jurídica a un supuesto fáctico respecto del cual se hallan de acuerdo el impugnante y el sentenciador, y el ataque por consiguiente se cumple al margen de toda cuestión probatoria. La presentación del cargo señala que tal acuerdo no existe, de donde la vía utilizada por el casacionista no es la pertinente para obtener el fin perseguido. Mas si se hiciera abstracción de la cuestión probatoria que involucra en la demostración el recurrente, encuentra la Sala que el cargo no puede estudiarse porque si bien es verdad se señalan los preceptos sustanciales que se estiman quebrantados ha omitido el concepto en que lo han sido, esto es, si por falta de aplicación, por aplicación indebida o por errónea interpretación, y esto porque la técnica del recurso de casación exige que tanto la causal o motivo de casación como el concepto de la violación deben invocarse con exactitud y precisión para que la Corte pueda proceder al análisis del cargo. Por lo dicho éste se desestima.

Tercer cargo

Está expuesto en la siguiente forma: "Se considera que la sentencia impugnada viola indirectamente los artículos 190, 488 y 489 del Código Sustantivo del Trabajo en su condena al pago de vacaciones para el trabajador por cuatro años...".

En la sustentación del mismo dice el recurrente: "...constituye un error de hecho evidente en la apreciación de las pruebas no tener en cuenta que el trabajador durante los cuatro o cinco meses en que permanecía la lancha en puerto y sin poder navegar por el escaso caudal de aguas del río y que su custodia quedaba a cargo del correspondiente celador única persona que permanecía dentro de la misma en ese período, el señor Vela descansaba sin tener ninguna obligación de prestar oficio alguno para el patrono y en libertad de estar en cualquier lugar y ejercer cualquier actividad. En otros términos hacía uso de sus vacaciones u obtenía el descanso reparador o compensatorio que inspira las disposiciones que consagren esta prestación social y en forma más que superabundante".

Considera el impugnador que el Tribunal violó las disposiciones del artículo 190 del C. S. T., "por cuanto no existe en el expediente la prueba de que las partes hayan convenido su acumulación lo que no podía haber sucedido en el caso como el de autos y por las mismas razones dadas en el párrafo inmediatamente anterior".

Y por último manifiesta el recurrente que el ad-quem quebrantó en su sentencia las disposiciones consagradas en los artículos 488 y 489 de la obra citada, porque el fenómeno de la prescripción no es de cuatro años sino de tres, y porque no aparece en los autos la solicitud escrita del trabajador que hubiera interrumpido esa prescripción.

Se considera

Cuando la censura se hace por error de hecho, como es el caso debe enunciárselo y definírselo sin dejar lugar a ningún equívoco, y señalar las pruebas que dieron ocasión al error denunciado, expresando cuales fueron apreciadas, si bien erróneamente, y cuáles no lo fueron. Debe el impugnador además, si pretende que la acusación quede debidamente fundamentada, exponer en forma clara qué es lo que la prueba acredita y cuál el mérito que le reconoce la ley, e indicar en qué consiste la errónea apreciación del sentenciador. Ha dicho la Corte, en jurisprudencia que viene al caso: "La censura en que se invoca esta clase de error en ningún caso puede apoyarse en un conjunto de medios instructorios citados de manera imprecisa y sin determinar la manera como cada uno de ellos demuestre el error de la Sala falladora, el que debe ser manifiesto como lo prevé el artículo 87 del C. P. L., por lo que ha de aparecer con toda evidencia por el solo cotejo de las pruebas en que se apoya la sentencia con las que invoca el impugnante".

Los aspectos de la acusación que hacen referencia a la violación de los artículos 190 y 489 del C. S. T. se apoyan en "falta de prueba", la que demuestre que se hubiera convenido entre las partes la acumulación de vacaciones y la solicitud escrita del trabajador que hubiera interrumpido la prescripción de las mismas.

La acusación así formulada contraviene, la técnica del recurso de casación, pues es bien sabido que con apoyo en la causal primera y por error de hecho, solo cabe el estudio cuando las pruebas que se determinen por el impugnador hayan sido dejadas de apreciar o hubieren sido por él equivocadamente estimadas. La Corte ha dicho que la ausencia de pruebas no da lugar a este recurso. El recurrente ha debido, pues, indagar dentro del acopio probatorio cuál prueba dio lugar al error denunciado y señalarla, teniendo en cuenta que ha apodido tener origen en la propia demanda inicial.

En la enunciación del cargo dice el recurrente que las normas que cita fueron violadas indirectamente, y entre ellas, vale la pena recordarlo, figura el artículo 488 del C. S. T., lo que quiere decir que su infracción ocurrió a través de la apreciación de pruebas", más sin embargo el impugnador no cita prueba alguna que haya sido mal apreciada o dejada de apreciar por el sentenciador, de donde no hay lugar, por el concepto planteado a estudiar el aspecto que el cargo contempla.

Como el cargo incurre en los errores que se han determinado, es del caso desestimarlo.

Cuarto cargo

Está concebido en los siguientes términos: "Se considera por último que la sentencia recurrida en casación es violatoria de las disposiciones del artículo 306 del citado Código Sustantivo del Trabajo, por cuanto en ella se dispone que cuando existe causa justa para el despido del trabajador este pierde el derecho a la prima del último semestre y en el caso de autos está ampliamente probada la justa causa con el certificado del Juzgado Once de Instrucción Criminal que corre a folio 48 del Cuaderno Principal".

Se considera

En relación con la justa causa del despido, el ad-quem en su sentencia comparte la opinión del inferior expresada en las si-

guientes palabras: "...El Juzgado sostiene lo anteriormente afirmado, ya que no se agregaron al expediente, las pruebas que demostraran el ilícito cometido por el señor Vela, ilícito que reportara las consecuencias punibles que la ley penal asigna a tal clase de delitos. La sola denuncia, sin actuación de ninguna naturaleza, como lo indica la constancia del Secretario del Juzgado Once de Instrucción Criminal, no es prueba de que el hecho imputado al trabajador Vela fuera evidente y cierto, pues no ha sido demostrado y por tal motivo, no es causal legítima para dar por terminado, unilateralmente este contrato".

Y esto, agrega esta Sala, porque la sola denuncia penal no es prueba suficiente para demostrar la comisión de una infracción de tal índole. No establecida ésta, no puede decirse que el hecho imputado al trabajador, constituya causa justa para dar por terminada la relación laboral, mientras no se haya establecido plenamente, por la vía respectiva, el ilícito denunciado. Esta prueba no fue allegada al expediente, de donde no se puede hablar de justa causa que incida en la determinación tomada por el adquem apoyada en el artículo 305 del C. S. T., y en consecuencia, por falta de demostración del hecho denunciado, no puede decirse que el sentenciador hubiera violado, por la vía indirecta, como se desprende del cargo la disposición, mencionada.

El cargo se desestima.

Por lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia acusada.

Sin costas.

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.

INDIVISIBILIDAD DE LA CONFESION

El principio de la indivisibilidad de la confesión consiste en que ella no puede dividirse en perjuicio de quien la hace. El que pretende beneficiarse de una confesión, tendrá que admitirla como fue hecha, no podrá aceptar lo que le convenga y rechazar lo que le perjudique.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., marzo veintinueve de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina).

(Acta número 14).

El día veintisiete (27) de agosto de mil novecientos setenta (1970), el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, dictó la sentencia de segunda instancia en el juicio de Luis Eduardo Saray Baquero contra José María Gutiérrez Gutiérrez. En relación con dicha providencia, interpuso la parte demandada el recurso de casación que va a decidirse.

El citado Tribunal condenó al demandado al pago de dos mil quinientos cincuenta pesos ($ 2.550.00) por vacaciones, cinco mil doscientos sesenta y nueve pesos con noventa y ocho centavos ($ 5.269.98) por cesantías, cinco mil veintinueve pesos con veinte centavos ($ 5.029.20) por prima de servicios, cincuenta y seis pesos con sesenta y seis centavos ($ 56.66) diarios desde el nueve (9) de enero de mil novecientos sesenta y ocho (1968) hasta que se cancelen las prestaciones, como indemnización por mora, y al sesenta por ciento (60%) de las costas de la segunda instancia. Confirmó el Tribunal la absolución por las demás peticiones de la demanda principal, y la relativa a las peticiones de la de reconvención, el reconocimiento de la excepción de pago por setecientos ochenta pesos ($ 780.00) y la imposición de las costas de la instancia a cada uno de los demandantes en la principal y en la de reconvención.

Contra el fallo de segundo grado interpuso recurso de casación el apoderado de la parte demandada.

Alcance de la impugnación

Pretende el impugnador que la Corte case la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, y que convertida en Tribunal de instancia, reforme la providencia en el sentido de tener en cuenta el salario devengado por el trabajador y absolver en lo relacionado con la indemnización moratoria.

Primer cargo

El recurrente afirma que hubo infracción indirecta de la ley positiva, por errores de hecho en la apreciación de la prueba documental y de la confesión del demandado; señala como violados los artículos 17 y 14 numeral 3º del decreto ley 2351 de 1965, 8º del decreto 1373 de 1966, 65 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo; indica como pruebas indebidamente apreciadas las de folios 6, 23 y 28 del cuaderno principal; y hace consistir el error de hecho en que la sentencia acusada encontró divisible la confesión contenida en los citados documentos, cuando ella es indivisible.

El impugnador invoca la jurisprudencia en el sentido de que la confesión se debe

admitir como se hace, es decir que es indivisible; señala la incidencia de la apreciación probatoria respecto a la aplicación de las normas sobre cesantía, prima y vacaciones, y termina afirmando la violación del artículo 65 del Código Judicial por haber sido erróneamente apreciada la prueba del folio 28 donde se demuestra que el patrono pagó lo que estimaba deber.

Se considera

El Tribunal dijo:

"En cuanto ál salario, como lo deduce el a-quo, fue de $ 1.700.00 por confesión del demandado (folios 6 y 23), y si bien éste manifiesta que dentro de dicho sueldo existía compromiso de que se pagara el sueldo de un ayudante, no habiéndose comprobado tal compromiso —sobre cuya legalidad se pronunciaría la Sala si la comprobación existiera—, no es el caso de hacerle surtir efectos jurídicos".

El principio de la indivisibilidad de la confesión consiste en que ella no puede dividirse en perjuicio de quien la hace. El que pretende beneficiarse de una confesión, tendrá que admitirla como fue hecha, no podrá aceptar lo que le convenga y rechazar lo que le perjudique.

La confesión puede ser simple, cualificada o compleja. La confesión simple consiste en el reconocimiento del hecho alegado por la contraparte; tal clase de confesión no presenta problema alguno de indivisibilidad.

La confesión cualificada es la que agrega al reconocimiento del hecho circunstancias coexistentes que modifican el nacimiento de la obligación. Esta clase de confesión es indivisible porque la aceptación del hecho generador de la obligación está íntimamente ligado con las circunstancias agregadas, coexistentes y relacionadas con el nacimiento de la obligación.

La confesión compleja es la que agrega hechos posteriores al nacimiento de la obligación, no relacionados con ella ni ligados al hecho cenfesado. Esta confesión puede ser divisible.

El principio de la indivisibilidad de la confesión no es absoluto, puede aceptarse la división de la confesión cuando ella no se alega como prueba plena sino como principio de prueba por escrito, y también cuando las circunstancias o hechos agregados resultan imposibles.

En sentencia de dos (2) de diciembre de mil novecientos treinta (1930), se lee:

"Estima la Corte, como arriba lo deja insinuado, que para apreciar si una confesión es divisible o indivisible, es preciso tener en cuenta las comprobaciones que le han procedido en el proceso: "Observad ,dice Pothier, que cuando yo no tengo otra prueba que vuestra confesión, yo no puedo dividirla" (Tratado de las Obligaciones, número 808). Pero como lo observa Bonnier, cuya opinión acoge la Corte, no es aplicable la regla de la indivisibilidad, sino en los casos de que la parte contraria, no pudiendo alegar otra prueba que la confesión, se halla obligada a aceptar o desechar por completo la declaración en que se funda. De otra suerte sería si esta parte tuviera otros medios legales de probar su derecho, entonces la confesión calificada, y sobre todo la compleja no tendría más que una importancia accesoria; según el sistema contrario, sería demasiado fácil paralizar los medios de prueba de la parte adversa, valiéndose de una confesión parcial, cuyo contenido estuviera prohibido modificar".

Para que la confesión compleja sea divisible, es necesario además que los hechos agregados al admitido sean distintos a éste, separados de él en el tiempo y en el espacio y faltos de íntima relación con el mismo.

El doctor Hernando Devis Echandía dice:

"¿Cómo se valoran estas declaraciones de parte cualificadas, complejas y compuestas? Se habla en ese caso de la divisibilidad o escindibilidad de la confesión o, por el contrario, de su indivisibilidad o inescindibilidad. Entiéndese por divisibilidad de la con-

fesión la idea de que esta debe probar contra el confesante, en lo que le es desfavorable, y este debe probar lo favorable que adiciona; y por indivisibilidad el que la confesión debe aceptarse en su conjunto, tanto en lo desfavorable como en lo favorable.

"Entre estos dos extremos, hay soluciones intermedias.

Creemos, sin embargo, que la costumbre de hablar de divisibilidad o indivisibilidad de la confesión, en el sentido expuesto, implica un error de técnica jurídica, porque solamente existe confesión cuando el hecho declarado por la parte le es desfavorable o favorece a la parte contraria (cfr. número 781 punto d). Es decir, que no se trata de que la confesión sea parcialmente favorable, ni de que se acepte la confesión en lo favorable, al confesante, sino de precisar o determinar si existe confesión en la declaración de la parte y cuál es exactamente el hecho confesado. Si en virtud de las adiciones o aclaraciones que se hacen, el hecho deja de ser desfavorable a la parte declarante, no existe confesión; y si por virtud de tales adiciones o condiciones, el hecho es menos favorable a esa parte, lo confesado es ese hecho así calificado o adicionado y no se le puede tomar aislado de aquellas circunstancias.

"Lo divisible es la declaración de parte, y no la confesión. El problema que en este número se estudia consiste, más exactamente, en saber si deben tenerse en cuenta las circunstancias favorables contenidas en la declaración de la parte, para determinar si en ella hay confesión y cuál es en realidad el hecho confesado, o si, por el contrario, la confesión radica exclusivamente en el aspecto desfavorable de la declaración" (Tratado de Derecho Procesal Civil, Tomo VI, pág. 231. Editorial Temis, Bogotá, D. E., 1969).

Como se vio, el Tribunal apreció los documentos de los folios 6 y 23 como contentivos de una confesión en el sentido de que el demandante devengó en los últimos tiempos de su contrato, la cantidad de $ 1.700.00 mensuales. Agregó que el compromiso de pagar al ayudante $ 600.00 mensuales, era un hecho distinto que el demandado ha debido probar.

A la luz de la doctrina ya expuesta, la confesión contenida en los documentos citados no puede apreciarse como lo hizo el sentenciador, pues el hecho confesado está íntimamente ligado con el que se agrega, el cual es coetáneo, o sea, que la verdadera confesión es simplemente un salario de $ 1.100.00, ya que el sueldo que se admite como pagado es precisamente ese, pues se dice que se entregaban $ 1.700.00 mensuales, pero no como salarios sino para que de ellos se pagara al ayudante la cantidad de $ 600.00, y el resto como salario, luego en ningún momento se confesó que se le hubiera pagado al demandante salario mensual de $ 1.700.00, sino solamente de $ 1.100.00.

Con lo anterior queda demostrado el evidente error de hecho del sentenciador, que por razón del mismo aplicó indebidamente los artículos 14 y 17 del decreto 2351 de 1965, 8º del decreto 1373 de 1966 y 65 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo.

El cargo prospera en este primera parte, o sea, en cuanto se tomó como base para liquidar las vacaciones, la cesantía, la prima de servicios y la indemnización por mora, un salario distinto del demostrado.

La segunda parte del primer cargo no prospera, pues con ella se pretende la absolución total por concepto de indemnización por mora, con base en que el Tribunal admitió el pago de $ 780.00 por concepto de prestaciones, con lo cual se está demostrando que el demandado pagó lo que consideraba deber.

El fundamento del cargo en esa segunda parte es inaceptable, pues el Tribunal no reconoció tal pago, sino que lo mantuvo porque el demandante no apeló de la sentencia de primer grado.

En el fallo del ad-quem se lee:

"Por otro lado, la "Liquidación del contrato de Trabajo" —visible a folio 28— se refiere a un período diferente, es a saber, el comprendido entre el 21 de marzo de 1967 y el 8 de enero de 1968, por un total de 288 días".

Y más adelante se observa:

"Ninguna de las excepciones propuestas prospera. Y para no hacer más gravosa la situación del único recurrente, se mantiene la excepción de pago por la suma de $ 780.00 para descontar en la forma prevista en la sentencia objeto de la impugnación".

Consideraciones de instancia

El actor afirmó haber trabajado desde el 16 de febrero de 1964 hasta el 21 de marzo de 1967, y ese tiempo fue admitido por el demandado en la audiencia ante el inspector del Trabajo de que da cuenta el documento del folio 6. Se tiene pues un tiempo servido de 3 años, 1 mes y 6 días.

Sobre ese lapso y en razón de un salario de $ 1.100.00 mensuales, resultan debidos por vacaciones la cantidad de $ 1.705.00, por cesantía la de $ 3.410.00, por prima de servicios la de $ 3.151.92 y la indemnización por mora a razón de $ 36.37 por cada día de retardo.

Segundo cargo

El recurrente acusa la sentencia de violación directa de la ley positiva y señala como violado el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

En el desarrollo del cargo se manifiesta que al folio 28 del cuaderno principal se encuentra un recibo de prestaciones por $ 780.00 lo cual indica según el recurrente, que el demandado pagó lo que estimaba deber y por ello obró de buena fe, lo que hace que no deba condenarse a pagar indemnización por mora.

Se considera

De acuerdo con el número 1º del artículo 60 del decreto 528 de 1964, la violación de la ley sustancial puede ocurrir por infracción directa, por interpretación errónea o por aplicación indebida. Según el numeral 5º del artículo 90 del Código Procesal del Trabajo, la demanda debe indicar no solamente la norma violada, sino también el concepto de la violación, es decir, ha de expresar el libelo si la violación se produjo por infracción directa, por aplicación indebida o por interpretación errónea.

Como en el segundo cargo no se hace el señalamiento requerido, esta acusación está antitécnicamente formulada.

Además, el soporte de la censura es el pago de una suma por prestaciones sociales, pero como ese pago no fue admitido por el Tribunal como hecho por el demandado, sino por otra persona y en cuanto a una relación laboral distinta, no es posible admitir esa acusación que no destruye el fundamento del fallo, ni en lo que hace al no pago de prestaciones por el demandante, ni en lo relativo a las consideraciones del ad quem sobre la prueba señalada por el acusador.

El cargo segundo no prospera.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia de veintisiete (27) de agosto de mil novecientos setenta (1970), dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio de Luis Eduardo Saray Baquero contra José María Gutiérrez G., en cuanto a los ordinales a, b, c y d del numeral primero (1º) de la parte resolutiva de dicho fallo, y convertida en Tribunal de instancia, REFORMA el numeral primero de la sentencia de primer grado, en el sentido de condenar al señor José María Gutiérrez Gutiérrez a pagar a Luis Eduardo Saray Baquero, las siguientes cantidades por los conceptos que se indican: a) Vacaciones $ 1.705.00; b) Cesantía $ 3.410.00, c) Primas de servicios $ 3.151.92, y d) Indemnización moratoria a razón de $ 36.67 por cada día, a partir del 9 de enero de 1968 hasta cuando se cancelen las presta-

ciones a que se ha hecho referencia. No la casa en lo demás. Sin costas en el recurso extraordinario.

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.

CASAR UNA SENTENCIA

Como lo ha explicado la Corte en invariable jurisprudencia de acuerdo con todos los autores de la materia, desde que casa una sentencia, ésta queda revocada o invalidada, siendo inútil, por decir lo menos, pedir que se case el fallo de segundo grado y se revoque.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., veintinueve de marzo de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Doctor José Enrique Arboleda Valencia).

(Acta número 13).

Carlos Pinto, mediante apoderado, y con base en la afirmación de haber servido al Departamento de Cundinamarca como trabajador oficial desde el mes de mayo de 1951 hasta el 7 de febrero de 1964 con una asignación de $ 25.00 diarios, demandó a esta entidad y al Instituto de Seguridad Social de Cundinamarca para que fuesen condenados a pagarle "la cesantía causada y no pagada por su tiempo de servicios e indemnización por no pago", a razón de "un salario diario en los términos del Decreto 797 de 1949 y hasta cuando se cancele a mi poderdante la totalidad de sus acreencias laborales".

El Juez del conocimiento, que lo fue el Séptimo Laboral de Bogotá, en sentencia de 12 de mayo de 1970 condenó al Departamento mencionado a pagar al actor $ 11.053.00 por concepto de auxilio de cesantía y $ 29.60 diarios como indemnización moratoria "a partir del veintidós (22) de marzo de mil novecientos sesenta y cuatro (1964) y hasta cuando se efectúe el pago de la cesantía". Absolvió de todos los cargos al Instituto de Seguridad Social de Cundinamarca.

Subieron en consulta los autos al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el cual, el 6 de agosto de 1970, revocó "el fallo consultado y, en su lugar, DECLARA que por incompatibilidad con la pensión de jubilación ya reconocida son improcedentes las pretensiones de cesantía por todo el tiempo de servicios e indemnización moratoria consiguiente...".

Contra esta providencia interpuso recurso de casación el demandante, por procurador judicial, y presentó en tiempo la demanda respectiva, sin réplica de la entidad condenada, demanda que fija imperfectamente el alcance de la impugnación, pues solicita que esta Sala de la Corte "case la sentencia del H. Tribunal Superior de Bogotá ... revoque dicha sentencia y como Tribunal de instancia condene a las entidades demandadas, solidariamente, a los siguientes reconocimientos: Cesantía, indemnización por no pago".

Pero, como lo ha explicado la Corte en invariable jurisprudencia de acuerdo con todos los autores de la materia, desde que case una sentencia, ésta queda revocada o invalidada, siendo inútil, por decir lo menos, pedir que se case el fallo de segundo grado y se revoque. En segundo término, cuando la Corte obra en función de instancia, se coloca en lugar del Tribunal respectivo y lo que procede a estudiar es la providencia del a-quo para confirmarla, modificarla o revocarla, razón por la cual el casacionista ha de indicar, en forma precisa, qué debe resolver la Corte respecto de la

sentencia de primera instancia. Este extremo no fue planteado en la demanda que se estudia, no obstante lo cual la interpreta la Sala en el sentido de que lo que el recurrente pretende es que se confirme la revocada por el Tribunal.

Para conseguir este fin formula dos cargos, que se estudiarán en su orden:

El primero afirma que "la sentencia incurrió en infracción indirecta por error de hecho e indebida aplicación de los artículos 1º, 11 y 17 letra a), de la ley 6ª de 1945; artículos 2, 3 y 9 de la ley 64 de 1946, artículos 4, 20 y 52 del decreto 2127 de 1945; artículos 1, 2, 3, 4, 5 y 6 del decreto 1160 de 1947; artículo 1 del decreto 797 de 1949; artículo 1 del decreto 2767 de 1947; y ley 4ª de 1966, por no haber apreciado o haber apreciado mal las siguientes pruebas:

"A. Pruebas no apreciadas. La de los folios 43, 44 y 45, sobre tiempo de servicios, cargos desempeñados, salarios devengados por Carlos Julio Pinto A. ... y la del folio 49, oficio número 0111 de julio 30 de 1969, originario del Instituto de Seguridad Social de Cundinamarca, sobre el no pago de suma alguna al señor Carlos Julio Pinto, por concepto de cesantía definitiva, y el libelo de demanda de los folios 5 a 8" (subraya la Sala).

"B. Pruebas mal apreciadas. La de folio 70 a 73, o sea, la Resolución número 0830 de 16 de junio de 1964, por medio de la cual se le reconoció a mi poderdante pensión de jubilación".

Los errores de hecho en que dice el impugnante incurrió el Tribunal respecto de las pruebas preindicadas, son los que siguen:

"A) Que el libelo de demanda al expresar en su petición y en sus hechos, que su cesantía, causada y no pagada, no era otra que aquella que excediera o al mayor tiempo servido después de una etapa de servicios mayor de 20 años.

"B) Que cumplió sus 20 años de servicios el 18 de agosto de 1958, fol. 72.

"C) Que la cesantía causada y no pagada, o excedente a sus 20 años de servicios, comprende el tiempo posterior al 18 de agosto de 1958, servidos sin solución de continuidad, al 16 de febrero de 1964, por haberse ocurrido en esta fecha su retiro definitivo del Departamento de Cundinamarca, es decir, un tiempo mayor de 5 años, 5 meses, 19 días.

"D) Que devengó durante sus últimos tres (3) meses una remuneración fija de $ 25.60 diarios y una Prima de Navidad durante su último año de servicios de $ 778.66 moneda corriente, es decir, lo que arroja, para efectos de la liquidación, un salario total de $ 832.80 mensuales.

"E) Que la cesantía definitiva de mi poderdante es la suma de $ 4.564.10, si se tiene en cuenta su tiempo de servicios, excedente de veinte años, de 5 años 5 meses y 19 días —ocurrido entre el 18 de agosto de 1958 y el 6 de febrero de 1964—, y una remuneración última promedio de $ 832.80 moneda corriente.

"F) Que por lo menos durante la vigencia y terminación de su último contrato de trabajo se causó y no se le pagó a mi poderdante su cesantía definitiva correspondiente al tiempo mayor de sus veinte años de servicios".

Para resolver, la Sala considera

El punto básico por el cual el sentenciador revocó el fallo de primera instancia y absolvió de las peticiones sobre auxilio de cesantía e indemnización moratoria consiste en que en escrito inicial de demanda el actor no solicitó se le pagara dicho auxilio por el tiempo excedente de los 20 de servicio. Así aparece sin lugar a la menor duda del siguiente pasaje del fallo acusado:

"Resulta claro entonces que el demandante puede tener derecho a una cesantía adicional, que no puede reconocerse porque no fue demandada, ni ha sido controvertida en el presente proceso; pero que en todo caso, por virtud del anotado fenómeno de la incompatibilidad, no tiene derecho a ce-

santía por todo el tiempo servido, tal como lo pidió en su demanda y se lo reconoció el a-quo. (subraya la Sala).

Nótese que muy a las claras el Tribunal estimó el libelo con que se inició este juicio y de esa estimación concluyó que "la cesantía adicional no puede reconocerse porque no fue demandada, ni ha sido controvertida en el presente proceso" y que el actor "no tiene derecho a cesantía por todo el tiempo servido tal como lo pidió en su demanda y se lo reconoció el a-quo". En estas condiciones, es equivocado el planteamiento del casacionista al incluir entre las "pruebas no apreciadas" "el libelo de demanda de los folios 5 a 8". Lo procedente era el ataque por equivocada apreciación de ese documento al haber considerado el ad-quem que la petición primera, cuando reza: "Cesantía. - La causada y no pagada por su tiempo de servicios", decía relación únicamente al lapso de los 20 años laborados y no al tiempo excedente de ellos.

Formulada de esa manera equivocada la impugnación carece de efectividad para quebrar la sentencia, ya que la Corte no puede de oficio estudiar la estimación que el juzgador llevó a cabo de una determinada probanza.

Por lo tanto, el cargo no prospera.

El segundo fue presentado en la siguiente forma:

"La sentencia materia del recurso incurrió en infracción directa por no aplicación de los artículos 1º, 11 y 17, letra a) de la ley 6ª de 1945; artículos 2º, 3º y 9º de la ley 64 de 1946; artículos 4º, 20, y 52 del decreto 2127 de 1945; artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º y 6º del decreto 1160 de 1947; artículo 1º del decreto 797 de 1949; artículo 1º del decreto 2767 de 1947; y Ley 4ª de 1966. El H. Tribunal ha incurrido en esta violación con su rebeldía ostensible en aplicar las normas relacionadas con el reconocimiento y pago de la cesantía y su indemnización moratoria, al haber absuelto a las entidades demandadas en tales derechos laborales.

"En efecto, para el H. Tribunal es hecho inobjetable la existencia del Contrato de Trabajo, su relación de trabajo, el retiro definitivo del trabajador, la asignación devengada, hechos ocurridos en dos períodos de trabajo así: del 12 de mayo de 1951 al 3 de agosto de 1955 y del 17 de noviembre de 1956 al 6 de febrero de 1964, y una asignación última de $ 25.60 diarios, más una Prima de Navidad de $ 778.66, moneda corriente.

"Tanto la ley 6ª de 1945, artículo 17 letra a) y la ley 64 de 1946, artículo 9º, así como el Decreto 1160 de 1947 establecen como presupuesto para que ocurra la acreencia laboral de la cesantía los extremos de tiempo de servicios, retiro definitivo y salario devengado".

La Sala, para resolver, considera

Es sabido que la infracción de la ley por vía directa implica acuerdo entre el casacionista y el sentenciador en los supuestos fácticos del fallo y esta circunstancia no se reune respecto del que está **sub-judice**, pues, como quedó explicado al rechazar el cargo anterior, de lo que se trata es de saber si la primera petición de la demanda del juicio comprendía el auxilio de cesantía por tiempo excedente de servicio o solo el relativo al lapso de los 20 años por los cuales se le reconoció pensión de jubilación.

En consecuencia, se rechaza el cargo.

No sobra advertir empero que como el Tribunal advierte en su fallo que "el demandante puede tener derecho a una cesantía adicional, que no puede reconocerse porque no fue demandada, ni controvertida en el presente proceso" este punto no fue decidido en la presente litis.

Por razón de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia impugnada.

Sin costas por no haberse causado.

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

José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García B., José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

A TRABAJO IGUAL, SALARIO IGUAL

Esta Sala, en varias oportunidades se ha pronunciado sobre la interpretación del artículo 143 del C. S. T., la cual debe hacerse precisamente antes de aplicarlo en un caso concreto, para evitar que surta efectos respecto a una situación no regulada por él.

Se ha definido con claridad como no es posible que la norma mencionada pueda aplicarse en casos de reemplazo de un trabajador por otro, porque entonces ya no sería cumplir el principio "a trabajo igual salario igual" sino otro distinto, "a cargo o puesto igual salario igual", cambiando entonces el primer supuesto fundamental, la actividad humana libre de que trata el artículo 5º del C. S. T., por concepto diferente.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., marzo treinta (30) de mil novecientos setenta y uno (1971).

(Magistrado Ponente: Doctor Jorge Gaviria Salazar).

(Acta número 16).

El señor Pascual Alonso Fernández Acosta, demandó por conducto de apoderado, ante el Juzgado Municipal del Trabajo de Santa Marta, a la "Compañía Frutera de Sevilla", sociedad anónima domiciliada en Wilmington, Delaware, Estados Unidos de Norte América, "con fundamento legal y negocios permanentes en Colombia y sede de administración en Santa Marta", con el objeto de que previos los trámites correspondientes y por medio de sentencia, fuera condenada a pagarle:

"Primero. Reajuste a su justo valor de sus prestaciones sociales, esto es: Cesantía, primas y vacaciones pagadas por la sociedad demandada al demandante.

"Segundo. Reajuste también a su justo precio, el valor de la pensión de jubilación o pensión de vejez, que actualmente se le paga al demandante, teniendo en cuenta el salario en dólares o moneda americana, que se le pagaba por concepto de éste.

"Tercero. Pago de la diferencia de sus salarios, en el tiempo comprendido entre el día 27 de diciembre de 1961 al 30 de junio de 1964, que desempeñó o reemplazó al señor T. R. Kirk, en las funciones de Jefe del Departamento de Materiales; pues al paso que al señor T. R. Kirk, se le pagó mensualmente 550 dólares como sueldo básico y 30 dólares de prima mensual, al señor Pascual Alonso Fernández Acosta, simplemente se le pagó durante dicho período 397 dólares mensuales, únicamente.

"Cuarto. A pagarle a mi mandante el preaviso, el auxilio de cesantía definitivo, y en general, las prestaciones sociales completas, o sea, la diferencia entre las sumas de dinero que la empresa demandada pagó a mi poderdante por tales conceptos y la que ha debido pagarle conforme a la moneda en que se estipuló el pago de su salario en el Contrato de Trabajo que celebró con la empresa o sociedad demandada y el salario que ha debido pagársele, o sea, 550 dólares como sueldo básico y 30 dólares de prima mensual.

"Quinto. A pagarle a mi mandante el auxilio definitivo de cesantía que le corresponde, descontando del monto de éste, el valor de los auxilios parciales que le fueron pagados, en la moneda y cuantía en que estos auxilios parciales fueron pagados y tomando en cuenta el último sueldo o salario que ha debido pagársele, o sea 550 dólares como sueldo básico y 30 dólares de prima mensual.

"Sexto. A pagarle a mi cliente el valor de su Contrato Presuntivo de Trabajo, por cuanto fue retirado del servicio en forma unilateral, injusta e intempestivamente.

"Séptimo. Se le paguen los salarios caídos, o sea, el valor de un día de trabajo por cada día de retardo en el cumplimiento de las obligaciones patronales.

"Octavo. Se le paguen los perjuicios morales y materiales que le corresponden por haber sido retirado del trabajo en forma injusta y cuando se encontraba vigente su Contrato Presuntivo de Trabajo. Los perjuicios morales subjetivos los aprecio en la cantidad de dos mil pesos ($ 2.000.00) moneda legal colombiana.

"Noveno. Los intereses legales de la suma de dinero no pagadas oportunamente por concepto de salarios, primas, cesantía, vacaciones en dinero y en general, las prestaciones legales debidas.

"Décimo. Los perjuicios ocasionados por el hecho de no haberle pagado el salario en la moneda pactada y además haber dejado de pagarle el sueldo o salarios que le correspondían por haber prestado sus servicios como Jefe del Departamento de Materiales, en reemplazo del señor T. R. Kirk, a quien se le pagaron por sus servicios un sueldo básico de 550 dólares y 30 dólares mensuales por concepto de prima, en cambio a mi cliente solamente se le pagó por los mismos servicios y en el tiempo comprendido entre el 27 de diciembre de 1961 al 30 de junio de 1964, un salario o sueldo mensual, únicamente de 397 dólares.

"Décimo primero. Que se le paguen a mi cliente, las otras prestaciones sociales, salarios e indemnizaciones que resultaren probadas en el curso del juicio.

"Décimo segundo. Que se le reconozcan y paguen a mi cliente los aumentos en sus sueldos o salarios en la forma prevenida en el Decreto Ley número 0118 de 1957 (15%).

"Décimo tercero. Que se le pague la pensión de jubilación o pensión de vejez, en moneda americana y teniendo en cuenta el último sueldo o salario que ha debido pagársele esto es, 550 dólares básicos mensuales y 30 dólares también mensuales por concepto de prima.

"Décimo cuarto. Salario pactado completo, desde el día 1º de junio de 1957 hasta el primero (1º) de julio de mil novecientos sesenta y cuatro (1964), o sea la diferencia entre la suma de dinero que se le pagó por tal concepto y la que ha debido pagarle conforme al contrato de trabajo celebrado con la empresa demandada y teniendo en cuenta el último sueldo o salario que ha debido pagársele, esto es, de 550 dólares mensuales como salario básico y 30 dólares, también mensuales por concepto de prima; pues únicamente se le pagó en el tiempo comprendido entre el 27 de diciembre de 1961 y el 30 de junio de 1964, un salario o sueldo mensual de 397 dólares.

"Décimo quinto. Las costas del juicio, en caso de oposición de la parte demandada".

Como fundamento de sus pretensiones el demandante indicó los siguientes hechos:

"1º En virtud del Contrato de Trabajo entre Pascual Alonso Fernández Acosta y la sociedad demandada, mi cliente estuvo al servicio de ésta por un tiempo muy superior a los veinte (20) años, a tal extremo, que por ese tiempo de servicios la Compañía Frutera de Sevilla le reconoció una pensión de jubilación y que actualmente se le está pagando en moneda colombiana.

"2º La Compañía Frutera de Sevilla sustituyó a la Magdalena Fruit Company y ésta a la United Fruit Company, en forma tal, que a través de todas esas sustituciones se conservó o subsistió la identidad del establecimiento, es decir, que éste no sufrió variaciones esenciales en el giro de sus actividades o negocios.

"3º La Compañía Frutera de Sevilla, o sea la entidad demandada, la Magdalena Fruit Company y la United Fruit Company, constituyen una sola empresa, o más claramente son la misma empresa.

"4º La Compañía Frutera de Sevilla, tiene un capital mayor a los ochocientos mil pesos ($ 800.000.00) moneda legal colombiana.

"5º El señor Pascual Alonso Fernández Acosta, tiene más de cincuenta y cinco (55) años de edad.

"6º Pascual Alonso Fernández Acosta, mediante los correspondientes contratos de trabajo, prestó sus servicios a la Compañía Frutera de Sevilla y a las otras empresas mencionadas que fueron sustituídas por ésta, o sean, la Magdalena Fruit Company y la United Fruit Company, por un tiempo o conjunto total de más de veinte (20) años; así: empezó a trabajar con la United Fruit Company, el primero (1º) de marzo de mil novecientos veinte y dos (1922), siguió prestando sus servicios a la Magdalena Fruit Company y por último a la Compañía Frutera de Sevilla, hasta el día primero (1º) de julio de mil novecientos sesenta y cuatro (1964), en que fue retirado por la empresa o sociedad demandada, en forma unilateral, injusta e intempestivamente.

"7º El último salario devengado por el demandante fue de trescientos noventa y siete dólares, por mes.

"8º En virtud de contrato celebrado entre Pascual Alonso Fernández Acosta y la sociedad denominada Magdalena Fruit Company, domiciliada en esta ciudad, aquel prestó sus servicios a ésta, en forma ininterrumpida, desde el día 1º de marzo de 1922 hasta el día 1º de julio de mil novecientos sesenta y cuatro (1964); debo aclarar, que principió trabajando con la United Fruit Company, la cual fue sustituída por la Magdalena Fruit Company y ésta última por la Compañía Frutera de Sevilla; desempeñando como último cargo el de Jefe del Departamento de Materiales en la población de Sevilla (Municipio de Ciénaga), en reemplazo del señor T. R. Kirk y en virtud de circular que le dirigiere el señor J. M. Jones, Superintendente de Materiales.

"9º El señor Pascual Alonso Fernández Acosta, en virtud de circular emanada del Superintendente de Materiales señor J. M. Jones estuvo desempeñando las funciones de Jefe del Departamento de Materiales en la población de Sevilla (Ciénaga), en reemplazo del señor T. R. Kirk, desde el día 7 de diciembre de 1961 hasta el día 30 de junio de 1964; durante dicho tiempo devengó un sueldo mensual de 397 dólares; no se le pagó el sueldo o salario que devengó en el mismo cargo por un tiempo anterior el señor T. R. Kirk de 550 dólares, mensuales, más 30 dólares de prima, también mensuales. Siendo verdad, que las funciones desempeñadas por el demandante, fueron las mismas que desempeñó el señor T. R. Kirk.

"10. A partir del primero de septiembre de 1948 devengó un sueldo mensual de 200 dólares, que le fue aumentado a 250 dólares desde el 1º de febrero de 1950, se produjeron aumentos en sus sueldos y desde el 1º de abril de 1962 le fue aumentado a 370 dólares y por último, desde el 1º de julio de 1962 se le aumentó a 397 dólares, habiendo terminado devengando dicho sueldo el 1º de julio de 1964.

"11. Pero la verdad es, que la Compañía Frutera de Sevilla, en forma unilateral y aduciendo la necesidad de dar cumplimiento a disposiciones legales sobre régimen cambiario, dejó de pagar el salario de mi mandante en la moneda estipulada, o sea en dólares, desde el día primero (1º) de junio de 1957 hasta la fecha en que aquel dejó de prestar sus servicios a la empresa demandada o sea, hasta el día 1º de julio de 1964, pero que, en cambio, se efectuó en

la siguiente forma: desde el mes de julio de 1957 hasta el mes de marzo de 1958, con los "certificados de cambio" creados el Decreto Legislativo número 0107 de 1957; y desde el mes de abril de 1958 hasta el mes de julio de 1964, en moneda colombiana, convirtiendo el monto del salario en dólares devengado por mi mandante en moneda nacional, al tipo del certificado de cambio, que primeramente fue oscilante o variable, después del 6.10% y más tarde del 6.50%.

"12. Producido el retiro de mi mandante de la Compañía Frutera de Sevilla, ésta pagó a aquel el valor del preaviso y del auxilio definitivo de cesantía, en la forma que se expresa en el hecho 11 precedente, esto es, convirtiendo el monto del sueldo en dólares devengado por aquel en moneda nacional, a la tasa de cambio del "certificado de cambio", o sea a la tasa del 6.50%.

"13. Durante el período comprendido entre el mes de junio de 1957 y el mes de julio de 1964, y aun desde este último mes hasta la fecha la Compañía Frutera de Sevilla pagó y está pagando en dólares partes del salario 60% de los trabajadores extranjeros y de algunos nacionales.

"14. Una vez terminado el Contrato de Trabajo celebrado con la compañía Frutera de Sevilla, Pascual Alonso Fernández Acosta, ha tenido conocimiento que la empresa demandada ha debido pagarle su salario en dólares, como estaba pactado, durante el lapso comprendido entre el mes de junio de 1957 y el mes de julio de 1964, a causa de que ninguna disposición legal impidió a dicha empresa el cumplimiento de esa obligación contractual.

"15. Mi cliente cumplió todas las obligaciones estipuladas en sus contratos de trabajo, siendo un trabajador ejemplar, honesto y respetuoso con sus superiores y compañeros de trabajo. Su contrato de trabajo con la Compañía Frutera de Sevilla, se terminó sin culpa de mi cliente, ya que el no dio motivos legales para ello.

"16. Siendo verdad que mi cliente desempeñó las funciones de Jefe del Departamento de Materiales en Sevilla de la Compañía Frutera de Sevilla, en reemplazo del señor T. R. Kirk, entre el 27 de diciembre de 1961 al 30 de junio de 1964, ha debido pagársele el sueldo que el señor T. R. Kirk devengó cuando desempeñó dichas funciones; esto es: 550 dólares de salario o sueldo básico mensual y 30 dólares, también mensuales, por concepto de prima y no como se hizo con mi cliente, a quien solamente se le pagó por sus servicios como Jefe del Departamento de Materiales en dicho tiempo (27 de diciembre de 1961 al 30 de junio de 1964), la suma de 397 dólares mensuales, por salario o sueldo.

"17. Por otra parte, las prestaciones sociales y demás indemnizaciones legales que se reclaman por este libelo de demanda han debido pagarse con base en el sueldo de 550 dólares, mensuales como salario básico y 30 dólares, también mensuales, por concepto de prima. Por lo tanto se imponen el reajuste del pago de dichas prestaciones e indemnizaciones, tomando en cuenta este salario".

En derecho citó como normas aplicables las que a continuación se expresan:

"Decreto 2350 de 1944; Ley 6ª de 1945; Decreto 2127 de 1945; Leyes 64 y 65 de 1946; Decreto 2158 de 1948, artículos 22, 23, 27, 25, 28, 32, 33, 37, 43, 44, 45, 48, 49, 55, 56, 57, 58, 59, 61, 63, 64, 65, 66, 68, 69, 127 y ss. 198, 262, 264, 67, 70, 50, 74 a 81, 135 del C. Sustantivo del Trabajo y demás disposiciones pertinentes de este Código. La tramitación de este juicio se hará de acuerdo con el C. Procesal del Trabajo, Leyes 77 de 1959 y 171 de 1961 y Decreto Reglamentario número 1611 de 1962, artículos 186 y ss., 193 y ss., 249 y ss., 306 y ss., 326 y ss., también del Código Sustantivo del Trabajo y en general las disposiciones pertinentes de este Código. Decreto 107 de 1957; Decreto 60 de 1958; Ley 1ª de 1959. Resolución número 19 de 29 de noviembre de 1957 del Banco de la República. Decreto Ley 1372 de 1955; Ley 16 de 1936. Artículos 1602, 1603, 1614, 2341 a 2360 del Código Civil Colombiano; también artículo 1517 del C. Civil. Artículos 574 y 575 del C. Judicial Co-

lombiano. También art. 143 del C. Sustantivo del Trabajo".

El libelo fue contestado oportunamente por el apoderado de la Sociedad, quien refiriéndose a los hechos de aquel, expresó:

"1º No es cierto, pues su contrato de trabajo fue celebrado inicialmente con la Magdalena Fruit Co. y continuó con la Compañía Frutera de Sevilla. Si se le concedió pensión de jubilación desde el 1º de julio por la suma de $ 2.990.34 mensuales.

"2º Niego este hecho.

"3º Niego este hecho.

"4º. Sí es cierto.

"5º Sí es cierto.

"6º Niego este hecho, aunque sí prestó servicios a la Magdalena Fruit Co. y Cía. Frutera de Sevilla por un término superior a veinte años, a partir del 11 de julio de 1934.

"7º Sí es cierto en los últimos dos años, y se le pagaron y los recibió convertidos a moneda nacional colombiana a tipo de cambio oficial.

"8º Niego este hecho.

"9º Niego este hecho.

"10. No me consta todo este hecho.

"11. No es cierto, pues el pago se le hizo y lo recibió a tipo de cambio oficial con el absoluto y permanente consentimiento del demandante.

"12. El pago se le hizo convirtiendo los dólares a moneda nacional, al tipo oficial de cambio, como se cumplió durante la vigencia del contrato con el asentimiento del actor.

"13. No me consta.

"14. Niego este hecho, pues aun en el supuesto de ser cierto, el desconocimiento de la ley es culposo e inexcusable, ya que todos estamos obligados a conocerla, y su ignorancia solo puede perjudicar al que la padece, según disposición positiva de carácter universal y también local colombiana.

"15. El demandante fue un empleado consagrado al cumplimiento de su oficio, pero su retiro se efectuó en forma legal.

"16. Lo que aquí se consigna es una falsa interpretación de la conducta de la Compañía Frutera de Sevilla, hecha a su acomodo por el demandante, e implica una cuestión de derecho sin fundamento alguno.

"17. Es esta cuestión, que con este hecho se plantea, igual que la anterior, de índole jurídica, y falsa en todo sentido".

Negó el derecho invocado por el actor, propuso las excepciones de pago y prescripción y expuso algunos hechos y razones en defensa de la empresa demandada (folios 27 a 32 del cuaderno principal).

Tramitado el juicio en legal forma, el Juzgado le puso fin a la primera instancia, en sentencia de fecha 26 de octubre de 1967, en la cual dispuso:

"1º Condénase a la Compañía Frutera de Sevilla, sociedad anónima domiciliada en Wilmington, Delaware, Estados Unidos de Norte América y con fundamento legal y negocios permanentes en Colombia y sede principal de administración en Santa Marta, a pagar al señor Pascual Alonso Fernández Acosta, lo que a continuación se expresa:

a) Pensión de jubilación de tres mil pesos ($ 3.000.00) mensuales, a partir del primero (1º) de julio de mil novecientos sesenta y cuatro (1964) hasta el veintidós (22) de septiembre de mil novecientos sesenta y siete (1967) y de tres mil ciento cincuenta pesos ($ 3.150.00) mensuales, a partir del veintitrés (23) de septiembre de mil novecientos sesenta y siete (1967). Parágrafo. Como la Compañía Frutera de Sevilla, viene pagando desde el 1º de julio de 1964, una pensión plena de dos mil novecientos noventa pesos 34/100 ($ 2.990.34), debe a su trabajador la suma de nueve pe-

sos 66/100 ($ 9.66) m. l. mensuales, desde esa fecha hasta el veintidós (22) de septiembre de mil novecientos sesenta y siete (1967), en que debe comenzar a pagar la pensión de tres mil ciento cincuenta pesos ($ 3.150.00) mensualmente ordenada por la ley 7ª de 1967, mejor dicho aumentada en virtud de esa disposición, en su artículo 1º literal H). Esta ley es de marzo 22.

b) Por diferencia de salario en razón del cargo desempeñado la suma de cuatro mil ochocientos treinta y un dólares 98/100 (US$ 4.831.98).

c) Por reajuste de auxilio de cesantía y mayor excedencia de la liquidada por la Compañía la suma de veintiocho mil doscientos diez y nueve pesos con 56/100 ($ 28.219.56) m. l.

d) Por reajuste de vacaciones, la suma de tres mil cincuenta y tres pesos 88/100 ($ 3.053.88) m. l.

d) Por reajuste de preaviso, la suma de dos mil doscientos noventa pesos 41/100 ($ 2.290.41) m. l.

e) Por reajuste de prima la suma de dos mil doscientos noventa pesos 41/100 ($ 2.290.41) m. l.

2º Declararse probada la excepción de pago parcial.

3º Declárase que no hubo prescripción porque esta fué interrumpida oportunamente para el reclamo relacionado con el salario devengado por Pascual Alonso Fernández Acosta y el señor T. R. Kirk, o sea la diferencia entre lo devengado por el uno y por el otro, desempeñando ambos el mismo cargo.

4º Declararse prescritas todas las demás acciones tendientes a reclamar los otros derechos incoados en la demanda que nacieron a la vida jurídica con anterioridad al 2 de julio de 1953, por haberse solamente interrumpido esta con la notificación de la demanda.

5º Absuélvese a la Compañía Frutera de Sevilla de los demás cargos impetrados en el libelo de demanda, costas a cargo de la parte demandada".

El fallo anterior fue apelado por los apoderados de las partes y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, al resolver el recurso, lo confirmo según providencia de 10 de mayo de 1968.

Contra la resolución del Tribunal los apoderados de ambas partes, interpusieron recurso extraordinario de casación que el sentenciador concedió. La Corte a su vez, admitió el doble recurso que se sustentó y replicó en tiempo, por los interesados.

Se procederá, en primer término a estudiar el recurso de la empresa demandada, ya que con él se pretende la casación de la sentencia de segunda instancia en cuanto por ella se profirieron condenas contra la sociedad.

Recurso de la Compañía Frutera de Sevilla

Con apoyo en la causal primera de casación se formulan tres cargos contra la sentencia del Tribunal de Santa Marta, de los cuales el segundo se presenta como subsidiario y la Sala procede a estudiarlos:

Primer cargo

Está formulado de la siguiente manera:

"La sentencia viola, por vía directa, los artículos 57-4, 74-2 y 143 del C. S. T., en relación con los artículos 16, 55, 132, 135 ibídem, por aplicación indebida, y como consecuencia, también por aplicación indebida, los artículos 48, 186, 189, 192, 249, 253, 256, 259, 260, 266 y 306 de dicho Código, 6º y 9º de la ley 171 de 1961 y 1º de la ley 7ª de 1967".

En la contestación del cargo dice el recurrente que el Tribunal da por probado, y ya en casación no puede discutirse, que el actor a partir del 17 de diciembre de 1961, "pasó a ocupar el puesto que desempeñaba el señor T. R. Kirk "hasta antes de esa fecha", y "desde entonces desempeñó las mis-

mas funciones" que antes desempeñaba el extranjero, lo cual le basta para concluir "por consiguiente el salario debió ser igual de acuerdo con el artículo 143 del C. S. T.". De allí la confirmación de la condena al pago de US$ 4.831.98 dólares.

Admite pues, el Tribunal continúa el recurrente, que los servicios del nacional y el extranjero no fueron coetáneos sino prestatados en épocas distintas, y no tiene establecido en el proceso que también "la jornada y condiciones de eficiencia" de ambos trabajadores hayan sido iguales. La aplicación de las normas niveladoras a un caso no regulado por ella es, por tanto, indebida.

Dice, en seguida, que la doctrina y la jurisprudencia universales y el texto inequívoco de los artículos 74-2 y 143 C. S. T., exigen la coetaneidad de los servicios de nacionales y extranjeros cuyos salarios deben ser iguales. Expresa que dada la inestabilidad peculiar de las condiciones económicas y de los fenómenos monetarios, habría sido absurdo que la ley ordenara nivelar el salario estipulado por el nacional en cierto lapso con el que, en épocas anteriores, devengara en el mismo cargo cualquier otro trabajador nacional o extranjero, cuando el valor de la moneda, el costo de la vida, la situación financiera de la empresa y la costumbre salarial pudieran ser completamente diferentes y es por esto que la disposición legal habla en presente.

Continúa el acusador manifestando que solo podría dispensarse el requisito "Coetaneidad", si la cuantía del salario estipulado con el nacional o con el extranjero, fuere inmodificable, pero que esta hipótesis no es cierta por cuanto el artículo 132 del C. S. T., consagra al contrario la más completa libertad de estipulación salarial, por encima del mínimo, en cuya virtud es lícito cualquier pacto posterior que disminuya la cuantía inicial, sin afectar dicho mínimo y el cual se presume por la sola aceptación de su disminución durante varios pagos, sin protesta del trabajador, en razón del principio de la buena fe (artículo 55).

Además, dice que aún tratándose de servicios simultáneos, las normas sobre nivelación no se reducen a exigir la igualdad de "puesto" o de "funciones", sino que agregan la de "jornada" y "condiciones de eficiencia" y el Tribunal no da por establecidas esas dos últimas circunstancias, a pesar de lo cual aplica tales normas.

Para terminar el cargo dice que el Tribunal acepta como hecho inconcluso, y lo es, que en los últimos siete años ni el actor, ni ninguno de sus compañeros de trabajo, nacionales o extranjeros, recibió en dólares los salarios convenidos inicialmente en esa moneda, sino en pesos, por conversión de aquellos al tipo de cambio de los certificados. No obstante esa modalidad de pago, agrega, incorporada a los contratos por la reiterada aceptación de los asalariados durante el lapso indicado y refrendada por la propia sentencia al confirmar en moneda colombiana las condenas que hizo "resulta inoperante para la referente a salarios que se ordena pagar en dólares, lo cual implica también, por este aspecto, aplicación indebida de los preceptos niveladores comentados.

El opositor, a su vez, hace un análisis de los artículos 74-2 y 143 del C. S. T.; explica cuál es la letra y el espíritu del primero, afirmando como conclusión que no ha sido aplicado indebidamente.

Dice luego que los soportes de la sentencia en cuanto al reajuste de salario "está constituído por el artículo 74 ordinal 2º del C. S. T., norma legal que le otorga el derecho a Pascual Alonso Fernández Acosta nacional colombiano a devengar el mismo salario del señor extranjero T. R. Kirk" pero agrega: "a pesar de lo anterior también me referiré a algunos argumentos en contra de la acusación formulada por indebida aplicación del artículo 143 del C. S. T.".

Termina la réplica, así: "los anteriores argumentos son suficientes para que se deseche el cargo en cuanto a aplicación indebida del artículo 143 del C. S. T. pues precisamente como ya dije esta es la norma que regula los hechos en litigio y la única que podría aplicar el sentenciador para dirimir esta litis".

La Corte considera

La sentencia objeto del recurso, se limita en su parte considerativa a precisar lo que solicita el actor, indicando luego qué dijo sobre las peticiones y los hechos del libelo la parte demandada, para después referir qué pruebas se practicaron y en seguida hacer breves consideraciones para entrar a verificar los mismos reajustes de salarios, prestaciones e indemnizaciones en favor de Pascual Alonso Fernández, qué hizo el a-quo, confirmando por tanto la sentencia de primer grado.

Los reajustes de pensión de jubilación, salario, vacaciones causadas y no disfrutadas, preaviso, prima y cesantía por el mayor valor de esta en cuanto a la liquidación hecha por la empresa, tienen su origen en la diferencia de sueldos entre el demandante y el señor T. R. Kirk, que el sentenciador encontró injustificado nivelándolos en consecuencia.

Para esta nivelación, el Tribunal dio como soporte a su sentencia lo dispuesto por el artículo 143 del C. S. T., que dice:

"A trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual comprendiendo en este todos los elementos a que se refiere el artículo 187".

"No pueden establecerse diferencias en el salario por razones de edad, sexo, nacionalidad, raza, religión, opinión política o actividades sindicales".

El sentenciador solo menciona en su fallo esta norma y así, dice:

"Diferencia de salario por cargo desempeñado

"De las declaraciones de los testigos señores Brito Narváez y Noel; de la inspección ocular y del dictamen del perito doctor José Alfonso Illidge que tradujo la comunicación del señor J. M. John para el señor Fernández, se desprende que éste desempeñó las mismas funciones que ejecutaba el señor T. R. Kirk, por haber sido encargado por el del Departamento de Materiales y suministros, desempeñado por el citado señor Jones, es decir que el trabajo que venía haciendo el señor Kirk continuó haciéndolo el señor Fernández, por consiguiente, **el salario debió ser igual de acuerdo con el artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo".**

Y, al terminar este capítulo dice el Tribunal:

"Este reajuste se funda en el mencionado artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo".

Se encuentra pues la Corte, ante la aplicación del principio "a trabajo igual salario igual" que abarca a todo trabajador ya sea nacional o extranjero, y que es distinto por lo genérico al del artículo 74, ordinal 2º que otorga derecho a los trabajadores nacionales que desempeñen iguales funciones que los extranjeros a una misma empresa o establecimiento a exigir remuneración y condiciones iguales al de estos pero que en la demanda no se invocó como hecho generador de las pretensiones, ni en la sentencia acusada fue materia de análisis ni tampoco de aplicación.

Esta Sala, en varias oportunidades se ha pronunciado sobre la interpretación del artículo 143 del C. S. T., la cual debe hacerse precisamente antes de aplicarlo en un caso concreto, para evitar que surta efectos respecto a una situación no regulada por él.

Se ha definido con claridad cómo no es posible que la norma mencionada pueda aplicarse en casos de reemplazo de un trabajador por otro, porque entonces ya no sería cumplir el principio "a trabajo igual salario igual" sino otro distinto, "a cargo o puesto igual salario igual", cambiando entonces el primer supuesto fundamental, la actividad humana libre de que trata el artículo 5º del C. S. T., por concepto diferente.

En sentencia dictada el 15 de abril de 1968 en el juicio de Hermógenes Mendoza Rodríguez contra Puertos de Colombia, dijo la Sala:

"Esta base jurídica en cuya virtud el sentenciador niega la nivelación de salarios solicitada, es incuestionable. Los artículos que invoca dicen relación exclusivamente a los trabajadores que en forma simultánea desempeñan la misma labor, con igual jornada de trabajo y con idéntica eficiencia y no puede referirse a quien sucede a un trabajador en un cargo. Terminada la relación de servicio del primero (bien por contrato de trabajo o ya por vínculo de derecho público), el sucesor de éste recibe la remuneración fijada o convenida, sin derecho a invocar en su favor aquella norma para exigir que se le pague el mismo salario de su antecesor en el cargo. Lo que ella busca es que se guarde la equidad, de tal manera que quienes al mismo tiempo desempeñan labores idénticas, con igual tiempo de trabajo y similar eficacia, no reciben remuneraciones diferentes, produciéndose un desequilibrio salarial injustificado.

Pero, terminado un contrato de trabajo o salido del cargo un empleado oficial, el patrono o la administración pueden a su arbitrio acordar una remuneración menor al que entra a reemplazar al trabajador saliente, sin quebrantamiento del artículo 143 del Código o el 5º de la Ley 6ª de 1945, y con la sola limitación de guardar el salario mínimo legal correspondiente. Si así no fuera habría que llegar a esta conclusión absurda: el reemplazado podría solicitar reajuste de salario, cuando al que lo sucede se le fija uno mayor que el disfrutado por aquel, lo que implicaría que todo aumento de remuneración cobijaría no solo a los actuales trabajadores, sino también a los que desempeñaban la misma labor, con igual tiempo y eficacia, en el pasado. Y como esta interpretación es a todas luces inaceptable, lo es también la que pretende el recurrente".

En forma nítida se ve como las normas positivas señaladas por el recurrente en este cargo fueron violadas por aplicación indebida y que la infracción ocurrió precisamente porque el sentenciador aceptó, que a la disposición del artículo 143 había que darle operancia aún en el supuesto de reemplazo de un asalariado por otro, es decir cambiar los términos mismos del principio contenido en la norma.

Esta violación del artículo 143, aparejó las de los demás enunciados, y por tanto el cargo prospera sin que sea necesario estudiar el segundo, que se formuló como subsidiario, y persigue los mismos fines.

Tercer cargo

Está formulado así:

"La sentencia viola, por vía directa, los artículos 16 del C. S. T., por falta de aplicación y 12 de la Ley 6ª de 1945, 1º y 2º de la Ley 65 de 1946, 194, 249, 253, 256, 260 y 265 del C. S. T. y 9º de la Ley 171 de 1961, por aplicación indebida".

En el desarrollo del ataque, dice el acusador que la liquidación de la cesantía por el excedente de los primeros veinte años de servicio es totalmente equivocada lo que entraña una indebida aplicación de las normas reguladoras de esa prestación y desconocimiento del artículo 16 del C. S. T. Dice que según la sentencia la empresa le computó al actor 30 años de servicio, por lo cual le reconoció, además de la pensión 10 años de cesantía, pero no le computó los 7 años y 7 meses que había servido antes a la "Unit Fruit Co. (1º de agosto de 1923 a 28 de febrero de 1931) omisión que justifica la condena por cesantía adicional fuera del reajuste proveniente de la nivelación con Kirk. Agrega el impugnador que quedan por examinar la inclusión del tiempo de servicio a una sociedad distinta a la demandada en el juicio, y la incidencia, sobre ese tiempo, de los diversos aumentos salariales del actor.

En cuanto a lo primero expone; el sentenciador acepta que la relación de trabajo inicial se trabó con la "Unit Fruit Company", persona jurídica distinta a la Compañía Frutera de Sevilla, y que se concluyó y liquidó el 28 de febrero de 1931, antes de que se dictara la ley 6ª de 1945, sobre jubilación de los empleados particulares, y aun la 10 de 1934, sobre cesantía de los mismos.

Dice el recurrente luego, que la aplicación de esas normas posteriores, y con mayor razón de las del Código de 1950 y de

las leyes 171 de 1961 y 7ª de 1957 a un contrato de trabajo que no estaba "vigente o en curso en el momento en que muchas normas entraron a regir", vale decir "a situaciones definidas y consumadas conforme a leyes anteriores", implica la violación flagrante del artículo 16 que la prohibe en desarrollo de la Constitución Nacional.

Sigue diciendo el acusador que la aparente retroactividad del artículo 260 C. S. T., solo se entiende sin detrimento de la Carta, armonizándola con los artículos 67 y 194 ibídem, sobre sustitución de patronos y unidad de empresa, porque entonces se revela como simple "retrospectividad", que si es lícita.

Respecto a la segunda cuestión, dice el casacionista que siempre la Sala encontrará violados por aplicación indebida, los preceptos sustanciales invocados en el cargo, reguladores de la cesantía por el tiempo excedente de los primeros años de servicio, porque, si como lo declara el sentenciador, aquel en el sub-lite fue de diez y siete años siete meses y la empresa computó y pagó el auxilio de 10, solo faltarían 7 años y 7 meses y no 7 años y 9 meses a que se refiere la condena.

El nuevo cómputo dice el recurrente debería remontarse al "1º de diciembre de 1946 y no al "1º de octubre de 1946" y tampoco podría liquidarse todo el lapso con base en el salario aumentado a US$ 397.00, desde el 1º de julio de 1962, posterior a la congelación de junio de 1957, sino con aplicación a la retroactividad trienal de cada aumento, anterior a la referida congelación.

El cargo termina con el siguiente concepto del acusador:

"No cabe atribuir a errores de hecho las mencionadas equivocaciones del sentenciador; pues partiendo de todos los hechos que él admite como probados, en cuanto al tiempo y los salarios computables, lo que ocurrió fue que no supo aplicarles a esos hechos las normas pertinentes".

El opositor critica el cargo, el cual según él contiene dos motivos distintos de casación. Es en realidad doble dice y ha debido dividirse tal como lo exige la técnica del recurso.

Para el caso de que el defecto de técnica no tenga consecuencias, el replicante dice como no se pudo infringir el artículo 16 del C. S. T. y cita al efecto jurisprudencia de la Corte, en la cual se ha definido la unidad empresarial de la United Fruit Company, de la Magdalena Fruit Company y de la Frutera de Sevilla.

Respecto a la incidencia de la liquidación de cesantía por un tiempo mayor y concretamente a los errores anotados por el recurrente, dice el opositor: "tal vez el sentenciador pudo haber incurrido en algún error de hecho en la apreciación de alguna prueba y por este error aplica indebidamente los artículos 253 y 256 del C. S. T., pero como el recurrente no plantea este cargo, sino que lo hace consistir en una violación directa, por aplicación indebida, es decir, sin que se pueda tener en cuenta el aspecto fáctico de la cuestión, esto nos indica a mi modo de ver que el cargo ha sido mal planteado y que no existe aplicación indebida de los artículos 249, 253, y 256 del C. S. T. pues precisamente el sentenciador aplicó estas normas que son las que regulan la liquidación del auxilio de cesantía".

La Corte considera

Pretende el acusador con este cargo, el quebrantamiento de la sentencia objeto del recurso, en cuanto por ella se condenó a la compañía Frutera de Sevilla a pagar a Pascual Alonso Fernández Acosta, una suma superior a la que le canceló por cesantía, en razón de un tiempo mayor del que debe tenerse en cuenta para la liquidación de este derecho, según el sentenciador.

Dijo el Tribunal

"La demandada le liquidó al actor, auxilio de cesantía correspondiente al tiempo comprendido entre el 1º de julio de 1954 al 30 de junio de 1964, sin tener en cuenta el tiempo trabajado en la Unit Fruit Company, como el demandante señor Fernández

cumplió los veinte años de servicio el 30 de septiembre de 1964 la cesantía ha debido pagársele a partir del 1º de octubre de 1946 y no desde el 1º de julio de 1954. Le debe por este concepto la cesantía correspondiente a 7 años y 9 meses". Con esta motivación y tomando el mismo guarismo del Juzgado el ad-quem confirma lo resuelto por aquel. Debe tenerse en cuenta que lo confirmado no se refiere exclusivamente a un tiempo mayor de servicio, sino también a un mayor sueldo para liquidar la cesantía que hizo la empresa al demandante, cuestión esta última ya resuelta al estudiar el cargo anterior.

Estima el acusador que como el Tribunal acepta una vinculación de Fernández con la Unit Fruit Company, y esta empresa es distinta de la demandada, con la circunstancia que el contrato terminó el 28 de febrero de 1931, se dio efecto retroactivo a las leyes 10 de 1934 —sobre cesantía de los empleados particulares—, a la 6ª de 1945, sobre jubilación de los mismos e igualmente al Código de 1950 y a las leyes 171 de 1961 y 7º de 1967, por lo cual se violó flagrantemente el artículo 16 del C. S. T., que la prohibe en desarrollo de la propia Constitución Nacional.

El planteamiento anterior parte de una base falsa pues se deconoce por el impugnador el fenómeno contemplado por el fallador de instancia.

Estando Fernández al servicio de la Frutera de Sevilla se encontraba vigente el artículo 260 del C. S. T., que consagra el derecho a jubilación por los primeros veinte años de servicio, continuos o discontinuos, en una misma empresa lo que genera este lapso de tiempo es el derecho a jubilación y no al de cesantía.

El tiempo excedente se toma en cuenta para liquidar esta última prestación.

De otra parte, no se trata de prestación de servicios en empresas distintas. La Unit Fruit Company y la Frutera de Sevilla, constituyen con la Magdalena Fruit Company, una misma empresa, y así lo expresó el Tribunal, sin que este soporte del fallo hubiera sido materia de acusación.

Dijo el ad-quem

"Por las declaraciones de los testigos mencionados se llega a la conclusión de que la Unit Fruit Company, la Magdalena Fruit Company y la Compañía Frutera de Sevilla, forman una sola Empresa (Subraya la Sala) porque se dedicaron a la misma actividad comercial como el cultivo y exportación de bananos" (folio 39, cuaderno número 2).

Si se está en presencia de una misma empresa, aunque haya tenido tres denominaciones, entonces no se ha dado a la ley efecto retroactivo, sino que disposiciones dictadas con posterioridad, estando el actor al servicio de aquella, han tenido respecto a él efecto retrospectivo.

Esta conclusión la acepta el mismo casacionista, quien dice:

"La aparente retroactividad del art. 260 ("servicios ... discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este código") solo se entiende sin detrimento de la carta armonizándola con los artículos 67 y 194 del mismo código, sobre sustitución de patronos y unidad de empresa, porque entonces se revela como simple "retrospectividad", que sí es lícita; pues la prolongación del contrato, en virtud de la sustitución, o la identidad del sujeto pasivo de la obligación ("una misma persona natural o jurídica") en el caso de la unidad de empresa, permiten "retrover", mirar hacia atrás, servicios anteriores a la ley como factor del hecho, necesariamente posterior a ella, que genera la nueva prestación: El retiro del servicio, después de completar veinte años de labor (continuos o discontinuos) en la misma empresa, y a condición de que el beneficiario, además tenga cumplida o alcance a cumplir la edad requerida".

No se violó, pues, por este aspecto el artículo 16 C. S. T., ni las demás disposiciones indicadas por el recurrente como aplicadas en forma indebida.

El impugnador hace otras censuras al fallo que se refieren, según él, a varios errores en ella contenidos así: que el tiempo de servicio de Fernández a la Compañía Frutera de Sevilla, fue de 17 años 7 meses, y si la demandada, reconoció 10 años de cesantía al actor la condena no puede ascender a la cesantía correspondiente a 7 años y nueve meses. b) El cómputo para la cesantía se hace a partir del 1º de octubre de 1946, cuando lo correcto es que se verifique desde el 1º de diciembre del mismo año, y c) Toda la liquidación se hace con base en el salario aumentado a US$ 397.00 desde el 1º de julio de 1962 y aquella debe verificarse con aplicación a la retroactividad trienal de cada aumento anterior a la congelación de junio de 1957.

Sobre el primer error que anota el recurrente, debe precisarse que él es aparente, por cuanto lo que hizo el Tribunal fue confirmar lo resuelto por el Juzgado, y en el fallo de éste está claramente indicado que el tiempo por el cual condenó a pagar cesantía a la Frutera de Sevilla fue el comprendido entre el 1º de octubre de 1946 y el 30 de junio de 1964, es decir 17 años, 9 meses.

En relación al segundo, o sea que en vez de tomar el tiempo de cesantía excedente desde el 1º de octubre de 1946, él se verifique desde el 1º de diciembre del mismo año, es una mera opinión del recurrente que no implica de por sí indebida aplicación de la ley.

Igual cosa sucede respecto a la forma como cree el casacionista que se verificó la liquidación de cesantía excedente. Es también una opinión suya que no comporta por esa razón indebida aplicación de la ley.

El cargo en consecuencia no prospera.

Recurso del trabajador

Plantea dentro de la causal primera de casación (artículo 60 D. L. 528 de 1964 un único cargo, el que fundamenta "en que la sentencia acusada violó por vía directa el inciso 1º del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo".

Dice el casacionista que a dicha infracción llegó el sentenciador como consecuencia de haber dejado de aplicar al caso de autos la referida norma legal "cuando debió aplicarla".

Luego, en el capítulo "alcance de la impugnación", dice que persigue la casación parcial, de la sentencia recurrida, en cuanto confirmó, en su parte resolutiva el ordenamiento 5º de la sentencia de primera instancia, por medio de la cual se absolvió a la parte demandada, entre otros cargos, de los salarios caídos impetrados en el petitum séptimo de la demanda, y que en su lugar, reforme el citado ordenamiento 5º, en el sentido de condenar a la parte demandada a pagarle también al actor la indemnización por la mora en el pago de lo debido, prevista en el inciso 1º del artículo 65 del C. S. T.

En la demostración del cargo comenta las dos sentencias recaídas en el juicio y dice que no se impuso indemnización moratoria a la empresa por considerarla exenta de mala fe, mas lo cierto y evidente es que no obra en el expediente ninguna prueba que acredite "la buena fe", y sí plenamente demostrado que la demandada no le pagó a Fernández la totalidad de los salarios y prestaciones sociales que le adeudaba, y que procedió de mala fe al liquidar el auxilio de cesantía excedente puesto que sin razón alguna omitió computar para ello, la totalidad del tiempo de servicios. Termina diciendo que estas circunstancias "generan la aplicación de la sanción prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, ya que se trata de derechos ciertos, claros que no fueron controvertidos en el juicio por la parte demandada".

A este libelo replicó el apoderado de la empresa, observando que como el sentenciador para no aplicar el artículo 65 arguye que la entidad "Ha demostrado proceder de buena fe al liquidar las prestaciones sociales del trabajador", es obvio que la acusación solo sería viable a través del análisis que acredite lo contrario, cuestión esta que no se compadece con la formulación del cargo "por vía directa", que implica absoluta prescindencia del haz probatorio, concluyendo entonces que el ataque es inane.

Consideraciones de la Corte

Al comparar el cargo formulado por el apoderado del trabajador recurrente, con la sentencia objeto de la impugnación observa la Sala que el acusador no comparte el hecho fundamental en que se apoya aquella para absolver a la empresa de la petición de condena a indemnización moratoria.

Para el Tribunal existió por parte de la sociedad "buena fe", y por esto se la exonera de la sanción. Para el recurrente por el contrario, existió por parte de la Frutera de Sevilla, "mala fe" y por tanto, ha debido ser condenada a la indemnización.

La buena y la mala fe, se demuestran o son producto de hechos que las relievan, por tanto, la acusación por la vía directa es inadmisible, ya que ella presume el acuerdo o no discusión de hechos probados en el sub-lite.

El recurrente equivocó la vía de su acusación, y en consecuencia el cargo se desestima.

Consideraciones de instancia

1º Está demostrado con la confesión de que trata el hecho 1º de la demanda (folio 4 cuaderno principal), y con la diligencia de inspección ocular, folio 65 del mismo cuaderno, que Pascual Alonso Fernández, viene disfrutando de pensión de jubilación plena, que le paga la Compañía Frutera de Sevilla, desde el 1º de julio de 1965.

2º También se acreditó en el plenario que al actor, a la terminación de su contrato le fueron pagadas por la empresa vacaciones de cuatro turnos, causadas y no disfrutadas, para lo cual le compensó en dinero el equivalente a 60 días de salario, a razón de US$ 397.00 mensual y liquidado el dólar al tipo de cambio de 9.98% (folio 14, 37, cuaderno principal).

3º Con los mismos documentos se demostró el pago a Fernández de preaviso de 45 días liquidado a razón de US$ 397.00 y el dólar al tipo de cambio de 9.98%.

4º En la inspección ocular (folio 71) quedó probado que el demandante recibió de la Compañía Frutera de Sevilla las primas de servicio de los dos semestres de 1963 y del primero de 1964, liquidadas también con base en un sueldo de US$ 397.00 al tipo de cambio del dólar de 9.98%.

5º Respecto a cesantía, se condenó tanto por reajuste de la liquidación hecha por la empresa, en razón de la nivelación de salarios entre los dos trabajadores —Kirk y Fernández—, como por tiempo mayor de servicio que no tuvo en cuenta la Frutera de Sevilla para realizarla.

Como en la sentencia de primera instancia no se hacen las operaciones aritméticas que indiquen el valor de cada uno de estos extremos procederá la Corte a determinarlos.

De acuerdo con el artículo 253 del C. S. T. y del Decreto Extraordinario 0118 de 1957, la liquidación correcta, teniendo en cuenta los diversos salarios reales que devengó Fernández y la fecha de cada aumento es la suma de US$ 5.703.74.

Se ve pues, como el a-quo al hacer la liquidación tomó en cuenta salarios mayores y por tanto aumentó la liquidación verificada por la empresa.

Por este extremo, la sentencia debe ser modificada.

6º Las prestaciones y el preaviso mencionados antes, fueron reajustados al hacer la nivelación del salario entre el demandante y el señor T. R. Kirk, quien devengaba US$ 550.00 y a quien reemplazó Fernández.

7º Al decretar la anterior nivelación, se condenó a la Compañía Frutera de Sevilla a pagar también al actor por diferencia de salario con Kirk la suma de US$ 4.831.98.

8º Las funciones que desempeñaron T. R. Kirk y Pascual Alonso Fernández no fueron simultáneas, sino sucesivas, y por tanto, en el caso de estos dos trabajadores no opera el artículo 143 del C. S. T. que fue

aplicado en el sub-lite, al aceptar el a-quo que el último desempeñó las mismas funciones del primero con la misma autoridad (folio 139, del cuaderno principal).

9º Tampoco hubiera podido aplicarse el numeral 2º del artículo 74 ibídem, pues la protección que otorga la ley a los trabajadores nacionales, consistente en la garantía de disfrutar de las mismas condiciones e igual salario del trabajador extranjero, suponen la coexistencia en el tiempo de unos y otros si así no fuera, se estaría asignando remuneración a un cargo y no a una función, y además se estaría desconociendo la libertad de contratación y estipulación de salario que hoy es predominante en el sistema laboral colombiano y que solo tiene un límite en cuanto a una de sus condiciones: el salario, que no puede pactarse con violación del mínimo legal.

10. No se pueden señalar límites distintos a los legales en esta materia, pues esto equivaldría a variar la ley, cuestión esta inadmisible.

11. Carentes de fundamento legal los reajustes de las prestaciones y preaviso indicados, por tener su fuente en una nivelación de salarios no contemplada en la ley, los pronunciamientos respectivos deben ser revocados, como también el referente a pago de diferencia de salario entre los dos trabajadores, mencionados.

12. Se ha visto anteriormente que la Compañía Frutera de Sevilla, no computó para hacer la liquidación de cesantía un tiempo excedente de 7 años y 9 meses, y que la liquidación correcta de esta prestación a partir del 1º de octubre de 1946 y hasta el 30 de junio de 1964, asciende a la suma de US$ 5.703.74. De esta cantidad deben descontarse US$ 3.620.02 por cesantía definitiva y US$ 584.89 por cesantía parcial. Esta doble deducción se hace pues el trabajador no lo atacó en el recurso respectivo. Queda entonces a favor de Fernández como saldo de cesantía excedente la suma de US$ 1.498.83 que al cambio del 9.98% por dólar, cuestión esta tampoco impugnada en el recurso por aquel, da $ 14.737.32. Se condenaría a la empresa a pagar al actor ésta cantidad.

13. Como la pensión de jubilación de que goza en la actualidad Pascual Alonso Fernández Acosta fue revisada igualmente en virtud de lo dispuesto por la ley 7ª de 1967, se mantendrá la decisión del a-quo, pero modificándola en su cuantía.

14. Las costas de la primera instancia en un 40% se impondrán a la parte demandada.

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 del Tribunal Superior de Santa Marta, Sala Civil y Laboral, pronunciada en el juicio ordinario seguido por Pascual Alonso Fernández contra la Compañía Frutera de Sevilla en cuanto se refiere a las condenas que pronunció por reajuste de prestaciones y diferencia de salarios con base en uno mayor que dispuso debía devengar el actor, y como Tribunal de Instancia.

Resuelve

1º Modifícase el literal a) del numeral primero de la sentencia de primera instancia de fecha 26 de octubre de 1967, pronunciada por el Juez Municipal del Trabajo de Santa Marta, en el sentido de señalar como aumento de la pensión de jubilación de que viene disfrutando el demandante, la suma de ciento cuarenta y nueve pesos con cincuenta y un centavos ($ 149.51) y condenar a la Compañía Frutera de Sevilla a pagar solamente este aumento al señor Pascual Alonso Fernández, a partir del 23 de septiembre de 1967.

2º Modifícase el primer literal C) del mismo numeral, en el sentido de condenar a la empresa demandada a pagar únicamente a su ex-trabajador por concepto de cesantía por tiempo mayor del tenido en cuenta por la Compañía Frutera de Sevilla, la su-

ma de catorce mil setecientos treinta y siete pesos con treinta y dos centavos ($ 14.737.32 moneda corriente.

3º Revócase los literales b), segundo c), d) y e) del numeral 1º de la sentencia de primer grado y en su lugar absuélvese a la Compañía Frutera de Sevilla de estos cargos de la demanda.

4º Condénase a la Compañía Frutera de Sevilla en las costas de la primera instancia en un cuarenta por ciento (40%).

No CASA en lo demás la sentencia del Tribunal.

Costas de la segunda instancia a cargo del demandante.

Sin costas en el recurso.

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

Jorge Gaviria Salazar, Hernando Franco Idárraga, Conjuez, *Alejandro Córdoba Medina.*

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PRESCRIPCION

No es la fecha en que se presenta la demanda seguida de notificación en debida forma lo que interrumpe la prescripción, sino dicha notificación y en la fecha en que se realiza.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., dos de abril de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Doctor Juan Benavides Patrón).

(Acta número 14).

Se resuelve el recurso de casación interpuesto por el apoderado de Enrique Peralta contra la sentencia dictada, el 4 de noviembre de 1969, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena en el ordinario de trabajo que dicho ciudadano le promovió solidariamente a la Universidad de Cartagena, el Departamento de Bolívar y la Caja de Previsión Social del mismo Departamento.

Antecedentes

En la litis el demandante afirmó haber servido como Profesor de tiempo completo para la Universidad mencionada, en el cargo de Auxiliar de Clínica de Endodoncia y Profesor de Clínica Infantil desde el 2 de noviembre de 1959 hasta el 31 de enero de 1962, con un último sueldo de $ 2.500.00, y que la parte demandada no le ha cubierto la cesantía, ni las primas de navidad, ni le ha compensado las vacaciones causadas y no disfrutadas, a pesar de haber agotado la vía gubernativa respecto de las tres entidades, por todo lo cual suplicó en forma solidaria los derechos referidos más la indemnización por mora del decreto 797 de 1949 y las costas del juicio.

La Universidad de Cartagena se opuso a las pretensiones anteriores remitiendo los hechos a su comprobación en el proceso y alegando inexistencia de obligación, pues hasta el 1º de mayo de 1966 aquellas corrían a cargo de la Caja Departamental de Previsión Social, a la que estaban afiliados todos sus empleados administrativos y docentes. Excepcionó, además, prescripción.

El Departamento de Bolívar y la antedicha Caja de Previsión no contestaron el libelo inicial ni actuaron en la primera instancia, habiendo comparecido, tan solo, por medio de apoderado, en la segunda, para alegar también la prescripción, en favor de cada uno de ellos.

El Juzgado Segundo Municipal Laboral de Cartagena, que fue el del conocimiento, encontró probados los hechos e insolutas las prestaciones demandadas por lo que condenó al Departamento y a la Caja a pagárselas al actor en sumas de $ 5.000.00 por cesantía, $ 2.000.00 por vacaciones y $ 5.000.00 por primas más indemnización moratoria, hasta que fueran canceladas y declaró probada la excepción perentoria de prescripción en favor de la Universidad de Cartagena, única entidad que hasta entonces la había propuesto. No se impusieron costas.

En consulta ante el Tribunal la providencia anterior, el Departamento de Bolívar y la Caja de Previsión condenados constituyeron apoderado y alegaron la prescripción, como se ha dicho, excepción que fue

acogida absolviéndose, en consecuencia, a todos los demandados. Tampoco hubo costas.

El recurso

Persigue el quebrantamiento total del fallo indicado para que en la decisión subsiguiente se confirme el del a-quo.

Al efecto se formulan tres cargos, por la vía directa, pero relativos los dos primeros a la oportunidad en que deben proponerse las excepciones y concretamente la de prescripción que definió la litis y el último al acto que interrumpe el fenómeno prescriptivo, según se expondrá adelante.

Pero antes de considerarlos ha de observarse, respecto del alcance de la impugnación, que siendo absolutorio, por prescripción, el fallo del ad-quem, para los tres demandados, y habiendo sido ésta la decisión del a-quo en cuanto a la Universidad, sin que apelase el demandante, el dicho alcance no puede ser total, porque quedó procesalmente consentido por el actor, lo resuelto en la primera instancia acerca de la entidad prenombrada. Con esta salvedad, que concreta el recurso a las otras dos demandadas, como en últimas lo advierte el acusador, se estudia:

Cargo primero

Violación directa en la modalidad de falta de aplicación de "las siguientes disposiciones de carácter sustancial: en cuanto a la existencia del contrato de trabajo, el artículo 1º de la ley 6 de 1945 en concordancia con los artículos 1º y 4º del Decreto 2127 de 1945 en cuanto al derecho prestacional de cesantía, los artículos 17 literal a) y 22 de la Ley 6ª de 1945, artículos 1º y 2º de la ley 65 de 1946, en concordancia con los artículos 1º y 2º del Decreto 1160 de 1947, 1º del Decreto 2767 de 1945 y 1º inciso 1º del Decreto 2567 de 1946; en cuanto al derecho prestacional a la prima de navidad, el artículo 1º de la Ley 45 de 1945, en concordancia con el artículo 1º del Decreto 3070 de 1945 y el artículo 1º del Decreto 3093 de 1945; en cuanto al derecho a la compensación en dinero de las vacaciones, el artículo 1º de la Ley 10 de 1934, art. 2º de la Ley 72 de 1931, el artículo 12 aparte e) de la Ley 6ª de 1945 y el artículo 5º de la ley 64 de 1946 y en cuanto al derecho a la indemnización moratoria, el artículo 11 de la Ley 6ª de 1945, el artículo 3º de la Ley 64 de 1946 y el artículo 1º del Decreto 797 de 1949". Las normas anteriores fueron violadas en infracción de medio del artículo 32 C. P. T., que el Tribunal dejó de aplicar siendo aplicable al caso sub-judice, lo que a su vez determinó la aplicación indebida de los artículos 488 C. S. T. y 151 C. P. T.

Se considera

Este ataque se encamina a demostrar, sobre la base incuestionada de que el Departamento de Bolívar y la Caja de Previsión Social del mismo Departamento solo alegaron la prescripción en la segunda instancia, que hubo violación directa, en la modalidad de falta de aplicación, de los textos consagratorios de los derechos suplicados por el trabajador, a consecuencia o a través de la infracción de medio del artículo 32 C. P. T. en que incurrió el Tribunal al dejar de aplicarlo siendo aplicable en el sublite, pues esta norma ordena que el demandado proponga todas las excepciones que crea tener en su favor en la contestación de la demanda o en la primera audiencia de trámite, ordenamiento que no fue atendido por el ad-quem al declarar probada en favor del Departamento de Bolívar y de su Caja de Previsión, la excepción de prescripción que se alegó ante él, por la primera vez, pues la tal excepción no había sido formulada por ellos ante el a-quo.

Mas la Sala observa que para sustentar este planteamiento, el acusador razona acerca del contenido mismo del precepto, el cual estima consecuencia lógica de los principios procesales de concentración y de preclusión y afirma, además, que no puede entendérsele en el sentido de que la excepción mencionada proceda cuando no se la ha conocido por el fallador de primer grado, pues entonces se pretermite esa instancia, razones todas que denotan que el cargo ver-

sa propiamente sobre la exégesis de la regla legal y no obedece, por lo tanto, al concepto de violación escogida en primer término por el recurrente.

Además, si el Tribunal acogió la excepción referida, no fue por ignorancia del artículo 32 C. P. T., en que reposa la acusación, ni porque se rebelara contra lo que él ordena, dejándolo de aplicar aunque lo entendiera aplicable, sino porque interpretándolo conforme a doctrina que estimó acertada, como lo hizo de manera expresa, concluyó que la excepción de prescripción alegada ante él lo fue en oportunidad de ley, esto es, que interpretó el artículo 32 C. P. T. y en razón de esta interpretación lo aplicó en el **sub-lite**, por lo que el ataque no es atendible por este primer concepto que plantea el acusador, quien seguramente por ello lo propone en la forma debida en el segundo cargo, que pasa a considerarse.

Se desecha, en consecuencia, este primero.

Cargo segundo

Acusa la falta de aplicación de los mismos textos sustanciales del anterior, a consecuencia de la infracción medio del artículo 32 C. P. T. violado por interpretación errónea, pues ni la letra ni el espíritu de éste permiten exégesis distinta a la de que todas las excepciones deben proponerse en la contestación de la demanda o en la primera audiencia de trámite. Y como la de prescripción que el fallador declaró probada —también respecto del Departamento y de su Caja de Previsión— no fue propuesta por éstos en ninguna de las dos antedichas oportunidades, sino alegada en la segunda instancia, se infringió el texto referido al entendérsele de manera distinta a la que él ordena.

El recurrente desarrolla su ataque reiterando sus razones del cargo primero y agregando que, si bien el entendimiento del **ad-quem** en alguna ocasión tuvo acogida en el Tribunal Supremo del Trabajo posteriormente fue revaluado por la Corte y que aquel consulta más bien el artículo 341 C. J., que no es aplicable en los juicios laborales pues ésta materia de las excepciones tiene regulación expresa en el Código Procesal del Trabajo.

Se considera

Ciertamente, como lo plantea este cargo, el Tribunal acogió la excepción de prescripción alegada ante él, por la primera vez, por las dos entidades que habían sido condenadas por el **a-quo**, porque entendió, con apoyo en autor nacional, que el texto 32 C. P. T. contiene como oportunidad legal para su estimación en el proceso del trabajo, cualquiera de las "audiencias de trámite que se celebren y aun en la segunda instancia", esto es, que las excepciones perentorias y entre éstas la de prescripción pueden alegarse en todos los grados del juicio y declarárselas probadas si así aparecen del proceso. Esta interpretación es la que censura el recurrente, porque la entiende contraria al texto y al espíritu del precepto en cita, cuya infracción medio, conforme a lo que se ha sintetizado, produjo la falta de aplicación de las normas que consagran los derechos reclamados por el promotor de la litis.

Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte tiene definido el asunto con criterio opuesto al del acusador y al cual se conformó, en consecuencia, el Tribunal de Cartagena. Así, en sentencias del Tribunal Supremo del Trabajo, que han orientado desde entonces la doctrina nacional, y, después, el pensamiento de esta Corporación, aquella entidad expuso:

"Ni obsta la consideración de que el hecho invocado constituye una excepción perentoria de pago parcial, que ha debido proponerse en la contestación de la demanda o en la primera audiencia de trámite, conforme al artículo 32 del C. P. del T., porque las excepciones perentorias, salvo la de prescripción, deben ser reconocidas en la sentencia, aunque no hayan sido propuestas ni alegadas, cuando el juzgador halle justificados los hechos que las constituyen, según el artículo 343 del C. J., que en concepto de esta Corporación es aplicable en

el proceso laboral. La redacción del citado artículo 32, que parece autorizar la interpretación del opositor en el recurso, no puede oponerse, en justicia y acaso ni en la misma intención de sus redactores, a los principios universales de derecho que sustentan el precepto 343 del Código Judicial. Porque ni los hechos establecidos en el plenario demuestran, total o parcialmente, la inexistencia de la obligación demandada, o la extinción, igualmente total o parcial, de la misma, si alguna vez existió, sería absurdo producir una decisión contraria a la verdad demostrada, sin otra explicación que la citada norma procedimental, cuya finalidad no puede desviarse del reconocimiento de lo justo y conforme a derecho. Para el Tribunal Supremo, sobre este particular, la interpretación correcta del artículo expresado es la de que, en tratándose de excepciones perentorias, la regla general es la de que pueden proponerse en la contestación de la demanda o en la primera audiencia de trámite, a la manera como estatuye el artículo 341 del C. J., para el proceso común; mas sin que tal precepto impida estimar, por extemporáneas, las que resulten justificadas en el curso del juicio, en la misma forma como no se contraponen en el procedimiento ordinario el precepto 341 con el 343, que se estima aplicable". (Sentencia de 24 de marzo de 1952, juicio de Reinhard Paul Theodor William Boecker contra Walter Held). Y en ocasión posterior, para complementar esta jurisprudencia "sobre la excepción de prescripción, a la cual se aplica aquella como perentoria que es, con su modalidad especial de que debe ser alegada en cualquiera de las instancias", se reiteró: "La excepción de prescripción, como perentoria que es, puede alegarse en cualquier estado del juicio conforme al artículo 343 del C. J., que no ha sufrido modificación para el juicio laboral, y a reiterada jurisprudencia, que la admite en cualquiera de las dos instancias. La única distinción al respecto es que la prescripción no puede ser declarada de oficio como las demás perentorias, sino que requiere alegación, en los términos del artículo mencionado, el cual, de otra parte, no limita su oportunidad a la primera instancia, como pretende el recurrente. No cree esta Corporación que el entendimiento anterior quebrante el principio de la lealtad procesal, ya que las excepciones solo pueden ser reconocidas con base en los hechos demostrados, ni que sea rigurosamente cierta la tesis de que en la segunda instancia solo puedan examinarse los mismos supuestos existentes al tiempo de fallarse el litigio por el a-quo, porque las atribuciones del ad-quem recaen sobre toda la materia litigiosa, con las limitaciones impuestas, para otros efectos, por el recurso mismo y aun pueden valorarla conforme a probanzas distintas, cuando la ley permite su producción en este segundo grado o la estimación de las que no alcanzaron a serlo ante el inferior". (Sentencia de 16 de mayo de 1953. Ana Berrío viuda de Arango contra Compañía de Camiones de Leche y sus Socios).

Las razones de estas providencias refutan, a juicio de la Sala, los argumentos del acusador en el presente negocio.

Pues, en síntesis, las excepciones que se proponen son las dilatorias, según las voces del artículo 32 C. P. T., el espíritu del mismo y la doctrina procesal; las perentorias se alegan y aun sin que se las haya alegado deben reconocerse en la sentencia, con base en los hechos probados que las configuren. La de prescripción, como es sabido, no puede declararse de oficio y en esto consiste la salvedad que se le ha predicado. Nada de lo anterior violenta los principios procesales de concentración, preclusión y lealtad procesal ni el carácter definitivo de la sentencia de primer grado, pues los hechos virtuales de la excepción perentoria se producen en el proceso en actos que consultan a aquellos principios, conforme a la regulación instituída por el legislador, que también consagra el de las dos instancias, la segunda de las cuales implica facultades plenas en el Juez, fuera de las restricciones de la ultra y de la extra petita y de la reformatio in pejus, que no son atinentes al asunto.

Puede agregarse que en alguna ocasión la Corte sostuvo criterio distinto en la sentencia de 19 de septiembre de 1958, en la que exigió que la excepción de prescripción

se propusiera o alegara en la contestación de la demanda o en la primera audiencia de trámite, como lo reclama el recurrente. Mas la propia Corporación rectificó esta decisión, producida en forma que ella misma calificó de incidental, en la suya de 16 de diciembre de 1959, en los siguientes términos:

"Al respecto, la Corte de acuerdo con reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo y de esta Sala, reafirma el concepto de que la interpretación correcta que debe darse al artículo 32 del Código de Procedimiento del Trabajo, es la de que, en tratándose de excepciones perentorias, debe aplicarse el principio consignado en el artículo 341 del Código Judicial y que, en consecuencia, como regla general dentro del proceso laboral estas excepciones pueden proponerse en la contestación de la demanda o en la primera audiencia de trámite, pero teniendo en cuenta, al propio tiempo, que el artículo 32 citado, no impide estimar, por extemporáneas, las excepciones perentorias que resulten justificadas y demostradas en el curso del juicio, como lo preceptúa el artículo 343 del Código Judicial, salvo la de prescripción, que debe siempre proponerse o alegarse. Respecto de esta última, estima la Sala que si ella no se propone en la contestación de la demanda o en la primera audiencia de trámite, puede alegarse por el interesado, en cualquier instancia del juicio".

Lo anterior es suficiente para decidir el cargo, por cuanto la Sala no comparte la exégesis del recurrente y reitera su jurisprudencia tradicional. Conforme a ésta fue correcta la interpretación del ad-quem y no se produjo la violación medio acusada. En consecuencia tampoco se violaron los textos sustanciales que presenta el acusador y el ataque no prospera.

Cargo tercero

Acusa violación, por no haberlos aplicado, de los mismos textos sustanciales de los dos ataques anteriores, a lo cual se llegó por la infracción medio del artículo 489, C. S. T., que el Tribunal dejó de aplicar en un caso que lo reclamaba y en relación con los preceptos 19 de la misma obra laboral y 2539, primera parte, del Código Civil.

En desarrollo de este cargo manifiesta el recurrente que al estudiar la excepción perentoria de prescripción, el ad-quem consideró probados los hechos constitutivos de la misma, tal como le fueron planteados por el apoderado de las entidades que recibieron condena en la primera instancia, porque desde la terminación del contrato de trabajo hasta la de la notificación de la demanda al Gobernador del Departamento de Bolívar y al Gerente de la Caja de Previsión Departamental habían transcurrido más de los tres años que consagra el Código Laboral para que se opere el fenómeno de la prescripción; pero que sobre el particular el doctor Hernando Devis Echandía, en su obra Tratado de Derecho Procesal Civil, Tomo IV, pág. 500 enseña que la prescripción se interrumpe con la presentación de la demanda y no con la notificación de la misma, como equivocadamente se ha entendido por algunos en interpretación del ordinal 2º del artículo 2524 C. C., enseñanza que para el recurrente es lógica por las razones que la sustentan y porque es más equitativa pues resulta injusto perjudicar al demandante por la demora del Juzgado en cumplir las diligencias de notificación. Y entendido de esta suerte el precepto en cuestión no se habría operado el fenómeno que declaró el ad-quem, ya que se le interrumpió el 28 de octubre de 1964, con la notificación del reclamo administrativo a las entidades demandadas y de ahí a la presentación de la demanda no transcurrieron los tres años necesarios para su ocurrencia.

Se considera

Como lo sintetiza el acusador en algún pasaje de su demanda, el problema radica en establecer si la prescripción se interrumpe con la presentación de la demanda o con la notificación en legal forma a la parte demandada del auto admisorio de la misma. El recurrente sostiene, como se ha visto, la primera tesis, al paso que el Tribunal aplicó la segunda, que es la que estima acertada esta Corporación. Así, en sentencia de 21 de mayo de 1963 expuso:

"No es la fecha en que se presenta la demanda, seguida de notificación en debida forma, lo que interrumpe la prescripción, sino dicha notificación y en la fecha en que se realiza.

"La norma del artículo 489 del C. S. T. corrobora el criterio de que el efecto interruptivo que contempla el 2524 del C. C. no se produce sino por obra de la notificación del auto admisorio de la demanda y solo en la fecha en que aquella se realiza, ya que un acto ignorado por el deudor no puede ser aprovechado por el acreedor para impedir la pérdida del derecho pretendido en juicio. Como presentar la demanda no le pone término a su negligencia, debe prestarle al funcionario judicial toda la colaboración posible para que llegue a conocimiento del deudor del demandante el libelo en que ejercita el derecho, sin que valga argüir que la notificación es una actividad reservada al funcionario judicial, porque sin la colaboración del actor aquella no podría realizarse. (D. del T. Vol. XXXVIII, núms. 223-225 p. 73).

Cierto que el autor invocado por el recurrente propugna la tesis opuesta. Mas el inciso tercero del artículo 2539 C. C. en que inicialmente se apoya contiene precisamente, en su parte final, la salvedad que conduce a la notificación de la demanda y si bien acerca de esto el mismo tratadista afirma interpretación errónea, el criterio acertado es, para la Sala, el expuesto como constitutivo de su jurisprudencia. Sobre el particular conviene transcribir el último estudio de la Corte:

"En relación con la interrupción civil de la prescripción tanto adquisitiva como extintiva, a consecuencia de la interposición de la demanda, contemplado en los arts. 2524 y 2539 del C. C., es doctrina tradicional y permanente de la Corte la de que dicho fenómeno no se consuma con la sola presentación de la demanda, sino en el momento en que esta es notificada al demandado. (G. J. XXII, pág. 408; T. LIV Bis, pág. 19; números 2032, pág. 634; 2050, pág. 660; 2025, pág. 658; 1978, pág. 193; 2154, pág. 432, entre otras). En uno de los aludidos fallos dijo:

" 'Invariablemente ha sostenido la jurisprudencia nacional que la interrupción civil de la prescripción extintiva se opera por juicio formal en que comparece la parte que puede alegarla, según principio general de derecho civil. Es la notificación oportuna de la demanda en que se ejercita la acción, lo que interrumpe el lapso prescriptivo. Uno de los efectos legales de la notificación del auto admisorio de la demanda, de su traslado, aunque no determinado expresamente en la Ley 105 de 1931, sigue siendo en doctrina procesal y a la luz de los arts. 2524 y 2539 del C. C., como lo estatuía el numeral 2º del art. 421 del antiguo C. J., la interrupción de la prescripción de la acción. El auto en que se admite la demanda y se ordena su traslado legal no puede producir ningún efecto según la disposición del art. 327 del C. de P. C. En ninguna forma dice el art. 2539 del C. C. que la interrupción civil de prescripción se opera por la sola presentación de la demanda. Por el contrario, se establece allí con la referencia de las excepciones señaladas en el art. 2524, que la interrupción no tiene lugar si la notificación de la demanda no ha sido hecha en la forma legal. 'Desde luego que si no se considera interrumpida cuando la demanda no se ha notificado legalmente, es la notificación y no la introducción de la demanda lo que produce el efecto de cortar la prescripción, sin que pueda decirse lo contrario, porque si simplemente se anulara el juicio por falta de notificación o por ser esta ilegal, quedaría vigente la interpretación por virtud de la sola presentación de la demanda y no habría motivo para declararla ineficaz a causa de no haberse notificado, y así se violaría el texto expreso del art. 2524 del C. C. Si no se interrumpe la prescripción cuando la demanda no se ha notificado en la forma legal o en forma alguna, es claro que después de vencido el plazo necesario para prescribir, aunque se haya establecido antes la demanda, sería inútil la notificación porque no se puede interrumpir lo que se ha consumado, ni cortar un plazo que está vencido'. (T. XXII, pág. 408; G. J. 2050, pág. 660)' ".

"No solo no encuentra hoy la Corte razones para modificar la anterior doctrina, sino que halla otras que la corroboran. En efecto: "a) Ha de considerarse en primer término, que cualquier discusión posible acerca de si la interrupción civil de la prescripción se produce con la mera presentación de la demanda o con su notificación al demandado, quedó definitivamente zanjada en el ámbito de nuestro derecho positivo por el mandato contenido en el inciso segundo del art. 181 del C. J. al decir: 'Durante el tiempo de vacancia, la persona que quiere interrumpir una prescripción... puede presentar su demanda al Alcalde Municipal de la residencia del demandado, a fin de que éste haga la notificación y le devuelva al peticionario la solicitud con lo actuado; pero el término para contestar la demanda, cuando a ello hay lugar, no empieza a correr al demandado sino desde el día siguiente útil a aquel en que se le corre el traslado legal ordenado por el Juez competente'.

"Comentando esta disposición, dijo la Comisión Redactora del C. J. vigente: 'Salta a la vista la ventaja de este sistema, pues el demandante obtiene el bien de la interrupción de la prescripción... y al demandado no le corren los términos sino desde el día de que habla el texto. Muchas gentes hay, sobre todo en los campos, que no van a las poblaciones sino a la misa del domingo, ocasión en la cual se les puede hacer las notificaciones que ellos esquivan recogiéndose en sus haciendas'.

"Frente a la norma legal considerada, no parece discutible que está inspirada en la idea fundamental de que la interrupción civil de la prescripción solo se produce con la notificación de la demanda al demandado, pues si no fuera así sería inexplicable que para el logro del fin que la norma se propone, se exigiera la notificación, en vez de hacerlo depender únicamente de la presentación de la demanda ante el Alcalde Municipal. Sin que valga redargüir que el art. 181 en referencia es excepcional, porque esta condición la tiene solo en cuanto a la necesidad que había de suplir la falta de Juez ante quien presentar la demanda, no en cuanto a la actuación a seguir para que la interrupción de la prescripción se produjera. Actuación que si la ley exigió para ese caso, es porque se supone que la exige también para los casos normales u ordinarios, lo cual permite entender que el citado artículo 181 vino implícitamente a corroborar lo que prescriben los arts. 2524 y 2539 del C. C. a propósito del momento en que se produce la interrupción civil de la prescripción contemplada en ellos.

"b) Se habla en el campo del derecho procesal de ciertos efectos que, además de los que genera en el interior del proceso, produce la demanda fuera de él, y concretamente sobre la relación jurídica material objeto del litigio. Son los llamados efectos sustanciales o materiales de la demanda, de los cuales, en lo que a nuestro derecho civil respecta, pueden citarse como ejemplos los previstos en los arts. 1521, 964, 966 y 1969 del C. C., y desde luego en los arts. 2524 y 2539 ibídem, sobre interrupción civil de la prescripción, que son los que aquí interesan.

"Pero enseña la doctrina procesal que los efectos sustanciales o materiales aludidos no los engendra la demanda judicial por sí sola, o en virtud de su mera presentación al Juez. Como la demanda judicial está destinada en primer término a constituir la relación procesal, y es en realidad de esta de donde surgen todos los efectos tanto internos como externos atrás mencionados, de ello resulta que, como dice Chiovenda, 'la demanda judicial existe en el momento en el cual es comunicada a la otra parte, y en aquel momento existe la relación procesal'; y, como consecuencia de ello, **salvo que la ley disponga otra cosa** (subraya la Sala), los efectos de la existencia de la relación procesal se remontan al momento de la demanda judicial, esto es, al momento en que es notificada a la otra parte. (Chiovenda. 'Principios'. T. II, vol. 1 pág. 63 y 64; de la Plaza "Derecho Procesal Civil Español, tomo I, pág. 384). "Si la interrupción de la prescripción es efecto de la demanda en cuanto mediante esta se constituye la relación procesal, ese efecto no se produce sino una vez constituída ésta, o sea al notificarse la demanda, salvo que norma es-

pecial disponga otra cosa, como sucede en algunas legislaciones. Por donde se ve que la jurisprudencia de la Corte arriba mencionada, afianzada todavía más a partir de la vigencia del art. 181 del C. J., encuentra respaldo adicional en la circunstancia de que ella se acomoda a cabalidad a la concepción sistemática del proceso como una relación jurídica". (Gaceta Judicial, Tomo CXXXII, números 2318-2319 y 2320, 4 de noviembre de 1969, pág. 120-121).

El cargo no prospera.

En mérito de todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Sin costas.

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.

LA ADMINISTRACION PUBLICA Y SUS SERVIDORES

Por regla general las relaciones entre la Administración Pública y sus servidores no constituyen contrato de trabajo, pero el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, estableció las excepciones.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., abril veinte de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina).

(Acta número 19).

Se resuelve el recurso de casación interpuesto por el apoderado de las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla, contra la sentencia de diez (10) de septiembre de mil novecientos setenta (1970), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de dicha ciudad, en el juicio seguido por Antonio A. Consuegra Pérez contra la recurrente.

Antecedentes

El mencionado señor Antonio A. Consuegra Pérez solicitó por medio de apoderado, que se decretara a su favor, reajuste de salarios, de primas y aguinaldos, de vacaciones, de cesantía y de jubilación; todo ello sobre la base de que su antecesor en el empleo, había tenido un sueldo mayor que el devengado por Consuegra.

En el libelo se afirmaron los siguientes hechos:

"Primero. El señor Consuegra trabajó al servicio de las Empresas Públicas Municipales, desde el 23 de septiembre de 1943 hasta el 10 de octubre de 1969, en que salió para disfrutar de una pensión ordinaria de jubilación.

"Segundo. El señor Consuegra estuvo desempeñando en el año de 1965 el cargo de Jefe del Departamento de Facturación para reemplazar transitoriamente al titular de ese cargo, señor Manuel N. Lobo, quien devengaba un sueldo de $ 3.900.00 mensuales.

"Tercero. Posteriormente el señor Lobo se retiró de dicho cargo para disfrutar de su pensión de jubilación y en su reemplazo fué designado el señor Consuegra, de acuerdo con el boletín número 0193 de 21 de enero de 1966 con una asignación mensual de $ 2.500.00, no obstante que tenía derecho al sueldo de $ 3.900.00 mensuales que devengaba el señor Lobo.

"Cuarto. El señor Consuegra reclamó en repetidas ocasiones contra esta injusticia y el Gerente de entonces, doctor Alberto Huyke Prieto, le prometió repararla prontamente, pero las discrepancias del doctor Huyke Prieto con la Junta Directiva, que más tarde determinaron su renuncia de la Gerencia, hicieron fracasar la reparación prometida.

"Quinto. A partir del 16 de marzo de 1966, la Junta de Directiva de la entidad demandada decretó un reajuste de los sueldos del personal no comprendido en la Convención Colectiva del Trabajo, reajuste efectuado en un 12% como mínimo, y en virtud del cual el señor Consuegra comenzó a recibir la suma de $ 300.00 (sic) mensuales, cuando legalmente tenía derecho de recibir un aumento igual al que recibieron los otros empleados de su misma categoría que estaban devengando $ 3.900.00 mensuales.

"Sexto. Estas injusticias se reflejaron también en las liquidaciones y pagos de las prestaciones sociales del señor Consuegra, que la entidad demandada no ha reparado todavía.

"Séptimo. Con fecha 26 de noviembre de 1968 el señor Consuegra se dirigió por escrito al Gerente de las Empresas Públicas Municipales para reclamar una vez más sus derechos, pero el Gerente la respondió en carta de 13 de enero de 1969 con una negativa.

"Octavo. Las dos cartas mencionadas en el hecho anterior comprueban que antes de formular la presente demanda, se agotó la vía gubernativa".

Como fundamentos de derecho, invocó el libelista el artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo y en subsidio el artículo 5º de la ley 6ª de 1945.

La parte demandada admitió el tiempo servido afirmado en el hecho primero, aceptó el agotamiento de la vía gubernativa por medio de la carta de que trata el hecho séptimo, negó las demás afirmaciones del demandante, explicó que el empleo del sistema IBM hizo que se disminuyera el trabajo del Departamento de Facturación, y que lógicamente se requiriera un sueldo menor para el Jefe, y propuso la excepción de declinatoria de jurisdicción con base en el régimen prestacional de los empleados y trabajadores oficiales.

El quince (15) de mayo de mil novecientos setenta (1970), el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Barranquilla, dictó la sentencia de primera instancia, por medio de la cual absolvió a la parte demandada, con base en la falta de prueba de que el demandante "hubiera desempeñado el cargo por ausencia o nombramiento del dicho Jefe del Departamento de Facturación". De la providencia apeló el apoderado del actor.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, en fallo de diez (10) de septiembre de mil novecientos setenta (1970), condenó a la parte demandada a pagar al actor $ 50.266.00 por reajuste de sueldos, $ 2.750.00 por reajuste de primas, $ 746.72 por reajuste de aguinaldos, $ 1.375.00 por reajuste de vacaciones, $ 14.850.00 por reajuste de jubilación, y al pago de la pensión en cuantía de $ 2.925.00 a partir del 12 de septiembre de 1970. Contra la providencia interpusieron recurso de casación ambas partes, y les fue concedido por el Tribunal, pero en el trámite del recurso solamente se admitió el interpuesto por las Empresas Públicas Municipales, ya que el interés del señor Consuegra no alcanzaba la cuantía señalada por la ley.

El recurso

Con apoyo en la causal primera del artículo 60 del decreto 528 de 1964, ataca el recurrente la sentencia del ad-quem, y pretende que se case íntegramente el fallo y se confirme la providencia que puso fin a la primera instancia. La acusación está formulada en un solo cargo que se estudiará a continuación.

Cargo único

El casacionista dice

"Acuso la sentencia gravada de haber infringido directamente, por aplicación indebida, los artículos 143, 145, 146, 147, 306, 186, 189 y 260 del Código Sustantivo del Trabajo, a consecuencia de la falta de aplicación, también por vía directa, de los artículos 3º, 4º, 491 y 492 ibídem.

"Es un presupuesto del proceso el que las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla son un establecimiento público del orden municipal. Así lo plantea el propio actor en su libelo inicial y así lo acepta mi procurada en la contestación respectiva.

"Y ocurre que, cuando existen, las relaciones de derecho individual del trabajo entre los establecimientos públicos y sus servidores no se rigen por el Código Sustantivo del Trabajo, conforme a sus artículos 3º, 4º, 491 y 492. En consecuencia, solo por haber ignorado estas normas o por haberse rebelado contra ellas, pudo el sentenciador

dirimir la litis con aplicación, explícita en unos casos e implícita en otros, de los preceptos de dicho estatuto referentes a salario igual para trabajo igual, a salario mínimo, a primas de servicio, a vacaciones y a pensión vitalicia de jubilación, como en efecto, y sin ninguna duda, lo hizo.

"La H. Sala debe casar la sentencia impugnada, ya que, a mi juicio, el cargo está demostrado".

Agrega la censura como consideraciones de instancia, que entre las partes solamente existió una relación de derecho público, pues el demandante estuvo vinculado a un establecimiento público del orden municipal, en actividades ajenas a la construcción o sostenimiento de obras públicas y que no eran desempeñables mediante contrato de trabajo; y que el señor Consuegra no ocupó el cargo de Jefe de Facturación coetáneamente con el señor Manuel N. Lobo, ni las funciones de uno y otro fueron las mismas, ni el actor demostró los presupuestos indispensables de la acción, como capacidad profesional o técnica, antigüedad, experiencia y rendimiento en la labor y cargas familiares iguales a las de su predecesor.

Se considera

La parte demandada, Empresas Públicas Municipales de Barranquilla, es indudablemente un establecimiento público descentralizado, como lo reconoce el mismo demandante en el libelo, tanto al señalar los fundamentos de derecho, como al indicar que agotó respecto a dicha entidad, la vía gubernativa.

El Código Sustantivo del Trabajo no regula las relaciones de derecho individual entre la Administración y sus servidores, según lo ordena el artículo 3º del mismo Código, sino que tales relaciones están regidas por las disposiciones especiales a que alude el artículo 4º de la misma obra, ni en virtud de ese estatuto fueron suspendidas las normas relativas al derecho individual de los servidores oficiales, anteriores al mismo, como lo predica el artículo 491, sino que por el contrario, las reglas sobre salario mínimo anteriores a 1951, quedaron vigentes en cuanto a los servidores oficiales, según el mandato del artículo 492 del Código Sustantivo del Trabajo.

La sentencia acusada aplicó expresamente a una relación individual entre la Administración Municipal, en su forma de establecimiento público descentralizado, y un servidor oficial, los artículos 143, 145, 146 y 147 del Código Sustantivo del Trabajo, para determinar el monto de la remuneración por empleo del principio "a trabajo igual, salario igual".

Para los casos de diferencia de salarios en los servidores oficiales, se encuentra regulación en el artículo 5º de la ley 6ª de 1945, que el demandante señaló en el libelo con que se inició el juicio.

Luego el sentenciador de segunda instancia aplicó indebidamente los artículos 143, 145, 146 y 147 del Código Sustantivo del Trabajo, no pertinentes por disposición de los artículos 3º, 4º, 491 y 492 de la misma obra, que también resultan violados por falta de aplicación.

Como la determinación de un salario mayor por virtud de la aplicación de normas inaplicables, es el fundamento de la sentencia, debe pasarse ésta, para resolver en sede de instancia, lo que proceda de acuerdo con lo probado y con la ley.

Consideraciones de instancia

Por regla general las relaciones entre la Administración Pública y sus servidores no constituyen contrato de trabajo. El artículo 4º del decreto 2127 de 1945 estableció como excepciones los servicios prestados en la construcción y sostenimiento de obras públicas, en las empresas industriales, comerciales, ganaderas y agrícolas que se exploten con fines de lucro, o idénticas a las de los particulares o susceptibles de ser fundadas y manejadas por ellos en la misma forma.

El demandante manifestó que la entidad demandada era un establecimiento público descentralizado, y en la carta de folio 12 del primer cuaderno, se lee: "Como podrá apreciarlo en el cuadro que por separado le adjunto, los recaudos por concepto de los impuestos predial y de barrido, base principal de las entradas en este Departamento..."

Como la recaudación de impuestos no puede ser función particular, el servidor público demandante no prestó su aporte laboral en la construcción o sostenimiento de obras públicas ni en empresas de las mencionadas en el artículo 4º del decreto 2127 de 1945, luego no tuvo con la demandada un contrato de trabajo.

Según el artículo 2º del Código de Procedimiento Laboral, la Jurisdicción del Trabajo conoce de los conflictos jurídicos que provengan de un contrato de trabajo. Lógicamente la acción intentada en este juicio debía tener apoyo en una relación de tal naturaleza con la entidad demandada, y al no demostrarse esa clase de vinculación jurídica, es necesario absolver a la opositora. Como el Juez de primera instancia produjo la absolución pertinente, debe confirmarse la providencia apelada y condenar en costas al apelante.

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 el fallo de diez (10) de septiembre de mil novecientos setenta (1970), dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, Sala Laboral, en el juicio de Antonio A. Consuegra contra las Empresas Públicas Municipales de esa ciudad, y obrando como Tribunal de instancia, CONFIRMA por las razones expuestas en la presente providencia la resolución judicial de quince (15) de mayo de mil novecientos setenta (1970) proferida en el mismo juicio, por el Juez Tercero Laboral del Circuito de Barranquilla. Costas de la segunda instancia a cargo de la parte apelante. Sin costas en el recurso extraordinario.

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.

UNIDAD DE SENTENCIA

Para la Sala, la sentencia es todo único e inseparable, de modo que entre su fundamento y lo dispositivo de la misma, media relación tan estrecha, que no pueden desmembrarse.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., abril veintitrés (23) de mil novecientos setenta y uno (1971).

(Magistrado Ponente: Doctor Jorge Gaviria Salazar).

(Acta número 19).

El señor Pablo Uribe Uribe por medio de apoderado demandó a la Sociedad Financiera Turística del Caribe S. A., representada por su presidente señor Juan Manuel Noguera o por quien haga sus veces, para que mediante los trámites de un juicio ordinario laboral de mayor cuantía fuera condenada a pagar a su favor lo siguiente:

"1º Salarios correspondientes a los meses trabajados entre el 1º de julio de 1968 y el 30 de enero de 1969 a razón de $ 4.500 mensuales.

"2º El valor del auxilio de cesantía por el tiempo comprendido entre el 1º de mayo de 1967 y el 30 de enero de 1969 con un salario de $ 4.500.00 mensuales.

"3º Prima de servicios correspondientes al año de 1968 con un salario de $ 4.500.00.

"4º Indemnización por la ruptura unilateral e ilegal del contrato de trabajo de acuerdo a lo establecido en el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, Ley 48 de 1968.

"5º Vacaciones correspondientes al tiempo trabajado entre mayo 1º de 1967 y enero 30 de 1969.

"6º Indemnización moratoria por el no pago oportuno de los salarios y prestaciones de acuerdo a lo establecido en el artículo 65 del C. S. T.

"7º Las costas del juicio".

Como hechos de sus pretensiones relato los que a continuación se expresan:

"1º Entre la Sociedad Financiera Turística del Caribe S. A. y el señor Pablo Uribe Uribe se suscribió un contrato de trabajo en mayo 1º de 1967, para que el segundo prestara sus servicios a la primera en la ciudad de Bogotá, D. E.

"2º El señor Pablo Uribe Uribe devengaba un salario de $ 4.500.00 mensuales.

"3º Con fecha enero 30 de 1969 y mediante comunicación dirigida por el señor Juan Fawcett, Secretario General de la sociedad demandada se dio por terminado el contrato de trabajo del señor Pablo Uribe Uribe, sin que mediara justa causa para la terminación de tal contrato.

"4º Al término del contrato de trabajo la sociedad demandada no ha pagado el valor de los salarios correspondientes al tiempo laborado entre el 1º de julio de 1968 y el 30 de enero de 1969.

"5º Al término del contrato la sociedad demandada no ha pagado al señor Pablo Uribe Uribe el valor del auxilio de cesantía por el tiempo trabajado entre el 1º de mayo de 1967 y el 30 de enero de 1969.

"6º Al término del contrato de trabajo la sociedad demandada no ha pagado al señor Pablo Uribe Uribe el valor de las primas de servicios correspondientes al año de 1968.

"7º Al término del contrato de trabajo la sociedad demandada no ha pagado al señor Pablo Uribe Uribe el valor de la indemnización por ruptura unilateral e ilegal del contrato en la forma establecida por el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965.

"8º Al término del contrato de trabajo la sociedad demandada no compensó en dinero ni concedió en tiempo las vacaciones al señor Pablo Uribe Uribe".

En derecho fundamentó el libelo en los artículos 65, 127, 181, 249 y 306 del C. S. del T. y en el 8º del Decreto 2351 de 1965.

La sociedad constituyó apoderado para que la representara en el juicio, pero éste se abstuvo de contestar la demanda sin embargo, en la primera audiencia de trámite propuso las excepciones de pago, incumplimiento del contrato de trabajo por parte del demandante, abandono del puesto y transacción.

Rituado el proceso en forma legal, el Juzgado 1º del Trabajo de Bogotá, a quien correspondió el negocio, puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fecha 16 de abril de 1970, en la cual dispuso:

"1º CONDENASE a la Sociedad Financiera Turística del Caribe S. A., representada por su presidente señor Juan Manuel Noguera Dávila o por quien haga sus veces, a pagar al actor señor Pablo Uribe Uribe identificado con la C. C. número 76742 de Bogotá, tres (3) días después de la ejecutoria de esta providencia, las siguientes cantidades de dinero, por los conceptos que a continuación se expresan:

a) La cantidad de $ 936.35 por concepto de salarios insolutos.

b) La cantidad de $ 7.875.00 por concepto de cesantía.

c) La cantidad de $ 4.500.00 por concepto de prima de servicios.

d) La cantidad de $ 8.437.50 por concepto de indemnización por la ruptura del contrato de trabajo.

e) La cantidad de $ 3.937.50 por concepto de vacaciones.

f) La cantidad de $ 150.00 diarios a partir del 30 de enero de 1969 y hasta cuando cancele las condenas por salarios y prestaciones sociales, como indemnización moratoria.

"2º DECLARASE parcialmente probada la excepción de pago en lo tocante a salarios hasta por la cantidad de $ 30.563.35.

"3º Se autoriza al demandante para que retire la consignación hecha a su favor en la ciudad de Santa Marta ante el señor Juez Laboral Municipal, por la cantidad de $ 15.563.35 según título número B-189878 de enero 25 de 1969.

"4º DECLARANSE no probadas las demás excepciones propuestas.

"5º CONDENASE a la sociedad demandada al pago de las costas judiciales en un 100%".

Las dos partes interpusieron recurso de apelación contra el anterior fallo, y surtido el procedimiento de la segunda instancia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, lo resolvió, por providencia de 13 de mayo de 1970, disponiendo lo siguiente:

"1º MODIFICASE el numeral 1º en sus literales a), b), d), e) y f) de la sentencia materia de revisión y en su lugar se dispone: CONDENAR a la sociedad Financiera Turística del Caribe, S. A.", representada por su presidente señor Juan Manuel Noguera Dávila, o por quien haga sus veces, a pagar al actor Pablo Uribe Uribe, una vez ejecutoriada esta providencia, las siguientes cantidades:

"1º Doce mil pesos ($ 12.000.00) moneda corriente por concepto de saldo líquido de salarios insolutos;

"2º Siete mil quinientos pesos ($7.500.00) moneda corriente por cesantía;

"3º Tres mil setecientos cincuenta pesos ($ 3.750.00) moneda corriente por vacaciones;

"4º Ocho mil doscientos cincuenta pesos moneda corriente ($ 8.250.00 m|cte.), por indemnización por ruptura del contrato de trabajo; y

"5º Ciento cincuenta pesos ($ 150.00) diarios a partir del día primero (1º) de enero de mil novecientos sesenta y nueve (1969), y hasta la fecha en que se cancelen las condenas por salarios y prestaciones sociales, por concepto de indemnización moratoria, de conformidad con la parte motiva de esta sentencia.

"2º CONFIRMASE en todo lo demás la sentencia apelada.

"3º COSTAS de esta alzada a cargo de la sociedad demandada. TASENSE".

El apoderado de la entidad demandada interpuso contra la resolución del Tribunal recurso extraordinario de casación, que concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, pasa a estudiarse teniendo para ello en cuenta la demanda con que se sustentó y el escrito de réplica respectivo.

El recurso

Con él aspira el casacionista a que la Corte case parcialmente la sentencia impugnada en cuanto por los ordinales 1º y 5º de su numeral 1º condenó a "Financiera Turística del Caribe S. A." a pagar a Pablo Uribe Uribe $ 12.000.00 por salarios insolutos y $ 150.00 diarios desde el 1º de enero de 1969 y que, como Tribunal de instancia, revoque los ordinales e) y f) del numeral 1º de la sentencia de primer grado y absuelva a la sociedad "de los conceptos expresados".

Conforme al fin antes indicado, y dentro de la causal 1ª del artículo 60 del Decreto 528 de 1964, formula dos cargos que pasan a examinarse:

Primer cargo

Está expuesto en la siguiente forma:

"Acuso la sentencia gravada de haber infringido indirectamente, por aplicación indebida, el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo".

Dice el impugnador que a la infracción indicada llegó el sentenciador como consecuencia de error evidente de hecho a que lo condujo la falta de apreciación de los documentos que obran a folios 6 y 7 del expediente y que consiste en no haber dado por demostrado, estándolo, que "Financiera Turística del Caribe S. A.", procedió de buena fe al consignar, a la terminación del contrato de trabajo de Pablo Uribe Uribe, sus acreencias laborales ante el Juzgado del Trabajo de Santa Marta.

Acepta el impugnante que en verdad "la consignación de estas acreencias ha debido hacerse en Bogotá, sitio en el cual siempre prestó sus servicios el actor, por lo cual resulta irregular la que se acaba de dejar indicada", pero dice que esa circunstancia "no es indicativa por sí solo, de la mala fe que requiere el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo para aplicar la sanción por mora que él consagra".

Continúa el recurrente diciendo que los documentos singularizados —apreciados para otros efectos distintos del específico que ahora se examina— son inequívocamente, demostrativos de la buena fe con que procedió la empresa al efectuar la consignación indicada, desde luego que no dejan duda ninguna de su ánimo de solucionar con ella las acreencias laborales que creyó deber al actor y no, de ninguna manera el de eludir ese pago. Precisa que por el primero, Financiera Turística del Caribe S. A. informa al demandante que ha depositado en el Juzgado 1º del Trabajo de Santa Marta el valor de sus salarios y prestaciones so-

ciales con el ruego de que lo reclame y por el segundo, le ratifica lo anterior. Observa además, el casacionista que tales documentos fueron aportados al pleito por el actor, quien por lo tanto, se enteró oportunamente de la consignación hecha a su favor y pudo, por ello, como puede todavía, si aún no lo ha hecho, ingresarla a su patrimonio, y que, según quedó expuesto, el ad-quem no tradujo en la parte resolutiva de su providencia las consideraciones que formuló en punto a ninguno de los efectos consiguientes a la irregularidad de la consignación y al derecho de quien la verificó para recobrarla.

Concluye el casacionista diciendo que en casos de consignación irregular con información oportuna al acreedor que lo pone en condición de retirarla, al menos desde el momento en que la conoce, la Corte ha aceptado la buena fe del consignante, y para ello transcribe en parte los fallos de fechas 17 de abril de 1967 y 13 de marzo de 1969 dictados en los juicios de Hernando Pisano cta. Cervecería Andina S. A., y Carlos Armella Osorio contra Orlando A. López Santiago, respectivamente.

El opositor a su vez dice que la condena que hizo el Tribunal por salarios caídos se produjo con base en la lógica interpretación del artículo 138 C. S. T., que exige perentoriamente al patrono el pago de los salarios en el lugar donde se prestó el servicio, lo cual unido a la interpretación jurisprudencial sobre el sitio en que debe hacerse el pago por consignación, indica que de todas maneras se hubiera producido la condena por indemnización moratoria, ya que se demostró que la empresa no pagó ni consignó el valor de los salarios y prestaciones sociales del trabajador en Bogotá, ante Juez competente. Agrega que "en ninguna forma puede considerarse como buena fe el consignar una suma" por los anteriores conceptos "ante un Juez diferente al lugar donde se prestó el servicio o se realiza la labor ya que se colocaría al trabajador en situación de tener que realizar una serie de gastos y pérdida de tiempo para el cobro de sus prestaciones sociales lo que en ninguna forma estaría indicando ánimo de buena fe y de cancelar el valor de dichos salarios y prestaciones".

Termina exponiendo que por lo demás, la suma consignada en Santa Marta sólo alcanza a cubrir el valor de los salarios insolutos —de conformidad con lo dicho por el Juez de la primera instancia— "pero quedaría la sociedad adeudando el valor total del auxilio de cesantía y la prima de servicios del año de 1968, lo que indica que la mala fe de la demandada es protuberante. Con estas argumentaciones el opositor pide "se deseche el primer cargo por cuanto no existió indebida aplicación del artículo 65".

La Corte considera

El Tribunal cuando motivó la condena por indemnización moratoria se expresó así:

"La consignación efectuada ante el Juzgado 1º Laboral de Santa Marta no libera de sus obligaciones contractuales a la Empresa por haberla realizado la Empresa en un lugar o sitio diferente a donde legalmente estaba obligado hacerla (sic). En efecto, la diligencia efectuada ante el Juzgado 1º Laboral de Santa Marta es totalmente inoperante para evitar la aplicación del artículo 65 del C. S. T., ya que la consignación ha debido hacerse en Bogotá, en donde se firmó el contrato (folio 8) y donde prestó sus servicios el trabajador o en su defecto en el domicilio del mismo, pero en ningún caso en el domicilio de la demandada. Debe anotarse que el artículo 138 del C. S. del T., preceptúa que salvo convenio por escrito, el pago de los salarios y por ende el de las prestaciones, debe efectuarse en el lugar donde el trabajador presta sus servicios durante el trabajo o inmediatamente después de que este cese.

"En el caso sub-judice, la parte demandada no pagó ni consignó el monto de los salarios y prestaciones sociales, a la terminación del contrato de trabajo, en el lugar donde el trabajador prestó sus servicios, ni en el domicilio del trabajador, ni mucho menos se comprobó dentro del debate que las

partes hubieran estipulado algo en contrario, por tal razón la consignación fue inocua en toda su intensidad..."

Este pasaje de la sentencia indica claramente que el Tribunal condenó a indemnización moratoria, teniendo en cuenta solamente que la consignación efectuada por la Empresa en su domicilio y no en el del trabajador ni en el lugar en que éste prestó sus servicios, no tenía ningún valor, que fue "inocua en toda su intensidad", según las propias palabras empleadas por el sentenciador, el que consideró además, que para el pago de salarios insolutos y "por ende de prestaciones" debía aplicarse la norma contenida en el artículo 138 C. S. T., para que el acto tuviera poder liberatorio.

Es este el único soporte de la sentencia recurrida, que no impuso a la empresa la sanción moratoria consagrada en el artículo 65 C. S. T., por considerar que había obrado de mala fe, sino en atención a que estimó que la consignación a que aluden los documentos de folios 6 y 7 del cuaderno principal no tenía valor.

Siendo extraño a la sentencia, en el aspecto tratado, la valoración de hechos sobre la mala fe patronal, no puede aceptarse la censura en la forma como ha sido propuesta. Era indispensable que el acusador destruyera el soporte del fallo, demostrando la validez de la consignación hecha por la demandada ante Juez de Municipio distinto al en que el trabajador prestó sus servicios y su poder liberatorio, para que la Corte pudiera entrar a estudiar si aquella procedió o no de buena fe.

Por lo demás, las citas y transcripciones de jurisprudencia en los casos indicados por el recurrente, corresponden a procesos totalmente distintos al sub-lite, en donde las sentencias ocusadas tenían varios fundamentos.

El cargo por consiguiente no prospera.

Segundo cargo

Se formula en la siguiente forma:

"Acuso la providencia impugnada de haber infringido directamente por aplicación indebida, los artículos 127, 57, obligación 4ª y 65 inciso 2º del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con el artículo 1626 del Código Civil (advierto que el artículo 1634 ibídem, que el ad-quem cita en la parte considerativa de su decisión no quedó reflejado, en ninguna forma en la resolutiva)".

El acusador desarrolla el cargo de esta manera. Dice:

"Mi procurada no discute, para los fines de este recurso, que los salarios causados en favor del demandante, por el lapso comprendido entre el 1º de julio y el 31 de diciembre de 1968, fecha de la finalización de su contrato de trabajo, ascienden a la suma de $ 27.000.00 como lo dice la sentencia recurrida".

"Ante la cantidad de $ 30.563.35 ($ 15.000 recibidos por el actor y $ 15.563.35 consignados a su favor), respecto de la cual declara probada la excepción de pago por el mismo concepto —aspecto que tampoco se impugna para los fines de este recurso no se entienden como, sin embargo, fulmina condena por salarios insolutos en cuantía de $ 12.000.00 cuando aparece obvio que $ 30.563.35 rebasan en mucho el monto de la que encontró a cargo de mi procurada y en favor del actor".

La Corte considera

En este lacónico cargo, el recurrente aunque no lo expresa con entera claridad, lo que pretende es aprovechar en beneficio de la sociedad, una aparente discordancia entre la parte motiva y la resolutiva del fallo acusado, que luego de modificar los valores de algunas de las condenas hechas por el a-quo en el numeral 1º de la sentencia de primera instancia, dispone en la ordenación segunda que confirma esta última providencia en todo lo demás.

Es en este entendimiento como el recurrente, quien no expresa el concepto de violación de los preceptos que cita, dice que estando confirmada la excepción de pago parcial respecto a sueldos no pagados por la cantidad de $ 30.563.35, y siendo esta ci-

fra superior a $ 12.000.00 valor de la condena que por este mismo concepto hizo el Tribunal, ella no tiene ninguna justificación.

Para la Sala, la sentencia es un todo único e inseparable, de modo que entre su fundamento y lo dispositivo y de la misma media relación tan estrecha, que no pueden desmembrarse.

Además, no se puede afirmar haciendo predominar la forma sobre el fondo, que solo existen ordenamientos en la parte resolutiva del fallo pues ellos pueden contenerse también la considerativa.

En materia, por ejemplo, de excepciones, la misma Corte ha dicho:

"Si en la parte motiva del fallo ha analizado el Juzgador los puntos materia de las excepciones y rebatido los fundamentos en que se apoya, debe entenderse que la resolución es negativa, aun cuando en la parte resolutiva del fallo nada se exprese sobre el particular" se subraya. (Sentencia 14 diciembre de 1944, LVIII. 579).

En general, y tratando armónicamente los postulados anteriores, la Sala Laboral de la Corte en dos ocasiones ha sentado la jurisprudencia que se transcribe a continuación:

"Observa la Sala que en derecho procesal los preceptos legales que rigen la forma de los actos no tienen la misma significación: unos son imperativos y otros dispositivos, siendo por lo general, de obligatorio cumplimiento los primeros.

"Es de observancia ineludible la forma cuando la ley sanciona su omisión con la nulidad, como ocurre respecto de los actos a que se refiere el artículo 42 del C. de P. L. Es autorizado, —dice Carnelutti— cuando la ausencia de los requisitos impuestos por la ley no determina la nulidad del acto, y libre, según el mismo autor, respecto de requisitos no prefijados por el legislador (sistema de Derecho Procesal Civil T. 3º página 213).

"...La forma establecida para la sentencia en el artículo 471 del C. J. no es vinculante (subraya la Sala), porque no está sancionada su omisión con la nulidad del acto. Pertenece a la forma autorizada según la clasificación de Carnelutti.

El precepto es de naturaleza ritual de modo que su infracción no conduce a la nulidad de la condena consignada en la motivación de la sentencia... (se subraya)".

Y agrega la Sala:

"La sede de la instancia su fuerza obligatoria (se subraya), debe hallarse en su parte dispositiva, como lo ordena el artículo 471 del C. J. Pero como la misión principal del Juez en el proceso de conocimiento es el acto jurisdiccional de decisión, en el cual consuma la voluntad de la ley debe verse una exteriorización de tal facultad en donde quiera que decida una cuestión de la litis (subraya la Sala), enderezada a su composición destinada a producir fuerza de cosa juzgada sustancial". (G. J. números 2223-2224, pág. 713 y Sentencia de 15 de diciembre de 1970, juicio de Gustavo Vásquez cta Coltejer).

La jurisprudencia que se ha transcrito hace necesaria para la Corte el estudio de la sentencia de segunda instancia para saber si en realidad se produjo la aplicación indebida de las normas citadas por el recurrente.

Dijo el Tribunal

"Como se ha demostrado que Uribe Uribe prestó sus servicios hasta el 31 de diciembre de 1968, se le adeudan al actor solamente salarios de 6 meses a razón de $ 4.500.00 mensuales, le corresponde la cantidad de $ 27.000.00 pero como el propio demandante en la absolución de disposiciones, en especial la pregunta duodécima (folio 32), confesó que había recibido a buena cuenta de lo mismo en el mes de diciembre de 1968 $ 15.000.00 debe descontarse dicho valor de la suma total para un saldo líquido de $ 12.000.00 que la demandada deberá pagar a favor de su antiguo trabajador. En consecuencia se modifica la decisión de a-quo (subraya la Sala).

"En vista de que la Empresa demandada propuso la excepción de pago, se debe declarar parcialmente probada esta excepción hasta por la suma de $ 15.000.00 y así se hará constar en el capítulo respectivo". Y, en el aparte correspondiente a lo que se denominó en la sentencia "excepciones" (folios 89 y 90), dijo el ad-quem:

"Como atrás se dice prospera en forma parcial la excepción de pago hasta la cantidad de $ 15.000.00 recibida por el actor por concepto de salarios (subraya la Sala). Por otra parte, la suma consignada ante el Juzgado de Santa Marta que no ha sido recibida por el demandante no puede considerarse como pago parcial de los salarios y prestaciones sociales adeudadas, por cuanto no ha ingresado al patrimonio del trabajador (artículo 1634 del C. C.), ni se efectuó la consignación dentro de las condiciones señaladas por la legislación laboral para que el pago sea válido".

Y, agrega:

"En consecuencia, debe revocarse la decisión del a-quo que declaró parcialmente probada por una suma mayor la excepción de pago respecto a salarios insolutos, como también la autorización al demandante para que retirara la consignación realizada ante el Juzgado 1º Laboral de Santa Marta (subraya la Sala)".

Como se ve claramente, por las transcripciones hechas, el fallador en la parte motiva de la providencia del recurso sí, hizo los pronunciamientos del caso respecto a la cuantía de los salarios insolutos en favor del trabajador, a la excepción de pago parcial que solo declaró probada por $ 15.000.00 y a la revocatoria de la autorización que el Juez de primera instancia dio al demandante para retirar el valor de la consignación hecha por la Sociedad en el Juzgado de Santa Marta.

Entonces, cuando el Tribunal dijo en la parte resolutiva de la sentencia, numeral 2º que confirmaba en todo lo demás la sentencia apelada, solamente se refirió a declarar no probadas las demás excepciones perentorias propuestas por la Empresa y a la condena en costas.

Si a la luz de lo expuesto se analiza la sentencia impugnada puede verse que la condena de $ 12.000.00 por salarios insolutos corresponde en realidad al saldo adeudado al trabajador, como acertadamente lo dijo el Tribunal, y entonces este aplicó en forma debida el artículo 57, numeral 4º del C. S. T. Igualmente, cuando en el fallo se explicó la razón por la cual el valor de la consignación hecha en Santa Marta ante el Juzgado 1º del Trabajo, por $ 15.563.35 no tenía valor, esa cantidad no puede agregarse a la primera para afirmar que se pagaron con exceso los salarios adeudados al actor y que la condena por $ 12.000.00 fue injustificada. No se infringieron entonces por aplicación indebida los artículos 65, inciso 2º del C. S. T. y 1626 del C. C.

Lo dicho hasta aquí indica que no existió la aplicación indebida de los preceptos señalados por el acusador en la formulación del cargo, y por tanto, éste no prospera.

Por las consideraciones expuestas 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 13 de mayo de 1970, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio que adelantó Pablo Uribe Uribe contra la sociedad denominada "Financiera Turística del Caribe S. A.".

Costas del recurso a cargo de la sociedad demandada.

Cópiese, publíquese, 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.

DESCANSOS DOMINICALES - SALARIO

Artículo 176 del C. S. del T. — Es presupuesto del derecho el que se acredite por el actor el salario de todas las semanas durante el tiempo de servicio.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., veintitrés de abril de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Doctor Juan Benavides Patrón).

(Acta número 21).

Se resuelve el recurso de casación sustentado contra la sentencia de 7 de julio de 1970 que dictó el Tribunal Superior de Cartagena en el ordinario de trabajo de José Pérez contra Setton & Milhem, de las generalidades que registra el expediente que se radicó en esta Sala bajo el número 3858.

En la litis el demandante suplicó el pago de los salarios correspondientes a los domingos y demás feriados durante el tiempo que sirvió para la sociedad demandada, como agente vendedor, desde el 9 de octubre de 1961 hasta el 5 de septiembre de 1968, con un salario variable de $ 4.406.87 de promedio mensual en 1965, de 6.074.24 en 1966, de $ 5.679.23 en 1967 y de $ 5.355.56 en 1968, que le pagaban por comisiones de venta. Pidió, además, la indemnización moratoria.

La sociedad admitió que Pérez fue su servidor durante el tiempo expresado, con una remuneración mensual equivalente al 3% sobre las ventas que efectuara y excepcionalmente del 1 1/2% sobre ventas a determinados clientes, pero sin horario ni obligación de trabajar cuarenta y ocho horas a la semana, desarrollando su actividad en forma que dependía exclusivamente de él aumentar o disminuir el monto de sus comisiones. Manifestó también haber cancelado en la oportunidad debida cuanto se causó legalmente y excepcionó inexistencia de obligación y prescripción.

Tramitada la controversia el Juzgado Tercero del Circuito Laboral de Cartagena, que fue el del conocimiento, la desató en fallo del 24 de abril de 1970, por el que absolvió a la sociedad demandada de todos los cargos del libelo inicial, sin costas en la instancia. Apelada esta providencia por el apoderado de Pérez el Tribunal del mismo lugar la confirmó en todas sus partes. No hubo costas por la alzada.

El recurso extraordinario

Persigue la casación de la sentencia indicada para que "en cambio, se reconozca el derecho alegado en toda su integridad", mediante cuatro cargos que se estudian en el orden en que han sido propuestos. No se formuló escrito de oposición.

Primer cargo

Afirma violación de los artículos 172, 176 y 177 del C. S. T. a través de error de hecho manifiesto, porque no se apreciaron las pruebas del salario. El acusador lo sustenta manifestando que en una conciliación efectuada ante el Inspector del Trabajo del Atlántico, que consta en autos, se estableció el salario promedio mensual de $ 5.355.56 en el último año de servicios y de $ 4.797.17 en el penúltimo, y que en la inspección ocular practicada en los libros y papeles de la

empresa se registró el salario de cada mes durante el año de 1968 y en algunos meses de 1967, de manera que fácilmente se puede precisar lo devengado en la semana dividiendo la suma global mensual por el número de semanas de cada mes. Agrega que así se obtiene equitativamente el valor del salario correspondiente a cada día domingo y a cada festivo y que en documentos presentados por la misma parte demandada, en la contestación al libelo inicial, consta la comisión devengada en cada uno de los meses de junio a diciembre de 1967 y "lo mismo podría decirse con los documentos que obran en autos y en los que consta el salario devengado por el trabajador por año". De todo lo cual concluye que "al no apreciar en su valor el Tribunal las pruebas que se acaban de enunciar, cometió un error de hecho manifiesto que lo condujo a violar los artículos 172, 173, 176 y 177 del Código Sustantivo del Trabajo".

Se considera

La demanda no expresa en la forma debida el alcance de la impugnación, pues aunque procura la casación del fallo del ad-quem nada indica acerca de la decisión del a-quo, para la subsiguiente instancia, por lo que habrá que deducir que se trata de su revocación, por cuanto solo así podría llegarse, en prosperando los ataques, a las condenas suplicadas en el escrito que inició la litis.

Y en lo que toca con el cargo sintetizado debe anotarse que tampoco expresa el concepto de la violación de la ley, que habrá que fijar en el de la aplicación indebida (en la modalidad de falta de aplicación) de los textos legales que destaca, que es el único posible a través de la alegación del acusador sobre la comisión de un error de hecho manifiesto, por parte del Tribunal. Mas aún en este campo ha de advertirse que ni el tal error se concreta correctamente ni éste pudo acontecer en el sub-lite por falta de apreciación de pruebas, ya que el Tribunal sí apreció las que se indican en el recurso. Otra cosa es que ellas —y todas las demás del proceso— no le establecieron, a su juicio, el salario semanal correspondiente a los distintos descansos que reclama el trabajador, motivo completamente opuesto al que predica el recurrente. Y si, en últimas, a lo que éste aspira es a que, por equidad, se tenga como dicho salario semanal el promedio de lo devengado mensualmente el asunto no es ya de hecho sino de exégesis de la norma 176 C. S. T., lo cual no puede plantearse por la vía del error de hecho.

Todo lo cual obliga a desestimar el ataque.

Segundo cargo

Acusa violación del artículo 176 C. S. T. por interpretación errónea y se le expone así:

"Se debe exigir el salario devengado en cada semana para así obtener el valor del que corresponde pagar cada día de descanso dominical o festivo, cuando ello es posible, es decir, cuando el trabajador es liquidado semanalmente, pero no, como en el caso de autos, cuando, como viene demostrado con la respectiva inspección ocular, al trabajador se le liquidaba su salario mensualmente —así devengara por comisiones de venta—, porque es entonces cuando se le paga o se le deben pagar los días feriados o de descanso dominical, por disposición o, en todo caso, por asentimiento del patrón. Lo que la disposición quiere es que se remuneren equitativamente sus descansos al trabajador, no que al no obtener su pago semanal sino mensual, por disposición del patrono, por convenio o por costumbre, no se le remunere, cuando imperativamente lo ordena la ley, que debe ante todo cumplirse, por ser de orden público.

"No aplicó el Tribunal, por lo consiguiente, con rectitud el artículo 176 del Código Sustantivo del Trabajo y ello condujo a violarlo".

Se considera

Ciertamente la absolución del Tribunal sobre el extremo de la remuneración de los descansos legales, obedeció, lo mismo que la del Juzgado, a que en el juicio no se probó (y el acusador aspira a deducir el he-

cho correspondiente de los promedios mensuales o anuales y, en un cargo posterior, del mínimo de ley) lo devengado en la semana inmediatamente anterior a cada uno de ellos, conforme al artículo 176 del Código Sustantivo del Trabajo. Pero tal decisión no puede descalificarse como errónea, ya que el texto referido reclama esa base para los efectos de la remuneración de los descansos, en casos de salarios variables como el de la litis. El precepto en cuestión es inequívoco y el Tribunal se sujetó a sus términos.

Mas se alega que, en situaciones como la de autos, por equidad debe acudirse al promedio mensual o al anual. No lo ha estimado así la jurisprudencia de la Corte que sobre el particular ha expuesto que es presupuesto del derecho en referencia (el de la remuneración del descanso en casos de salarios variables) el de que se acredite por el actor el salario de todas las semanas durante el tiempo de servicio, y que no sirve el criterio de los promedios mensuales o anuales porque conduce a que todas las semanas tengan una remuneración uniforme, lo que coloca la situación de hecho en plano distinto al de salario variable, además de que obliga a liquidar los tales descansos mediante conjeturas y bases distintas a las señaladas expresamente por el legislador. (G. J. Nº 2272, pág. 602).

Estima la Sala que esas razones son incuestionables y que el texto legal pertinente no autoriza interpretación distinta a la que obedeció el ad-quem, y el cargo no puede prosperar.

Tercer cargo

Dice el acusador

"Violación del art. 145 del Código Sustantivo del Trabajo y de las disposiciones sobre salario mínimo, como la ley 187 de 1959 y el Decreto 1233 de 1969, por infracción directa, por no haberse aplicado debiendo hacerlo.

"Se expone el cargo

La base del reconocimiento del derecho a a la remuneración en los días de descanso es el haber servido el trabajador durante todos los días laborables de la semana. Mi mandante cumplió ese requisito, porque no se le demostró lo contrario después de haber aceptado la contraparte que trabajó a su servicio desde determinada fecha hasta cuando fue retirado. Entonces, si el Tribunal no quiso reconocer el valor de los documentos citados en el primer cargo para los efectos de la comprobación del salario devengado en cada semana, por lo menos, considerando, como consideró en la sentencia acusada, que al trabajador le asistía el derecho a reclamar el pago de salarios dominicales y por días festivos, ha debido aplicar el salario mínimo, porque en cuestiones de trabajo, en retribución de servicios, la liberalidad no se presume.

"No aplicó el salario mínimo y esto lo llevó a violar directamente el art. 145 del Código Sustantivo del Trabajo y las disposiciones sobre salario mínimo, como la ley 187 de 1959 y el Decreto 1233 de 1969".

Se considera

El artículo 145 C. S. T. solo contiene la definición de ley acerca del salario mínimo. Por otra parte, la remisión que hace el acusador a "las disposiciones sobre salario mínimo" no es de recibo en el recurso extraordinario, y la mención de toda una ley, como la 187 de 1959, y la del decreto 1233 de 1969, tampoco satisfacen las exigencias sobre señalamiento de los textos legales violados, según lo han explicado largamente la doctrina y la jurisprudencia. Además, es obvio que el decreto en cita de 1969, no pudo gobernar la remuneración de servicios prestados varios años antes de su expedición, como es el caso de autos, transcurrido entre octubre de 1961 y septiembre de 1968.

Finalmente, si el ad-quem no aplicó los textos sobre salario mínimo no fue porque ignorara la existencia de ellos ni porque, conociéndolos, se rebeló contra sus ordenamientos, sino porque no los estimó aplicables en el caso sub-lite, por razones que expuso al confirmar las del a-quo, y tales razones no las presenta el acusador como equivocadas. No pudo, por lo tanto, el Tri-

bunal, infringir directamente las normas sobre salario mínimo ni se ha demostrado que las hubiese interpretado con error.

El cargo es completamente inestimable.

Cuarto cargo

Pretende infracción directa del artículo 65 C. S. T. porque el Tribunal no condenó a la indemnización por falta de pago.

Mas es obvio que si la sentencia no dedujo obligación de pagar los descansos reclamados mal podía estimar en mora el patrono absuelto y menos que tal mora fuese sancionable conforme al precepto que se invoca.

Lo anterior exhibe que carece de razón este 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 recurrida, de la fecha y procedencia que se han señalado.

Sin costas porque no se causaron.

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.

CONFESION.

La confesión del apoderado judicial vale cuando para hacerla haya recibido autorización de su poderdante la cual se presume para los escritos de demanda y excepciones y de las respuestas correlativas (art. 607 C. J.).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., veintitrés de abril de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.).

(Acta número 17).

Alfonso Vásquez Abad, mediante apoderado, presentó demanda laboral contra las Empresas Públicas de Medellín, para que se la condenara a reconocer y pagarle las sumas de dinero que se demuestran por los siguientes conceptos: viáticos debidos; reajuste de cesantía, reajuste de jubilación; reajuste de vacaciones; reajuste de sobreremuneración por trabajo en domingos y festivos nacionales y religiosos; la indemnización a que se contrae el Decreto 797 de 1949, y las costas del juicio.

Según los hechos del libelo inicial Alfonso Vásquez Abad laboró al servicio del Municipio de Medellín y posteriormente de las Empresas Públicas del mismo, desde el 1º de agosto de 1943 hasta el 1º de enero de 1964; el último cargo desempeñado fue el de pagador general y el último sueldo devengado ascendió a $ 1.513.77 mensuales; fue jubilado por la entidad demandada, que tomó la prima de navidad como salario, no así los viáticos recibidos, no obstante haberlos devengado durante más de ciento ochenta días; en la liquidación de cesantía no se tomó en cuenta ni la prima de navidad ni los viáticos devengados; en virtud del Decreto número 3 de 24 de abril de 1957 expedido por las Empresas Públicas de Medellín y modificado en cuanto al cómputo por el Decreto número 9 de 2 de diciembre del mismo, se estableció el derecho a viáticos para los empleados que viajen a otra ciudad; al conductor del vehículo en el cual viajaba Vásquez Abad para realizar los pagos en Guarne, Guadalupe y Riogrande, se le cubrieron los viáticos, no así al demandante; la Empresa ha discutido el derecho a viáticos de Vásquez Abad alegando que éste viajaba en vehículos de la empresa y se alimentaba en campamentos de la misma, pero en casos similares hizo el reconocimiento a otros trabajadores; Vásquez Abad trabajaba los domingos y festivos nacionales y religiosos, los cuales le eran sobrerremunerados sin sujeción a lo estatuído en la Convención Colectiva de Trabajo, de 1953 cláusula 3ª; las vacaciones no se le liquidaron en la forma estipulada en la cláusula vigésimotercera de la Convención Colectiva; Vásquez Abad estaba afiliado al Sindicato y ha reclamado en forma insistente se le haga el reconocomiento de los demandados.

Fundamentó su derecho en las leyes 6ª de 1945, 64 y 65 de 1946, 72 de 1947 y en los Decretos Nacionales 2127 de 1945 y 797 de 1949.

El apoderado de las Empresas Públicas de Medellín, al contestar la demanda, aceptó la prestación de servicios en el lapso mencionado; otros hechos fueron aceptados parcialmente y negó los demás. Propuso las excepciones de pago e "inexistencia de las obligaciones".

Agotado el trámite de la primera instancia, el Juez del conocimiento, que lo fue el Tercero Laboral del Circuito de Medellín, desató la litis mediante sentencia dictada el 30 de enero de 1970, por medio de la cual condenó a las Empresas Públicas de Medellín a pagar al señor Alfonso Vásquez Abad la suma de diez y siete mil ochocientos veinte pesos ($ 17.820.00) por concepto de viáticos y cuarenta y cinco pesos con 12|100 ($ 45.12) diarios a partir del 1º de abril de 1964 y hasta cuando se le cubra al demandante lo que se le adeuda, o se haga el depósito ante autoridad competente, por concepto de la indemnización a que se contrae el Decreto 797 de 1949; absolvió a las Empresas Públicas de Medellín de las demás peticiones formuladas en la demanda; no declaró probadas las excepciones propuestas y no hizo condena en costas.

Apelaron ambas partes. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Laboral, al decidir la alzada en fallo de doce de marzo de mil novecientos setenta, revocó la sentencia de primer grado "con la advertencia de que el actor queda con derecho a recibir, si aún no lo ha hecho, las sumas que le fueron reconocidas por concepto de algunos viáticos", y la confirmó en cuanto a las absoluciones por los restantes conceptos. No dijo nada en cuanto a costas. La decisión del ad-quem, aún cuando confusa en su redacción, debe entenderse en el sentido de que se revocan las condenas proferidas por el a-quo por concepto de viáticos, y que en su lugar de dichas condenas se absuelve a la entidad demandada de las peticiones respectivas, confirmando además la absolución por los otros conceptos pedidos en la demanda.

Recurrió en casación la parte demandante. El recurso se decidirá previo el estudio de la repectiva demanda y de la réplica del opositor.

Alcance de la impugnación

La formula así el recurrente: "De prosperar el cargo que se formula en esta demanda, la Honorable Corte Suprema de Justicia deberá casar el fallo acusado y al proferir el que ha de reemplazarlo, condenar a la entidad demandada, Empresas Públicas de Medellín, con domicilio en esa ciudad, a pagar al demandante las siguientes sumas: a) $ 505.00 por concepto de viáticos (valor del almuerzo) causados con motivo de sus viajes a los sitios de pago de Piedras Blancas y La Honda, en los términos de la Resolución número 036 de abril 24 de 1964, originaria de la entidad demandada y cuyo texto obra a folios 101 y 102 del expediente y además 173 y s.s. del mismo; b) $ 48.19 diarios, ó el que haya sido su salario diario mensual a partir del nonagésimo primer día inclusive, contado ese plazo desde el día 2 de enero de 1964 y hasta la fecha en que la entidad demandada pague el valor de los viáticos de que se ha hablado".

Con fundamento en la causal primera de casación formula un solo cargo, que enuncia así: "La sentencia acusada es violatoria del artículo primero de la Ley Sexta de 1945, de los artículos primero, segundo, cuarto y veintiséis (ordinales primero, tercero y doce) del Decreto 2127 de 1945. Del parágrafo segundo del artículo sexto del Decreto 2127 de 1945. Del parágrafo segundo del artículo sexto del Decreto 1160 de 1947, del artículo primero del Decreto 797 de 1949, que sustituye el 52 del Decreto 2127 de 1945, todos ellos normas sustantivas, por falta de aplicación. La violación de estas normas sustantivas es consecuencia de la violación de medio de una norma contractual de carácter general dictada por las Empresas Públicas de Medellín sobre reconocimiento y pago de viáticos, que es el Decreto número 3 de abril 24 de 1957, concretamente su artículo octavo, y cuyo texto completo auténtico obra a folios 74 y 75. La violación se produjo por vía indirecta, y proviene de la falta de apreciación por el Honorable Tribunal Superior de Medellín, de la confesión judicial contenida en el Acta de Audiencia de marzo 12 de 1970, concretamente del párrafo que obra a folios 232 del expediente y cuyo texto es: "Seguidamente la Sala resolvió: exhórtese al Sindicato de las Empresas Públicas para que informe sobre la afiliación del demandante. Con respecto a la inspección ocular,

oportunamente se decidirá; en este estado el señor apoderado de la parte opositora manifiesta que al demandante en verdad no se le ha efectuado pago alguno de viáticos, y sobre un reconocimiento que le fue hecho, se elaboró el cheque, que no quiso recibir. Así las cosas, el Tribunal consideró innecesaria la práctica de dicha inspección ocular". En virtud de la falta de apreciación de esa confesión judicial, se incurrió en el error de hecho que aparece de modo manifiesto en los autos, de considerar pagados unos viáticos reconocidos por la demandada. El hecho cierto, resultante de la apreciación de la confesión judicial indicada es que las Empresas Públicas de Medellín, parte demandada, no han pagado los viáticos reconocidos al demandante mediante Resolución número 36 de abril 24 de 1964. Como consecuencia de ese error de hecho manifiesto no se dio aplicación a las normas sustantivas violadas, de cuya vigencia resulta que debió ordenarse en la sentencia el pago de esos viáticos ya reconocidos y, además, darse aplicación al artículo primero del Decreto 797 de 1949, sustitutivo del artículo 52 del Decreto 2127 de 1945. Son violaciones de medio las de los artículos 1757 del Código Civil, en concordancia con los artículos 593 del Código Judicial y 145 del Código de Procedimiento Laboral; también son violaciones de medio las de los artículos 1769 del Código Civil, en concordancia con los artículos 604, 606 y 607 del Código Judicial y 145 del Código de Procedimiento del Trabajo".

Al sustentar la acusación dice el recurrente que las Empresas Públicas Municipales, a solicitud del demandante, dictó la Resolución número 036 de abril 24 de 1964 en la que reconoció al demandante la suma de quinientos cinco pesos ($ 505.00) dando así cumplimiento parcial al Decreto número 3 de abril 24 de 1957, mediante el cual se reglamenta el pago de viáticos a los trabajadores, posteriormente modificado por el Decreto número 9 del mismo año; que dicha Resolución fue apenas el paso previo al cumplimiento de la obligación para el cual tenía un plazo de noventa días; que en la audiencia de 12 de marzo de 1970 el representante legal de las Empresas hizo una confesión explícita y absolutamente inequívoca de que al demandante no se le ha efectuado pago alguno por concepto de viáticos y que sobre el reconocimiento hecho se elaboró el cheque que el demandante no quiso recibir; que entre la Resolución de reconocimiento y la fecha de la audiencia transcurrieron seis años y la entidad no ha consignado ante autoridad competente el valor reconocido; que el Tribunal no estimó esa confesión judicial, pues de haberlo hecho habría condenado a las Empresas Públicas de Medellín a pagar los viáticos reconocidos, y que como consecuencia de ese hecho plenamente demostrado del no pago, habría dado aplicación al artículo primero del Decreto número 797 de 1949, condenando a la entidad demandada a pagar el salario diario del trabajador, una vez cumplidos noventa días de la fecha del retiro.

El opositor se refiere a la acción declarativa o de conocimiento y a la ejecutiva, y concluye que obrando en el expediente copia auténtica de la Resolución número 036 de 24 de abril de 1964 de las Empresas Públicas de Medellín, que reconbció los viáticos por la misma suma impetrada por el recurrente, resulta fuera de lugar que se instaure un juicio de conocimiento para que se declare que el demandado debe pagar justamente lo que ha reconocido. Alude a la existencia de la buena fe en la demandada, que la exonera de pagar la indemnización por mora, y termina su réplica así:

"Pero algo más: Lo dicho en una audiencia de trámite por el apoderado de las Empresas no tiene el valor jurídico de confesión si nos atenemos al artículo 607 del Código Judicial. Dice este mandato que vale la confesión del representante legal, que ciertamente no lo era dicho apoderado, pues consta por pruebas presentadas por el propio actor que el Gerente de las Empresas era en aquella ocasión el doctor Alejandro Uribe Escobar y no Luis Velásquez, quien compareció a la audiencia. Situado en la posición de apoderado y no de representante legal, sus dichos los rige el 2º inciso del artículo 607, en cuanto dispone que la confesión del apoderado judicial vale solamente en cuanto tenga autorización para ha-

cerla; autorización que se presume para los escritos de demanda y contestación, pero no para ningún otro. Luego el día de la audiencia, 11 de octubre de 1967 (sic) en una simple audiencia de trámite, no tenía autorización el doctor Velásquez Uribe para confesar y su dicho no pudo comprometer ni perjudicar a las Empresas Públicas de Medellín".

Se considera

En el acta de la audiencia de trámite celebrada ante la Sala de Decisión Laboral respectiva del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el doce de marzo de mil novecientos setenta, se lee lo siguiente: "Seguidamente la Sala resolvió: exhórtese al Sindicato de las Empresas Públicas para que informe sobre la afiliación del demandante. Con respecto a la inspección ocular, oportunamente se decidirá, en este estado el señor apoderado de la parte opositora manifiesta que al demandante en verdad no le ha efectuado pago alguno de viáticos, y sobre un reconocimiento que le fue hecho se elaboró el cheque, que no quiso recibir. Así las cosas, el Tribunal consideró innecesaria la práctica de dicha inspección ocular". (Folio 232).

El apoderado de la parte "opositora" a que se refiere el párrafo transcrito es el doctor Luis S. Velásquez Uribe, a quien le confirió poder el señor Alejandro Uribe E., Gerente General de las Empresas Públicas de Medellín, en el mismo escrito contentivo de la contestación de la demanda (folio 11), habiéndosele reconocido personería por el Juzgado del conocimiento en providencia de trece de julio de mil novecientos sesenta y siete, y de allí en adelante continuó actuando como mandatario judicial de la entidad demandada.

En el cargo que se estudia, esa manifestación del doctor Velásquez Uribe, se califica por el impugnador como confesión judicial, para fundamentar en su falta de estimación la existencia del error de hecho que le atribuye al Tribunal Superior.

Ahora bien: como lo anota el opositor, el inciso segundo del artículo 607 del Código Judicial dispone: "La confesión del apoderado judicial vale cuando para hacerla haya recibido autorización de su poderdante, la que se presume para los escritos de demanda y excepciones y de las respuestas correlativas". De manera que esa manifestación hecha por el apoderado judicial de la demandada, ante Juez competente, por conocer el Tribunal Superior de la causa, de ser cierto un hecho que perjudica a su poderdante, no tiene valor alguno en el aspecto probatorio. En consecuencia no es posible fundamentar en su falta de apreciación por el ad-quem, la existencia de un error de hecho.

La circunstancia de que el Tribunal Superior se hubiese abstenido de practicar una inspección ocular para comprobar lo afirmado por el demandante, ante la sola declaración de que era cierto, hecha por el mandatario judicial de la demandada, no le da a dicha manifestación el mérito probatorio que la ley le ha negado.

Las razones anteriores son suficientes para que el cargo no sea viable dentro de los límites señalados en el artículo 7º de la Ley 16 de 1969. Además, y este también impediría a la Corte estudiar la acusación formulada, se indica como norma sustancial violada el artículo 1º del Decreto 707 de 1949, sin hacer referencia a la disposición que reglamenta, quedando en esta forma, como reiteradamente lo ha dicho la jurisprudencia de esta Corporación, incompleto el cargo, el cual, por lo ya dicho, 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 Medellín.

Costas a cargo del recurrente.

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

José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García B., José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

HOMOLOGACION

La Corte, por providencia de 27 de abril de 1971, declara INEXEQUIBLE el Laudo Arbitral proferido por el Tribunal de Arbitramento Obligatorio, convocado para dirimir el conflicto colectivo de trabajo suscitado entre las Empresas Públicas Municipales de Buenaventura y el Sindicato de Trabajadores de las mismas.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, veintisiete (27) de abril de mil novecientos setenta y uno (1971).

(Magistrado Ponente, doctor Miguel Angel García B.).

(Acta número 18).

El Ministerio del Trabajo y Seguridad Social por medio de resolución número 0263 de fecha veinticinco de marzo de mil novecientos sesenta y nueve convocó e integró un Tribunal de Arbitramento obligatorio con la finalidad de que dirimiera el conflicto colectivo existente entre las "Empresas Públicas Municipales de Buenaventura" y el Sindicato de Trabajadores de las mismas, conflicto que surgió con motivo de la presentación de un pliego por parte del Sindicato y sobre el cual no pudo llegarse a acuerdo en las etapas de arreglo directo y conciliación.

Las deliberaciones del Tribunal de Arbitramento constituído por los señores: doctor Celso Aguilera Jaramillo, señor Fernando Monzón Rivera, y doctor Jorge Isaacs Marínez, con la secretaría del señor Hernán Montalvo Escobar, se prolongaron desde el tres (3) de septiembre de mil novecientos sesenta y nueve (1969) hasta el diez y nueve del mismo mes, fecha esta última en que fue pronunciado el laudo arbitral.

El veinticinco de ese mes de septiembre la Secretaría del Tribunal de Arbitramento notificó la sentencia o laudo a las partes, y en ese acto interpuso el recurso de homologación el representante de las Empresas.

Concedido el recurso por proveído de fecha veintiséis de los mismos mes y año fue remitido el expediente a la Corte, en donde después de una solicitud dirigida a la División de Asuntos Colectivos del Ministerio del Trabajo, atinente a la remisión a esta Sala de algunos documentos relacionados con la prórroga del término que la ley señala a los árbitros para fallar, fue pronunciada por esta misma Sala la sentencia de fecha veinticinco de febrero de mil novecientos setenta por medio de la cual la Corte declaró INEXEQUIBLE el laudo recurrido por haber sido pronunciado extemporáneamente.

Como consecuencia de este pronunciamiento de la Corte, el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, por resolución número 0428 de 19 de abril de 1970, luego de los considerandos que estimó conducentes dispuso:

"Por intermedio de la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social del Valle del Cauca, cítese a los señores doctor Jorge Isaacs Marínez, Fernando Monzón Rivera, doctor Celso Aguilera Jaramillo y Hernán Montalvo Escobar, mayores de edad y vecinos de Cali para que en calidad de

miembros del Tribunal de Arbitramento Obligatorio convocado por medio de Resolución número 0263 del 25 de marzo de 1969 para decidir el conflicto colectivo laboral existente entre las Empresas Públicas Municipales de Buenaventura y el Sindicato de sus Trabajadores, se reuna nuevamente en la ciudad de Cali y profieran el laudo arbitral correspondiente, dentro del término legal, en consideración a lo expresado en la parte motiva de esta providencia, con relación al laudo arbitral que dicho Tribunal de Arbitramento profirió con fecha 19 de septiembre de 1969, en el citado negocio.

"Parágrafo. Para el cumplimiento de lo dispuesto en este artículo, envíese a los miembros del expresado Tribunal el expediente que recoge su actuación anterior.

"Artículo segundo. El Tribunal de Arbitramento Obligatorio a que se refiere el artículo anterior, proferirá el fallo arbitral dentro del término señalado en el artículo 459 del Código Sustantivo del Trabajo, que se contará desde la fecha en que quede notificada esta Resolución a todos los miembros del referido Tribunal.

"Dicho fallo debe notificarse legalmente a las partes, para los efectos procedimentales a que haya lugar.

"Artículo tercero. Comisiónase a la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social del Valle del Cauca para que notifique personalmente esta resolución a cada uno de los miembros del supradicho Tribunal de Arbitramento, indicados en el artículo primero de esta Resolución".

La División Departamental de Trabajo y Seguridad Social del Valle del Cauca, en virtud del citado ordenamiento del Ministerio del Trabajo, dio posesión a los mencionados árbitros entendiendo la resolución del Ministerio, naturalmente como una reintegración del aludido Tribunal de Arbitramento, mediante acta de diez y nueve de enero del año en curso.

Los árbitros se instalaron el veinte de enero y en la misma fecha profirieron el laudo que consiste en una transcripción literal del pronunciado anteriormente, con salvamento de voto también del Arbitro José Isaacs Marínez.

Notificada esa sentencia arbitral fue interpuesto contra ella el recurso de homologación por parte de las Empresas Públicas Municipales de Buenaventura, y concedido éste por auto de veintiocho de enero del año en curso, remitido el expediente a la Corte, se procede a resolver:

Cuando la Sala Laboral de la Corte en su sentencia de fecha veinticinco de febrero de mil novecientos setenta, en este mismo asunto, consideró que aquel primer laudo había sido pronunciado con posterioridad al plazo señalado, sin que las partes en conflicto hubieran acordado prórroga y que por consiguiente ese pronunciamiento no tenía vigencia jurídica, de donde dedujo la declaratoria de inexequibilidad, significó claramente desde luego que la jurisdicción de tal Tribunal estaba agotada.

Competía por tanto al Ministerio, no una reintegración del Tribunal anterior sino la convocatoria de uno nuevo, siguiendo para ello el procedimiento señalado por la ley, que es de orden público y de obligatorio cumplimiento.

Sobre este tópico de la composición de Tribunales de Arbitramento obligatorio ha dicho la Corte:

"En sentencia de fecha 20 de noviembre de 1970, dictada en Sala Plena Laboral, por reunión de sus dos secciones, la Corte al resolver el recurso de homologación contra el Laudo Arbitral que decidió el conflicto colectivo entre la sociedad 'Expreso Trejos Ltda" y su sindicato de Base, indicó que todo lo que concierne a la integración de los Tribunales de arbitramento obligatorio, a su funcionamiento, quórum, facultades de los árbitros, término para fallar y decisión del conflicto a través de una sentencia que toma el nombre de 'Laudo', es de orden público, y por tanto, la omisión o desconocimiento de las normas positivas que regulan esta materia producen la inexequibilidad total de laudo.

"También dijo que el control jurisdiccional que otorga la ley a la Corte en relación con esta clase de laudos es completo, y que por tanto, su función en el recurso de homologación, no se limita a comparar las disposiciones de la sentencia arbitral con los derechos reconocidos a las partes por la Constitución, la ley o la convención colectiva vigente, para homologarla si no los efectuaren, o para declararla inexequible en caso contrario, sino que examina la regularidad del laudo, y al proceder en esta forma, no puede eludir porque va implícito en ello, el estudio de la naturaleza del conflicto, si se han cumplido las etapas de arreglo directo y de conciliación, si el Tribunal ha sido integrado conforme a la ley, si ha funcionado como ésta lo ordena y si ha proferido sentencia dentro del término respectivo y sobre la materia debatida.

"Igualmente en la sentencia citada, se estudió lo referente a la integración de los Tribunales de arbitramento y luego de analizarse las disposiciones del C. S. T., las que posteriormente las subrogan y la ley 48 de 1968, no solamente respecto a su texto, sino lo concerniente a su historia, concluyó que fue deseo del legislador que se modificara la constitución de todos los Tribunales de Arbitramento obligatorio que consagra la ley, como consecuencia de lo acordado en el Consejo Nacional del Trabajo, y que, el querer del legislador quedó reflejado en el texto mismo del numeral 3º del artículo 3º de la citada ley 48, que reguló la integración de tales Tribunales, así: un árbitro nombrado por cada una de las partes, y el tercero, designado dentro de las 48 horas siguientes por los principales, una vez posesionados del cargo, dejando al Ministerio del Trabajo y Seguridad Social la facultad de nombrar el tercer árbitro, solamente en el caso de falta de acuerdo de los primeros, y escogiéndolo de la lista a que se refiere el numeral mencionado.

"Se dijo también que un Tribunal obligatorio integrado por árbitros designados en forma distinta de la señalada en la ley 48 de 1968, no adquiere jurisdicción para decidir el conflicto, no obstante que se cumpla el requisito de la posesión de los árbitros y por tanto, la sentencia que dicte es inexequible". (Sentencia de 23 de enero de 1971: Electrificadora de Bolívar S. A. y el Sindicato de Trabajadores de la misma).

En el caso sub-judice, como está anotado antes, el Ministerio del Trabajo no cumplió con los requisitos preceptuados por la ley 48 de 1968, pues las partes no intervinieron en el nombramiento de quienes debían integrar el nuevo Tribunal de Arbitramento, y como es obvio, tampoco tuvieron oportunidad los árbitros de designar el tercero, sino que, por medio de la antecitada resolución 0428 de 1970 designó a todos los tres árbitros y al Secretario, en forma de reintegración.

Esta indebida constitución de tal Tribunal de Arbitramento produce el efecto de que éste no adquiere jurisdicción para decidir el conflicto y como resultado, el laudo que dictó y que es ahora objeto del recurso, resulta inexequible y así lo declarará la Corte.

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, DECLARA INEXEQUIBLE el laudo arbitral de fecha veinte de enero del corriente año, pronunciado para dirimir el conflicto colectivo de trabajo entre las Empresas Públicas Municipales de Buenaventura y el Sindicato de Trabajadores de la misma.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase al Ministerio del Trabajo y Seguridad Social para lo de su cargo.

José Enrique Arboleda V., Miguel Angel García B., José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía O., Secretario.

SOCIO EMPLEADO

La condición de socio no excluye necesariamente la de trabajador, pues se puede llegar a tener en forma coetánea las dos calidades.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., abril veintisiete de mil novecientos setenta y uno.

(Ponente: Abogado Asistente, Doctor Juan Manuel Gutiérrez Lacouture).

(Acta número 21).

Contra la sentencia de dieciséis de marzo de mil novecientos sesenta y siete, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira en el juicio ordinario de trabajo adelantado por Gilberto Solórzano Isaza contra la sociedad "Distribuidora Pereira Ltda.", el procurador judicial del demandante ha interpuesto el recurso de casación que la Corte va a resolver con examen de la demanda que lo sustenta y del escrito de oposición.

Se afirmó en el libelo inicial que el actor prestó sus servicios a la demandada, en calidad de Gerente y con una remuneración que al principio se convino en un 20% de las utilidades líquidas, con garantía de un mínimo de $ 1.000.00 mensuales, y que más tarde se aumentó a un 25%, desde el 28 de agosto de 1952 hasta el 20 de abril de 1966, es decir, por un lapso de 13 años, 7 meses y 12 días. En la escritura social se le asimiló a la categoría de socio industrial con la única finalidad de burlarle el pago de las prestaciones sociales, propósito que fue cumplido, pues nunca se le reconocieron primas de servicio, vacaciones ni cesantía. También se le adeudan las comisiones correspondientes al último mes.

Con base en los anteriores hechos se impetró condena por las prestaciones y comisiones aludidas y por la indemnización proveniente de la mora en el pago de ellas.

La empresa se opuso a la prosperidad de esas pretensiones aduciendo que Solórzano jamás tuvo el carácter de trabajador, pues fue socio industrial en un comienzo y socio capitalista a partir del año de 1957. Alegó las excepciones de inexistencia de la obligación, petición de modo indebido, inepta demanda, falta de causa para pedir, declinatoria de jurisdicción, compensación, prescripción y pago.

El Juzgado Primero Laboral Municipal de Pereira —que fue el del conocimiento— al desatar la litis, mediante fallo de treinta y uno de enero de mil novecientos sesenta y siete, absolvió a la demandada de todos los cargos contra ella formulados e impuso las costas al actor.

Tal decisión fue confirmada por el Tribunal Superior de Pereira al resolver la alzada interpuesta por el apoderado del demandante en la sentencia que es materia del recurso extraordinario.

El recurso

Persigue la casación total del fallo acusado, para que la Corte, en sede de instancia, revoque el de primer grado y, en su lugar, acoja las peticiones del libelo primitivo.

La impugnación está contenida en los dos cargos que se van a estudiar, formulados con apoyo en la causal primera del artículo 60 del Decreto 528 de 1964.

Primer cargo

La sentencia viola, por interpretación errónea, el artículo 6º de la Ley 124 de 1937, en relación con los artículos 2º y 3º del mismo estatuto, por aplicación indebida, y con los artículos 20, 22, 23, 24, 25, 28, 249, 253, 306 y 65 del C. S. T. y 7º del Decreto 617 de 1954, 14 y 17 del Decreto 2351 de 1965, por falta de aplicación.

El recurrente inicia la demostración del cargo distinguiendo las siguientes tres etapas en las relaciones jurídicas de los litigantes:

"1ª Una de trabajo en que el actor, sin ningún vínculo de sociedad con la Distribuidora Pereira, le prestó a ésta servicio como trabajador dependiente y que comprende el período del 14 de agosto de 1952 al 19 de mayo de 1953.

"2ª Otra en que el demandante fue socio industrial de la Distribuidora y que abarca el período del 19 de mayo de 1953 al 1º de agosto de 1957.

"3ª Otra en que el actor fue socio industrial y capitalista de la sociedad, comprensiva del período del 1º de agosto de 1957 al 20 de abril de 1966".

Se refiere luego a la segunda etapa —socio industrial— y después de resumir las consideraciones del fallo acusado y de aceptar que la situación de hecho es la descrita por el Tribunal, vale decir, que el actor fue primero socio industrial y como tal administrador de la compañía, con facultades de representación, y por último socio capitalista, sin ninguna subordinación respecto de aquella, concreta la acusación así:

"De acuerdo con la Ley orgánica de las sociedades de responsabilidad limitada, 124 de 1937, el aporte de industria solo da derecho a una participación en los beneficios sociales (art. 6º). En el caso litigado, el demandante, como socio industrial de la Distribuidora, recibe a título de retribución de su aporte, un porcentaje en las ganancias de la sociedad. Puede afirmarse entonces que su situación jurídica es la prevista por la disposición legal citada.

"Así las cosas, se tiene:

"En las sociedades de que se trata, es esencial el pago de los aportes en la escritura de constitución, como lo exige el art. 2º de la Ley 124 y lo corrobora el 3º del mismo estatuto. Si ello es así, en dicha sociedad no tiene cabida el socio industrial, o sea el que solo aporta su trabajo personal, porque su obligación como trabajador es de hacer, no susceptible de valuación en dinero, y se agota a medida que se presta el servicio. Puede argumentarse en contra que la ley en cita, en su art. 6º, admite el socio industrial. Al respecto observo que en la exposición de motivos de la ley 124 se dijo que era inadmisible el aporte en industria en la sociedad de responsabilidad limitada. Comentando la norma del art. 6º de la ley, observa el doctor Alberto Zuleta Angel, en sus conferencias de Derecho Comercial:

"Conviene anotar que es claro que si la ley exige el pago íntegro del capital para la constitución de la sociedad, no puede admitirse el aporte en industria, porque no puede pagarse en el momento en que aquella se constituye". A qué título, se pregunta el expositor, el que le presta servicios a la sociedad viene a participar en los beneficios sociales? ¿A título de socio? No. Porque para ser socio se requiere efectuar un aporte y en ese caso no puede decirse que el aporte consista en la industria, pues la voluntad de la ley fue excluir esa clase de aportes.

"Agrega que la disposición "habla expresamente del aporte en industria y la intención del legislador fue excluirlo. De manera que aun cuando es claro que si la ley exige el pago íntegro del capital social, no debe ser admitido el aporte en industria, el art. 6º no quedó claro y se presta a confusión. Mejor hubiera sido prescindir de la disposición, ya que para llegar a la conclusión de que no se admite el aporte en industria, bastaba el requisito del pago íntegro del capital social en el momento de la constitución de la sociedad".

"El doctor Gabino Pinzón, en su obra de Derecho Comercial, al tratar del aporte en industria, expone:

"El aporte de industria puede hacerse por un valor global determinado, para liberar o pagar con él cuotas del capital social; o puede hacerse sin ese valor, para participar simplemente en los beneficios sociales". En el segundo caso —agrega— "cuando con el trabajo personal no se pagan cuotas del capital sino que simplemente se participa en las utilidades de la empresa social, la posición del socio industrial puede asimilarse a la de un trabajador de la sociedad, cuya remuneración —pagada en forma de una participación fija o variable en las utilidades sociales— afecta solamente la cuenta de resultado, como la de los demás trabajadores de la sociedad que no hayan contraído por el mismo contrato social la obligación de prestar sus servicios; por eso es lógico que su posición jurídica no se equipare entonces a la de los otros asociados y que carezca de los derechos inherentes a la calidad de socio". (Vol. II. Sociedades, p. 253)".

"No se refiere el anterior comentario al aporte de industria en la sociedad de responsabilidad limitada, sino a dicho aporte en toda especie de sociedad. Frente a las dos opiniones: la de Zuleta Angel, que rechaza la figura del socio industrial en la compañía de responsabilidad limitada, y la de Gabino Pinzón, que lo coloca en el plano del trabajador dependiente, cuál puede y debe considerarse acorde con las normas legales?

"Si se atiende a la regla de interpretación contenida en los arts. 27 y 32 del Código Civil, debe aceptarse de los dos conceptos, el del tratadista Pinzón; de no ser ello así, quedaría sin aplicación alguna el texto del art. 6º de la Ley 124 de 1937.

"Por tanto, si se presta a confusión la norma mencionada o resulta dudoso su entendimiento, la viola el sentenciador por errónea interpretación, porque de los dos significados que ofrece prefiere el que menos se acomoda al espíritu general de la legislación y a la historia fidedigna del establecimiento del estatuto de 1937. Y no se diga que el fallo no se ocupó del art. 6º de la Ley 124, porque no habría podido admitir la categoría del socio industrial asignada al demandante en el contrato social, sin tomar en cuenta lo preceptuado en aquella norma".

El opositor critica la demanda y afirma que el recurrente es quien interpreta el artículo 6º de la Ley 124 de 1937 pero en un sentido que no se acomoda a su verdadero alcance y que no hace otra cosa que plantear un problema ya superado por la doctrina y la jurisprudencia, acerca de si la sociedad de responsabilidad limitada admite socios industriales o no. Sostiene que las leyes hay que interpretarlas en el sentido en que produzcan algún efecto y que si el artículo 6º reglamenta los derechos de los socios industriales es porque admite su existencia en las sociedades de responsabilidad limitada.

Consideraciones de la Sala

1. La esencia del fallo acusado no es —como lo entiende el impugnador— que el demandante, por haber sido socio industrial, no hubiese podido tener la calidad de trabajador, sino que el vínculo de naturaleza laboral no aparece acreditado en el proceso por ausencia del elemento subordinación. La sentencia, siguiendo los pasos de la jurisprudencia sentada por el extinguido Tribunal Supremo y reiterada por esta Corporación, transcrita en lo pertinente por los juzgadores de instancia, admite que **la condición de socio no excluye necesariamente la de trabajador, pues se puede llegar a tener en forma coetánea las dos calidades.** La razón para que se hubiese negado esta última no fue que estuviera probada la primera, sino la de que la segunda no se tuvo por no concurrir los presupuestos de ley que hacen posible esa calificación. En tales circunstancias, el artículo 6º de la Ley 124 de 1937 no influyó en la solución del litigio ni su presunta violación tuvo incidencia en la parte resolutiva del fallo.

2. La única norma que se acusa como mal interpretada es el artículo 6º, en cuanto se admitió la calidad de socio. Pero ocurre que

el propio recurrente acepta que el actor tuvo este carácter y "que su situación jurídica es la prevista por la disposición legal citada". Luego, si está de acuerdo con el sentenciador carece de sentido la acusación por interpretación errónea.

3. El fallo impugnado no hace exégesis alguna del precepto legal en cuestión, pues ni siquiera lo menciona. Si llega a la conclusión de que el demandante fue socio es con base en las pruebas que analiza. Y si el recurrente estima que nunca tuvo esta calidad, resulta evidente que el camino escogido para formular la acusación no es el adecuado.

Con fundamento en lo expuesto, el cargo se rechaza.

Segundo cargo

Violación indirecta de las mismas normas relacionadas en el anterior y del art. 43 del C. S. T. Las de la Ley 124 de 1937 —artículos 2º, 3º y 6º— por aplicación indebida; y la de los artículos 20 y 25, 22, 23, 24, 28, 43, 65, 249, 253 y 306 del C. S. T. y 7º del Decreto 617 de 1954 y 14 y 17 del Decreto 2351 de 1965, por falta de aplicación. Todo a consecuencia de manifiestos errores de hecho provenientes de la falta de estimación de los documentos de folios 5 y 6; del acta de folio 8; de la inspección ocular (fls. 56 y 57); del dictamen pericial y su ampliación (fls. 58 a 61 y 80.; y de la equivocada apreciación de las escrituras públicas números 7292 de 1950, de la Notaría 4ª de Medellín (fs. 39 a 44); 2389 de 1953, de la Notaría 3ª del mismo circuito (fs. 17 a 21); 4451 de 1955 y 4061 de 1957 de esta misma Notaría, y de las cartas de folios 9 a 11.

Los errores imputados son:

"a) No dar por demostrado, estándolo, que Gilberto Solórzano fue trabajador dependiente de la Distribuidora durante el período comprendido entre el 14 de agosto de 1952 y el 19 de mayo de 1953.

"b) Dar por demostrado, no estándolo, que la vinculación jurídica entre las partes la legalizó la escritura número 2389 de 19 de mayo de 1953, sobre la constitución de la sociedad demandada.

"c) No dar por establecido, estándolo, que Solórzano ejerció las funciones de administrador de la sociedad, como socio industrial, bajo su dependencia, desde el 14 de agosto de 1952 hasta el 20 de abril de 1966".

Como en el ataque precedente, el impugnador distingue tres períodos en las relaciones entre las partes: trabajo dependiente, socio industrial y socio capitalista.

Cuanto al primero, expresa que el Tribunal, de los tres elementos del contrato de trabajo, solamente encontró establecidos en el juicio la actividad personal y el salario, pero que el fallo impugnado únicamente predica la ausencia de la subordinación durante el tiempo en que el actor fue socio industrial y capitalista de la sociedad, o sea del 19 de mayo de 1953 al 20 de abril de 1966. Respecto de la vinculación anterior, es decir, del 14 de agosto de 1952 a mayo de 1953, la sentencia, después de citar la escritura 7292 de 1950, por la cual se constituyó la Distribuidora Pereira y de aceptar que los que allí aparecen como sus socios ofrecieron a Solórzano la administración de la compañía y le fijaron las condiciones para ejercerla, "según las constancias de folios 9 a 11", concluye afirmando que "en ella nada se dijo de socio industrial", por lo cual apreció mal las tres pruebas de que hace mérito, ya que ellas demuestran que el actor fue trabajador dependiente, sin vínculo alguno de sociedad, durante un período que, por lo menos, se extiende hasta el 19 de mayo de 1953, fecha en la que Solórzano asumió la calidad de socio industrial. La parte demandada —continúa aseverando el casacionista— no niega la realidad del hecho afirmado, como se infiere de lo dicho por su apoderado en el alegato de conclusión de segunda instancia, en el cual, al hablar de la prescripción de esos derechos, aceptó que habían existido.

En relación con el segundo período —socio industrial— expone que el actor adquirió este carácter por medio de la escritura

número 2389 de 19 de mayo de 1953 y que su subordinación a la sociedad es un hecho probado en el juicio. Del citado instrumento, el impugnador destaca la cláusula primera, que menciona al demandante como socio industrial; la sexta, que lo designa como administrador de la compañía; la décima, que determina la forma de distribuir las utilidades; la duodécima, que dispone deducir en el balance las utilidades para liquidar el porcentaje del socio industrial; y la octava, que impone al administrador o gerente la obligación de obtener la autorización de la Junta Directiva cuando ésta lo determine, la de presentarle informes y cumplir las funciones que ella señale. Se refiere también a la cláusula de la escritura de reforma número 4451 de 1955, por la cual se declara que el administrador Solórzano debe dedicarle a la Compañía "su capacidad normal de trabajo, pero no con el carácter de trabajador subordinado, sino como socio industrial, sin derecho a prestaciones sociales", para deducir que se le caracterizó como trabajador subordinado, no obstante la advertencia ineficaz en sentido contrario. Observa, además, que la retribución de los servicios se fijan en un porcentaje de las utilidades líquidas y que las pérdidas son de cargo de los capitalistas únicamente, todo lo cual demuestra que el actor tuvo el carácter de empleado, pues la de socio, aún con la calidad de industrial, le habría hecho responsable de pérdidas, y no habría tenido la obligación de sujetarse al control de la Junta Directiva, lo que pone de manifiesto su dependencia de la sociedad, eliminando el carácter de mandatario, que debe obrar con autonomía.

Y respecto del último período sostiene que si bien mediante la escritura 4061, de 1º de agosto de 1957, Solórzano ingresó como socio capitalista, lo hizo sin perder la calidad que tenía de socio industrial, en cuyo carácter continuó ejerciendo el cargo de administrador, ya que al tenor de la cláusula cuarta de la escritura 4451 de 1955, "la administración y representación de la sociedad estarán a cargo de un socio industrial, quien podrá ser uno de los socios capitalistas y será nombrado por acuerdo de los demás socios", cláusula que no aparece modificada posteriormente. De ahí que la circunstancia de que Solórzano hubiera ingresado a la Compañía como socio capitalista, no afectara su posición como socio industrial y, como tal, administrador de aquella. Por lo tanto, las consideraciones que se hicieron en relación con la segunda etapa son aplicables también a esta última.

Se examina el cargo

Conviene anotar, en primer término, que de las pruebas que el casacionista señala como no estimadas, solo dejaron de serlo los documentos de folios 5, 6 y 8; tanto la diligencia de inspección ocular como el dictamen pericial y su ampliación fueron apreciados por el fallador y de ellos hizo expresa mención en la sentencia. Mas aún aceptándose como cierta en su totalidad la afirmación del recurrente, la falta de estimación de esos medios probatorios no pudo haber determinado ninguno de los errores que se afirman y resulta lógica desde el punto de vista del fallador, pues ellos apenas servirían para acreditar que los servicios se prestaron efectivamente y el valor de las participaciones recibidas por Solórzano, en el supuesto de que hubiese existido contrato de trabajo. Pero como el juzgador no admitió la existencia de un vínculo de esta índole, no estaba obligado a examinarlos. Otra cosa es que la Corte debe tenerlos en cuenta en el evento de que el cargo prospere y para la correspondiente decisión de instancia.

En lo que toca con el primer período, el Tribunal analiza la escritura pública número 7292 de 1950 y las cartas de folios 9 a 11, y admite que por medio de aquel instrumento se constituyó la sociedad "Distribuidora Pereira Limitada" en la que figuraron como socios, entre otros, Jaime Uribe, Rodrigo Vásquez M. y Horacio Hernández, y que éstos, según las aludidas cartas, ofrecieron la administración de la compañía a Solórzano y le determinaron las condiciones generales para el desempeño del

cargo. Es esto lo que dicen las cuestionadas pruebas, y no existe ninguna otra que acredite que los servicios se prestaron desde aquella época, por lo cual no cabe la imputación de que fueron incorrectamente apreciadas.

La inspección ocular y el dictamen pericial registran que la vinculación de Solórzano con la sociedad apenas empezó el 26 de mayo de 1953, y así se explica la afirmación del Tribunal en el sentido de que hay un vacío entre la fecha de aquella primera escritura y la de la número 2389 de 19 de mayo de 1953, lapso dentro del cual fueron escritas las referidas cartas. Hubo, pues, el ofrecimiento, pero todo indica que las funciones de administrador no se desempeñaron en ese período.

La escritura número 2389 de 19 de mayo de 1953 marca el punto de partida de la que en el juicio se ha distinguido como segunda etapa en las relaciones de los contendientes. Por medio de este instrumento se constituye nuevamente la sociedad "Distribuidora Pereira Limitada" y en él figura Gilberto Solórzano como socio fundador, con el carácter de socio industrial. En esa escritura, para lo que concierne a la litis, se destacan las siguientes estipulaciones: La administración y representación de la sociedad estarán a cargo de Solórzano, en quien los demás socios delegan sus facultades de administrar la Compañía, de representarla y de hacer uso de la razón social, con sujeción a los requisitos que se fijen en la escritura de constitución y sus reformas, entre ellos la asesoría de una Junta Directiva, a la cual debe consultar para hacer negocios de más de $ 50.000.00 o que no sean del giro ordinario. El Gerente o Gestor debe presentar a la Junta Directiva un informe detallado de la marcha de la sociedad en los meses de julio y diciembre de cada año y cumplir las demás funciones que le asigne la mayoría de los socios directamente o por medio de la Junta Directiva, y las que por la naturaleza de su cargo le correspondan. La Junta Directiva estará compuesta por tres miembros así: Uno por la Sociedad Comercial General S. A.; otro por acuerdo entre los demás socios y un tercero de común acuerdo entre el socio industrial y la Sociedad Comercial General S. A. Las utilidades se distribuirán así: el 20% para Solórzano y el 80% para los demás socios.

Del análisis de esta prueba, el Tribunal deduce que la vinculación jurídica entre el demandante y Distribuidora Pereira Limitada se legalizó por medio de la ameritada escritura; que ingresó realmente como un socio industrial, en quien los demás socios, que eran capitalistas, delegaron la dirección y representación de la compañía, por lo mismo que su aporte era el de su trabajo y conocimientos en la materia; que tenía algunas limitaciones en su gestión, pues es lógico que los socios cuiden su interés social y prevean que, para ciertos casos, no sea la opinión de uno solo la que decida, sino que deba consultarse a la Junta Directiva que ellos mismos han elegido; que esta Junta era órgano de consulta y asesor del gerente, pero en ningún caso su patrón, ya que el socio-gerente tiene en ella su representante y si se le concedía ese derecho es porque se le consideraba en igualdad jurídica dentro de la sociedad y no como un trabajador subordinado, "porque resulta absurdo que si el llamado socio industrial estuviera bajo la continuada subordinación o dependencia de la Junta Directiva, se le diera la facultad de elegir su propio patrón".

A juicio de la Sala, las anteriores apreciaciones del fallador son atinadas y solo cabe hacerles el reparo —que contribuye a relievar la independencia del demandante— de que éste tenía derecho a participar en la elección de dos de los tres miembros de la Junta Directiva, conforme a la cláusula novena, pues uno era nombrado por la Sociedad Comercial General S. A.; otro por acuerdo de los demás socios, entre los cuales se encontraba lógicamente Solórzano, y el tercero era designado por la Sociedad Comercial y el socio industrial.

La ausencia de subordinación de Solórzano y su igualdad jurídica con los demás socios se destaca aún más ante la consideración de que participó con ellos en las reformas que se le introdujeron a la sociedad por medio de las escrituras números

4451 de 28 de diciembre de 1955 y 4061 de 1º de agosto de 1957, reforma esta última mediante la cual adquiere, además, el carácter de socio capitalista, calidad que conservó hasta la fecha de su desvinculación con la compañía. Dentro de este período participó en otras reformas sociales, como la contenida en la escritura número 2523 de 1958, y en él no ocurrió ningún hecho nuevo que menguara su independencia y permitiera calificarlo como un trabajador subordinado.

Si a todo lo anterior se agrega que Solórzano en ningún momento prestó servicios distintos de los prometidos como aporte o a las facultades administrativas inherentes a su condición de socio de una sociedad de responsabilidad limitada, resulta manifiesto que la existencia de un contrato de trabajo entre las partes no ha sido demostrada en el juicio.

El Tribunal, en consecuencia, no incurrió en los errores de hecho que se le imputan y el cargo no prospera.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia materia del recurso, proferida en este negocio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira el día dieciséis de marzo de mil novecientos sesenta y siete.

Costas a cargo del recurrente.

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.

LA JUSTICIA Y EL DERECHO

Se pretende por el ad-quem salvar su error expresando que no se puede sacrificar la justicia por el derecho, olvidando que no se puede hablar de derecho prescindiendo de su relación de justicia, porque si esta es el objeto del derecho como lo han entendido los autores, también el derecho es el objeto de la justicia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, abril veintinueve (29) de mil novecientos setenta y uno (1971).

(Ponente: Abogado Asistente, doctor Gerardo Rojas Bueno).

(Acta número 17).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el apoderado de Guillermo A. Belalcázar, contra el fallo del Tribunal Superior de Cali, Sala Laboral, pronunciado por éste en el negocio que el recurrente adelanta contra la empresa "Esso Colombiana S. A.". Agotado el trámite de ley se procede a decidir lo pertinente, con la observación de que existe oposición.

Antecedentes

Por medio de apoderado, Guillermo Augusto Belalcázar presentó demanda contra la Empresa "Esso Colombiana S. A.", para que le fueran canceladas algunas sumas de dinero por concepto de "primas de servicio", "presentivo de Trabajo", "salarios caídos" y las que resultaren "por concepto de cualquiera otra prestación". Apoyó su solicitud en los siguientes hechos:

El trabajador inició contrato de trabajo con la demandada, primeramente por un año, pero al final tenían celebrado un contrato a término indefinido. La relación jurídica se inició el 21 de agosto de 1951 y se terminó unilateralmente y sin previo aviso por parte de la empresa, el día 12 de mayo de 1965. Al finalizar el contrato se le cancelaron al trabajador todas sus prestaciones sociales, con excepción de la prima de servicios del período comprendido entre el 1º de enero al 12 de mayo del año últimamente indicado. Durante el tiempo de servicios que fue de 13 años, 7 meses y 21 días, la empresa no tuvo quejas del trabajador, quien por lo demás estaba en vía de jubilación con un sueldo final de $ 1.960.00. Durante el último período de vacaciones Belalcázar suministró unos tambores vacíos a la demandada, debidamente autorizado para ello por el señor Luis A. Guerrero. Los cheques con que se pagó el negocio fueron endosados al mismo Belalcázar quien los depositó en su cuenta corriente. Este hecho dio origen a una investigación que culminó en el rompimiento del contrato de trabajo, por cuanto los descargos formulados por el demandante no satisficieron a la demandada, no obstante que en la referida investigación terció el Sindicato de la Empresa explicando lo sucedido en defensa del trabajador. Con el negocio celebrado por Belalcázar, la empresa no recibió perjuicios de ninguna índole, de aquí que no había razón para la terminación del contrato en la forma en que se hizo por la demandada.

Tramitado el negocio en primera instancia, luego de las explicaciones que la empresa formuló al contestar la demanda y de las pruebas que presentó y que fueron

evacuadas, el Juez de conocimiento que fue el Tercero de Trabajo de Cali, en providencia de 22 de febrero de 1967, condenó a la demandada al pago de la cantidad de $ 7.121.01, por concepto de la prima de servicios y del presuntivo de trabajo. Apelado el fallo por los apoderados de las partes, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali se pronunció por medio de la sentencia de 27 de mayo de 1967, revocando la del inferior y absolviendo a la empresa de los cargos formulados. Esta providencia se acogió por mayoría de votos, porque uno de los Magistrados de la Sala salvó el suyo. Es contra ella que se ha propuesto el recurso de casación que se estudia.

Alcance de la impugnación

Se encamina este recurso, según los términos de la demanda que lo sustenta, a que la Corte "case parcialmente la sentencia recurrida, en cuanto por su numeral primero absolvió a la Empresa demandada de las pretensiones formuladas en su demanda por el actor, para que, en su lugar, como Tribunal de Instancia, confirme el numeral primero de la sentencia de primera instancia, revoque el numeral segundo de la misma y condene a la Esso Colombiana S. A., a pagar a Guillermo A. Belalcázar los salarios caídos solicitados en la demanda". Formula el casacionista dos cargos que la Corte estudiará empezando por el segundo de ellos, puesto que de prosperar este, se verá relevada de entrar al estudio del primero. Invoca para ellos la causal primera del artículo 60 del Decreto 528 de 1964, por ser la sentencia violatoria de la ley "sustantiva" (sic).

Segundo cargo

Dice el impugnante: "Acuso la sentencia recurrida, por ser violatoria de los arts. 66, 62, y 63 del C. S. T. en relación con los arts. 64, 61, 58, 60, 47, 49, 306 y 65 del C. S. T., a causa de errores de hecho, ostensibles y manifiestos en los autos y por consecuencia de apreciación errónea de los elementos probatorios que concretaré adelante".

Sustenta el cargo diciendo que el ad-quem dio por demostrado, sin estarlo, que al momento del despido la empresa invocó un motivo claro y preciso como lo exige la ley y que al revés no dio por demostrado a pesar de estarlo, que la demandada al responder el libelo de demanda cambió la causal que había invocado en el momento del despido, con el fin de justificar su determinación. Agrega que no dio por demostrado, la misma providencia, a pesar de lo que constaba en los autos, que entre los hechos alegados y probados y la causal genérica invocada por la empresa, no había concordancia alguna y que por otra parte, dio por demostrado, sin estarlo, que la empresa tuvo justas causas para el despido del trabajador.

Hace a continuación un análisis de los elementos probatorios que, en su sentir, fueron violados por error en la sentencia del ad-quem, empezando por la carta de despido, de la que dice que basta con leer la disposición citada por la empresa para darse cuenta sin esfuerzo alguno, que se trata de una causal genérica, pues comprende no solo las obligaciones y prohibiciones indicadas por los artículos 58 y 60 del C. S. T., sino cualquier falta grave considerada como tal en pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales y reglamentos de trabajo. Afirma que no se puede entender como claro y preciso un cargo a través de una causal de esta índole que contraría el espíritu y contenido del artículo 66 ibídem, que exige que el patrono formule en el momento del despido, claramente, la causal o motivo que lo mueve para tomar la determinación. Dice que el Tribunal erró de manera manifiesta cuando estimó que la carta de despido contenía la causal clara y precisa que debe expresarse al terminar el contrato, de acuerdo con la ley.

Pasa a referirse luego a la contestación de la demanda dada por la empresa, y dice que ésta al responder el hecho 5º expresó que el trabajador suplantó la firma de una tercera persona a nombre de la cual realizó un contrato con la demandada, habiendo así realizado "actos delictivos", incursos en la sanción a que se refiere el Código Penal en sus artículos 231 y 233. Afirma que la misma empresa sostiene en sus respues-

tas ante el Juzgado, que la conducta del trabajador es delictiva, y por lo tanto no es una garantía para la empresa. Al respecto de todo esto comenta el recurrente que el cambio en la causal de despido es evidente, a más de ser abismal, puesto que la invocada en la carta no habla de delito y en cambio sí lo hace y recalca la expresada en la demanda. Dice que por esta circunstancia, el Tribunal cometió un error ostensible por cuanto consideró, a pesar de lo expresado, que no existía cambio alguno por parte de la demandada al sostener dos puntos de vista diferentes en sus dos actuaciones.

Pasa luego a referirse a los documentos que obran entre los folios 23 a 33, es decir a unas constancias de Luis A. Guerrero S. y a las fotocopias de los cheques firmados por Belalcázar, junto con algunos recibos igualmente suscritos por éste, y sostiene que ellos y las declaraciones de Antonio Gutiérrez, Alberto Cardozo, Luis Guerrero, además de la demanda y su respuesta se refieren al negocio de unos tambores vacíos, precisamente lo que no expresa la carta de despido. Comenta que entre las obligaciones y prohibiciones de los artículos 58 y 60, citados en la carta de despido, no se hace mención a las de hacer compraventa o transacciones (sic) con la empresa en que se trabaja. Sostiene que no existe ninguna relación de causa entre los referidos artículos y las alegaciones y demostraciones que la demandada sostuvo en el pleito, y que sin embargo de esta cuestión evidente, el Tribunal creyó que sí podía encontrar una relación entre tales causales de despido y lo demostrado en autos, cometiendo por esto un ostensible error de hecho.

Comenta a continuación que de los documentos que obran en juicio se puede deducir la existencia de una transacción entre el demandante y la empresa, en el peor de los casos, pero que estos hechos en sí mismo no constituyen causal justificativa de despido, y que los artículos 62 y 63 no contienen prohibición alguna para los trabajadores respecto a este tipo de negocios. Insiste en que el Tribunal se equivocó ostensiblemente cuando creyó encontrar una causa justa de despido, pero que se calló al decir cuál taxativamente era ella, entre las varias señaladas por el legislador. Afirma que no obstante tal circunstancia, sobre un criterio de esta índole se edificó el fallo. Y termina:

"Estos cuatro errores de hecho en que incurrió el Tribunal en la apreciación de las pruebas son suficientes, cada uno por sí solo, para lograr el quebrantamiento de la sentencia impugnada ya que ponen en evidencia su ilegalidad manifiesta"... "Las disposiciones que arriba indiqué como violadas fueron quebrantadas por los siguientes conceptos: el art. 66 del C. S. T. por falta de aplicación, ya que está demostrado que la causal invocada fue genérica y equívoca y no clara y precisa como lo exige dicho artículo; la misma norma, fue violada también por falta de aplicación, por cuanto es evidente que la Empresa al contestar la demanda cambió la causal invocada en el momento del despido, contra lo preceptuado por el art. 66; los arts. 62 y 63, por aplicación en forma indebida, ya que no existe la relación que esas disposiciones exigen entre la causal y los hechos constitutivos de la justa causa; y finalmente fueron también los artículos 62 y 63, por aplicación en forma indebida, al considerar contra toda evidencia que estaba probado un hecho que al tenor de los citados artículos no constituyen justa causa"... "Al violar los artículos 66, 62 y 63, la sentencia violó también, por falta de aplicación, los artículos 64, 47, 49, 58, 60 y 61 al absolver sobre la indemnización de lucro cesante y por consecuencia violó también por la misma causa los arts. 306 y 65 del C. S. T., el primero sobre prima de servicios y el segundo sobre la mora en el pago de esta". Dice que la violación indicada trajo como consecuencia la absolución de los cargos que se hizo por el Tribunal a la demandada, que es precisamente lo que se trata de corregir.

Se estudia el cargo

Para entrar al fondo de la controversia, el Tribunal empieza haciendo la historia de las razones que tuvo la demandada para terminar unilateralmente el contrato de

trabajo, y se refiere a la negociación de unos tambores que Belalcázar, siendo trabajador de la Esso, le hizo a ésta a pesar de la prohibición existente en un reglamento de trabajo. Comenta cómo éste hace uso indebido del nombre de Luis A. Guerrero para verificar la venta, y cómo adultera su firma y su cédula de ciudadanía, tanto en los cheques girados a aquel como en los documentos de la Empresa. Se detiene la providencia en un análisis de la actitud asumida por el mismo Guerrero, contradictoria en todo momento, puesto que si inicialmente le dijo a unos funcionarios de la Empresa que él no había hecho con ella ningún negocio, y no había autorizado a Belalcázar para que lo hiciera en su nombre, pocas horas más tarde cambia de conducta y afirma lo contrario. Recogiendo todo lo anterior en un comentario final, dice el Tribunal que, si es verdad "que las negociaciones de los tambores por Belacázar suplantando el nombre de Guerrero no causó ningún perjuicio económico a la Esso, (pero) sí creó un malestar y desconfianza para con el empleado cobrador de la Cía., teniendo en cuenta su antigüedad en el servicio, puesto que utilizó maniobras engañosas, para obtener ganancias, distintas del salario, maniobras consistentes en utilizar el nombre de una tercera persona, suplantar su firma y hasta la cédula de ciudadanía". "Grave es la falta cometida por Belalcázar —agrega el Tribunal— por los medios empleados, pues dichos medios requieren capacidad intelectual para la simulación y el engaño". Y termina en los siguientes términos:

"Aparece que la causal invocada por la Empresa a Fl. 12 art. 62 numeral 8º del C. S. del T. y la prevista en el literal b) del art. 17 del Reglamento del Trabajo, es genérica y no concreta una causal específica, ni se trajo a los autos el reglamento, y las mencionadas prohibiciones establecidas en los artículos 58 y 60 del C. S. del T. no encajan dentro de los hechos 5 y ss. de la demanda y contestación, no implica por sí que la parte patronal cambió la causal de despido (sic), solo no precisó en forma clara pues no se ha alegado otros motivos, ya que todas las pruebas aportadas por las partes concluyen a la licitud o ilicitud de la negociación de los tambores vacíos..." "No reconocer la Sala que hubo una justa causa de despido aunque genérica, sería sacrificar la justicia por el derecho, ya que todo se dirige al mal proceder de Belalcázar en la negociación de los tambores vacíos a la Esso, utilizando el disimulo y el engaño para obtener ese fin".

El proceso, en términos generales, se desenvuelve hacia la demostración del objetivo que en su respuesta a la demanda planteó la empresa. Evidentemente, en ella, respondiendo el hecho 5º afirma que Belalcázar suplantó una firma al facturar una venta de tambores a la misma demandada, y que a la vez adulteró la firma del destinatario del cheque que cancelaba la negociación. Dice que dicho cheque fue cobrado por el trabajador citando además cédulas de ciudadanía que no correspondían al beneficiario, y termina la contestación del referido hecho en los siguientes términos: "Por los actos delictivos anteriormente narrados, incurre en la sanción que establece el Código Penal en su art. 231 y 233. Ya que por sentencia de 26 de octubre de la Corte Suprema de Justicia dice: 'Es punible la Falsedad no solamente cuando se cause con ella perjuicio a alguien, sino también cuando no se causa tal perjuicio'." La misma respuesta de la demandada afirma en respuesta al hecho 10 de la demanda: "Las causales señaladas por el art. 62 son aptas para que la Esso Colombiana S. A. diera por terminado unilateralmente el contrato y en consecuencia de la conducta delictiva del trabajador no garantizaba su permanencia en la compañía en el cargo de cobrador. La mala conducta del trabajador contemplada en el art. 62 como causante de la terminación del contrato no envuelve que tal hecho (mala conducta) haya producido perjuicios al patrono".

Sobre este criterio de un delito perpetrado por el trabajador a la Empresa, constantemente recalcado por ella según se ha dicho al responder los cargos que se le formulan, y en su esfuerzo por demostrar cómo la conducta del demandante adolece de las características de simulación y adul-

teración sancionadas por el C. Penal en sus artículos 231 y 233, gira la defensa de la demandada, pero también en la existencia de tal circunstancia gravemente sancionable se apoya sin duda alguna el fallo del adquem. Dice éste, precisamente, que "la falta cometida por Belalcázar por los medios empleados... requieren capacidad intelectual para la simulación y el engaño". Y concluye sosteniendo que el trabajador en la venta de los tambores vacíos, "utilizó el disimulo y el engaño para obtener ese fin". Precisamente por esto, en su comentario fundamental, no puede sacrificar la justicia por el derecho.

Se aprecia, en lo que se deja transcrito, que existe una comunidad de criterios entre la demandada y el fallador de segunda instancia, puesto que juntos comunican a su pensamiento el mismo sentido de gravedad delictiva respecto a la conducta observada por el trabajador. Ambos consideran punible el comportamiento de Belalcázar, y aunque para el Tribunal la razón invocada por la Empresa para dar término al contrato, es "genérica y no concreta una causal específica", no obstante, y a pesar de ello, no se atreve a sacrificar la justicia por el derecho y decide en los términos en que lo hizo en la providencia acusada.

No cabe duda que el fundamento más importante del fallo es el documento contentivo de la decisión del empleador, es decir la carta del 3 de mayo de 1965 que aparece obrando en los autos a folio 12. De ella ha dicho el ad-quem que es "genérica" al invocar la causal de terminación del contrato de trabajo, "porque no concreta una causal específica". Sin embargo tal manera de mirar el contenido de la nota es errónea porque ella sí concreta un cargo singular y preciso, puesto que sitúa la razón del despido de "el literal b) del artículo 17 del reglamento de trabajo de la Compañía". Lo que sucede, y está claro, es que la misma comunicación la encabeza la compañía afirmando que "en ejercicio de la facultad prescrita en el numeral 8 del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo..." y mediante la causal del artículo 17 del Reglamento, toma la determinación en ella indicada. Y ¿cuál es esa facultad señalada? Sencillamente aquella que tienen las partes, en virtud del mencionado numeral y artículo del C. S. T., para calificar como grave, y por ende como causal de despido con justa causa, cualquiera de las que de acuerdo con su voluntad señalen en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos de trabajo. En el caso sub-lite el acuerdo se concertó —según se dice— en el artículo 17 del Reglamento de Trabajo de la Empresa, de manera que en dicha disposición está señalado, concretado y determinado el cargo que el empleador formula al trabajador. Otra cosa es que la demandada no se preocupó por acompañar al debate el Reglamento de trabajo mencionado, y tal circunstancia la anota y comenta el fallador de segunda instancia. A pesar de ello se pronuncia en las condiciones en que lo hizo, con menoscabo de la posición jurídica del demandante contra quien no se había demostrado la causal prevista en el ordinal b) del artículo 17 del llamado Reglamento de Trabajo de la Compañía, en otras palabras, no se había llevado a los autos la prueba de que existiera una justa causa —la invocada por la empresa— para terminar el contrato de trabajo. En otras palabras, da como probada la legalidad de la causal del despido, contra toda evidencia procesal.

Por otra parte, la providencia recurrida acepta sin estarlo, la congruencia entre la nota de terminación del contrato que se ha mencionado, y las causales que a su vez la misma demandada formuló al contestar los cargos de la demanda. Así lo afirma cuando expresa que la Compañía se limitó a precisar en esta última las imputaciones de la primera, puesto que no alegó otros motivos diferentes. Y la realidad es otra, ya que en la contestación de la demanda se sostiene la comisión de un delito por parte de Belalcázar, delito al que, en su sentir, debe aplicársele las disposiciones de los artículos 231 y 233 del Código de las penas, circunstancia esta que no aparece siquiera insinuada en la carta del 3 de mayo comentada atrás. En otros términos, la empresa procedió contra las prescripciones

del artículo 66 ibídem, y no obstante estar esta circunstancia probada en el proceso, el ad-quem la consideró erróneamente contra la posición jurídica del demandante a quien, tal hecho lo afectaba, probándolo, al intentar la acción pertinente, de los medios de defensa idóneos, en razón a que se veía enfrentado a causales diferentes a las comunicadas en la nota de despido.

Se pretende por el ad-quem salvar su error expresando que no se puede sacrificar la justicia por el derecho, olvidando que no se puede hablar de derecho prescindiendo de su relación de justicia, porque si ésta es el objeto del derecho como lo han entendido los autores, también el derecho es el objeto de la justicia. Las dos nociones son analógicas, de aquí que para no sacrificar esta última debe probarse que el derecho es injusto, y precisamente no es esto lo que ha hecho el Tribunal. Todo lo cual conduce necesaria y lógicamente a concluir, que el fallo recurrido violó por errónea apreciación de las pruebas fundamentales, las disposiciones de la ley que debía aplicar, dada precisamente la situación procesal de las partes dentro del haz probatorio aportado a los autos. Prospera pues el cargo formulado, y en consecuencia esta Sala de la Corte deberá casar parcialmente la sentencia impugnada, tal como se le demanda, previas las consideraciones que más adelante se harán al proceder como Tribunal de instancia.

Las razones expresadas conllevan a abstenerse del estudio del primer cargo que busca los mismos objetivos alcanzados por el casacionista en el cargo estudiado.

Consideraciones de instancia

A manera de consideraciones de instancia que complementen y adicionen los conceptos emitidos antes, basta decir que, probada la ilegalidad del despido en los términos y circunstancias en que lo hizo la empresa demandada, debe aplicarse a su conducta las prescripciones del artículo 64, vigente en la época del despido. En consecuencia, de acuerdo con el certificado (fol. 42) expedido por la misma demandada, el trabajador empezó a laborar para la empresa el 21 de agosto de 1951, habiéndolo hecho con un salario mensual de $ 1.960.00, hasta el 12 de mayo de 1965 en que fue despedido. Aplicando al caso la regla del artículo 49 del C. S. T. sobre prórroga periódica de 6 en 6 meses, el valor de la indemnización a que se refiera el artículo 64 citado es la suma de $ 6.402.34, es decir la misma suma estimada en el fallo de primer grado. A la vez, el valor parcial de la prima de servicios demandada, y que la empresa acepta que no canceló por considerar justa la causa del despido, asciende a la cantidad de $ 718.67, esto es, idéntico valor al contabilizado por el a-quo. Respecto a la cuestión relacionada con la indemnización moratoria, vale expresar que la causa de tal condena será la falta de pago de la prima de servicios en su valor antes señalado. Pero es lo cierto que desde el primer instante la empresa ha expresado con toda claridad su posición frente a la razón del despido, y si procedió en condiciones contradictorias en el proceso, su postura en relación con el trabajador es correcta, y su comportamiento al respecto no implica, por lo tanto, una consideración indebida o de mala fe. Por lo tanto no podrá darse aplicación por esta Sala a las prescripciones del artículo 65 ibídem, estándose así mismo de acuerdo con el a-quo.

Resolución

Por todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA PARCIALMENTE el fallo recurrido, proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en cuanto por su numeral primero revocó la sentencia de primer grado y absolvió a la demandada de los cargos que se le habían formulado, y en su lugar, obrando como Tribunal de Instancia, CONFIRMA en todas sus partes el fallo del Juez a-quo. En lo demás no la casa.

Se confirma, en consecuencia las costas de la primera instancia, siendo de cargo de la empresa demandada las de la segunda en un 50%.

Sin costas en este recurso.

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

José Enrique Arboleda V., Miguel Angel García B., José Eduardo Gnecco Correa.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

SERVIDORES DEL ESTADO

Sus servidores por regla general tienen el carácter de empleados públicos, salvo los que desempeñan funciones inferiores, accesorias, no esenciales.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., abril veintinueve de mil novecientos setenta y uno.

(Ponente: Abogado Asistente, doctor Mario Barrios M.).

(Acta número 20).

El doctor **Solón Wilches Martínez** demandó, por medio de apoderado, al **Instituto de Fomento Municipal** con el fin de que surtidos los trámites de un juicio ordinario laboral, sea condenado a pagarle varias cantidades de dinero por los conceptos de lucro cesante, bonificación, perjuicios materiales e indemnización moratoria, aduciendo que fue despedido de manera ilegal e injusta y que su vinculación con el Instituto demandado se hizo por medio de un contrato de trabajo.

El Instituto de Fomento Municipal contestó la demanda, acto en el cual se opuso a las pretensiones del actor, arguyendo que nunca existió el contrato de trabajo alegado por éste, como quiera que se trató de una relación de derecho público.

El Juez del conocimiento que lo fue el Sexto del Trabajo de Bogotá decidió la cuestión controvertida en sentencia fechada el cinco (5) de julio de mil novecientos sesenta y cinco (1965), en la cual decidió que entre las partes existió contrato de trabajo, y que los hechos y el derecho ameritan las siguientes condenaciones en favor del demandante, expresadas en cantidades y conceptos, así: veinticuatro mil novecientos pesos con 00|100 m. cte. ($ 24.900.00) por lucro cesante y dos mil doscientos cincuenta pesos con 00|100 m. cte. ($ 2.250.00) por daño emergente. A la vez absolvió al Instituto por indemnización moratoria y se abstuvo finalmente, de producir condenación en costas.

Del proveído anterior apelaron las partes dando así ocasión para que de él conociera el **Tribunal Superior de Bogotá D. E.**, cuya Sala Laboral el día ocho (8) de octubre del año atrás mencionado decidió el recurso en el sentido de confirmar la condena por lucro cesante y la absolución por bonificación semestral, la revocó en lo relativo al daño emergente y por último la modificó en el sentido de condenar a la parte demandada a pagar al actor indemnización moratoria a razón de ciento cincuenta pesos con 00|100 m|cte. ($ 150.00) diarios, desde la fecha de ruptura del vínculo laboral y hasta la fecha en que se cubra lo reconocido en el juicio. No produjo la Sala condenación en costas. En relación con la indemnización moratoria uno de los Magistrados del Tribunal fallador, salvó su voto.

El tres (3) de septiembre de mil novecientos sesenta y cinco (1965) el Instituto demandado consignó a órdenes del Juzgado del conocimiento y a favor del demandante un título por valor de veintisiete mil ciento cincuenta pesos con 00|100 m|cte. ($ 27.150.00), "cantidad equivalente a las peticiones sustanciales de la demanda declaradas en juicio".

El Instituto de Fomento Municipal por medio de su apoderado interpuso contra la sentencia del ad-quem recurso extraordina-

rio de casación y la parte demandante, como opositora presentó un escrito en el cual, luego de aducir las razones que a ello la mueven, solicita a la Corporación mantener el fallo impugnado.

La parte recurrente formula en estos términos el alcance de la impugnación: "La presente demanda aspira a que la Honorable Corte Suprema de Justicia, por intermedio de su Sala Laboral, y en cumplimiento de su tarea de unificación jurisprudencial, proceda a casar el proveído del ad-quem con los siguientes alcances:

"a) Que se case totalmente el fallo de segundo grado, y que la H. Corte Suprema de Justicia, erigida en Tribunal de instancia, proceda a absolver al Instituto demandado; y, en subsidio,

"b) Que se case el fallo impugnado en lo que respecta a la condena por los denominados salarios caídos".

Dice el recurrente que con fundamento en el artículo 60 numeral 1º del Decreto 528 de mil novecientos sesenta y cuatro (1964), aduce y sustenta la presente demanda, por los conceptos que concretaría en cada uno de los cargos que contiene contra la sentencia acusada. Y acto seguido procede a formular tres (3) cargos, concebido, el primero, en los siguientes términos:

"La sentencia referida es directamente violatoria por interpretación errónea, del artículo 4º del Decreto 2127 de mil novecientos cuarenta y cinco (1945), y de los artículos 3º y 4º del Decreto 270 de mil novecientos cincuenta y siete (1957) en relación con el artículo 1º de la Ley 6ª de mil novecientos cuarenta y cinco (1945), violación que a su turno genera el quebrantamiento, por aplicación indebida, de los artículos 11 de la Ley 6ª de mil novecientos cuarenta y cinco (1945), 40, 43 y 51 del Decreto 2127 de mil novecientos cuarenta y cinco (1945)), y 2º inciso primero de la Ley 64 de mil novecientos cuarenta y seis (1946)".

Acto seguido procede el impugnador a la sustentación del cargo en extensos razonamientos tendientes a establecer los motivos que lo han llevado a impugnar la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, ya relacionada.

Examina el recurrente desde un punto de vista hermenéutico el artículo 4º del Decreto 2127 de mil novecientos cuarenta y cinco (1945), que comprende las tres hipótesis determinantes de las relaciones contractuales entre el Estado y sus trabajadores. En relación con la primera dice, que el criterio que debe utilizarse no puede ser otro que el objetivo o realista, pero centrado en la actividad que específicamente realice el trabajador. Y rechaza de plano el finalista o teleológico, según el cual todos los trabajadores de los Ministerios de la Rama Ejecutiva del Poder Público se encontraraían subordinados contractualmente.

El opositor sobre este aspecto expresa que como lógica secuela del sistema interpretativo a que aspira el recurrente, solamente "aquellos trabajadores que real y objetivamente son ejecutores prácticos de dichas obras" públicas, estarían ligados por contrato de trabajo con la administración, lo que equivale a afirmar que, "quien no fuere ejecutor práctico, forzosamente es funcionario público, haciendo resurgir la repelida discriminación entre empleados y obreros", tesis que desde luego rechaza.

El impugnador concreta su punto de vista así: "En síntesis, pues, la primera hipótesis legal que se estudia no entraña la configuración del contrato de trabajo en forma general y abstracta, porque la finalidad del organismo o institución se adscriba a la construcción o sostenimiento de obras públicas, sino que erige en contrato de trabajo aquellas situaciones concretas en las cuales la relación del servicio está objetiva y realmente vinculada a tales obras. Este es —agrega—, el punto de vista sostenido en forma abundante y reiterada por la jurisprudencia de la Corte, y es la opinión más sólidamente sustentada por los tratadistas.

La segunda hipótesis legal referente a la frase disyuntiva "o de empresas industriales, comerciales, agrícolas o ganaderas que se explotan con fines de lucro", no fue considerada por el sentenciador, dice el impugnador, porque en verdad es cuestión indiferente al debate, razón por la cual el mismo recurrente no la trae en sus argumentos.

La tercera hipótesis la estima condensada en la frase disyuntiva "o de instituciones idénticas a las de los particulares o susceptibles de ser fundadas y manejadas por ellos", y el ataque lo apoya el casacionista en el silogismo que atribuye al sentenciador cuya premisa menor es la de considerar que el Instituto de Fomento Municipal, según su ley orgánica es idéntico a las instituciones de los particulares, respecto de lo cual dice que solamente el Estado puede fundar y sostener la empresa de suministro de agua y alcantarillado, así como fijar las tarifas a los usuarios del servicio y aplicar el código sanitario. Para demostrar su opinión el impugnador se remonta a un estudio que lo lleva a hacer un ensayo sobre la célebre "cloada máxima" romana, construída hace veinticinco siglos durante el reinado de Servio Tulio, que aún hoy se halla en uso y los múltiples e imponentes acueductos con que el imperio romano dotó a numerosas ciudades europeas durante su dominación, para concluir indicando que es la Historia la que refrenda abundantemente el hecho de que el Estado ha sido el fundador y manejador exclusivo de la provisión de agua y alcantarillado en función del bienestar y salud de la comunidad. De todo esto concluye el recurrente que el criterio que utilizó el Tribunal fue equivocado y por ende lo son los resultados a los cuales llegó.

Sobre el particular expresa el opositor que dentro de la realidad colombiana importa observar que los particulares han fundado y sostenido la clase de empresas a que se refiere el impugnador. "Por ser de público conocimiento, dice, cabría citar los casos de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, D. E., y de la Compañía Anónima del Acueducto de Bucaramanga S. A., cuyo certificado de constitución se acompaña a título ilustrativo, y de todas las sociedades anónimas, fundadas por el Instituto demandado, en todos los departamentos, en ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 5º del Decreto-Ley 270 de 1957, estatuto orgánico de la citada entidad...". Y concluye así: "Por manera que, aún en el supuesto de que el Instituto de Fomento Municipal, exclusivamente, tuviera la atribución de fundar, organizar y sostener las nombradas empresas de servicio público, se trataría, simplemente, de una actividad del Estado donde "éste, en la búsqueda de sus fines de bienestar y progreso social, realiza a diario nuevas incursiones dentro de ámbitos que enantes pertenecieron al dominio privado, introduce en su órbita administrativa actividades que anteriormente fueron realizadas por el sector particular, crea agencias semejantes a las nacidas de la iniciativa ciudadana, y, era como monopolizador excluyente, ora como competidor poderoso, cumple actos con todas las trazas y apariencias de los que, en el rango de la producción y distribución económica, efectúan los individuos de la comunidad". (G. J. Nº 2194; T. LXXXVII; págs. 613 a 635).

Transcribe el impugnador los artículos 3º y 4º del Decreto 270 de 1957, que dicen en su orden: "El Instituto tiene por objeto resolver los problemas sanitarios de acueducto y alcantarillados de todas las poblaciones y zonas rurales del país, dotándolas de las obras correspondientes, mediante la aplicación integral y técnica de los principios de ingeniería sanitaria en particular y de sanidad pública en general, pudiendo para el logro de esos objetivos proceder por etapas". "Corresponde al Instituto el control y fiscalización de la aplicación del Código Sanitario Nacional, en cuanto se relaciona con acueductos y alcantarillados, pudiéndose asesorar para estos fines, del Ministerio de Salud Pública, cuando lo considere necesario. Igualmente establecerá las tarifas para la prestación de los servicios de acueductos y alcantarillados en las

obras que ejecute el Instituto, también con la asesoría del mismo Ministerio de Salud Pública".

En seguida expresa el casacionista que la aberración interpretativa en la confrontación de estos textos radica en que el fallador se ha formulado el siguiente silogismo:

"La Ley presume el contrato de trabajo cuando se trate de instituciones idénticas a las de los particulares o susceptibles de ser fundadas y manejadas por éstos en la misma forma. Es así según su ley orgánica (Decreto 270/57) el Instituto de Fomento Municipal es una institución idéntica a las instituciones de los particulares y es susceptible de ser fundado y manejado por éstos en la misma forma, luego existe contrato de trabajo".

El error, expresa el recurrente, se perfila nítidamente en la premisa menor, esto es en la interpretación equivocada de la ley orgánica del Instituto de Fomento Municipal en relación con la norma laboral aplicable. "Obedece, continúa diciendo, dicha equivocación a un desvío de criterio en el entendimiento del texto legal, puesto que ni el mencionado Instituto a la luz de la ley es idéntico a las instituciones de los particulares, ni es susceptible de ser fundado y manejado por éstos".

Expresa que una institución destinada a resolver los problemas sanitarios de acueductos y alcantarillados de todas las poblaciones y zonas rurales de un país, y en la forma integral ordenada por la ley, no puede ser una empresa idéntica a la de los particulares ni puede ser fundada ni manejada en la misma forma por éstos. Tampoco, agrega, los particulares podrían aplicar el Código Sanitario de Salud con competencia jurídica suficiente, porque la competencia es un atributo de la administración pública, ni podrían establecer con potestad suficiente las tarifas para la prestación de los servicios de acueductos y alcantarillados. Dentro del estado de derecho, en ningún país del mundo, los particulares pueden ejercer estas funciones de competencia y fijación de tarifas en los servicios públicos. "Porque, en la forma ordenada por la Ley, no se trata simplemente de proveer de agua a un poblado o a una zona rural, sino de procurársela 'a todas las poblaciones y zonas rurales del país'. Y no de cualquier forma, sino 'mediante la aplicación integral y técnica de los principios de la ingeniería sanitaria en particular y de salud pública en general'."

Dice luego el recurrente: "En consecuencia, la interpretación indebida de los artículos 3º y 4º del Decreto 270 de 1957 en relación con el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, determinó la violación que se acusa, y que evidentemente amerita la casación por este aspecto, del fallo impugnado". Y concluye la demostración del cargo, así:

"Las violaciones directas por interpretación errónea de la Ley en que incurrió el sentenciador —y— que han sido analizadas antes determinaron que éste violara a su turno, por aplicación indebida, el artículo 11 de la Ley 6ª de 1945, y los artículos 40, 42 y 51 del mismo Decreto 2127 de 1945, y 2º inciso primero de la Ley 64 de 1964, que consagran los derechos emanados del contrato de trabajo a que se refiere el artículo 1º de la Ley 6ª de 1945. Las consideraciones exhaustivamente hechas en este cargo son demostrativas de las violaciones imputadas, por lo cual la acusación debe prosperar".

En cuanto a este punto que indica que solo al Instituto demandado compete la fijación de tarifas y la aplicación del Código Sanitario, el opositor expresa: "En primer término, interesa precisar que la norma preindicada, en cuanto a tarifas se refiere, faculta al Instituto para establecerlas "en las obras que ejecute" y respecto del Código Sanitario, la facultad es de simple control y fiscalización. Más importante aún, es observar que, de conformidad con el aparte b) del artículo 2º del Decreto-Ley 1653 de 1960, por el cual se creó la Superintendencia de Regulación Económica, este organismo tiene facultad de "estudiar y aprobar" las tarifas de los servicios de acueductos y alcantarillados y, que, según lo dispuesto en el artículo 43 del Decreto-Ley 3224 de 1963, por el cual se reorganizó el Ministe-

rio de Salud Pública, corresponde a la Sección de Ingeniería Sanitaria "elaborar y hacer cumplir las normas sobre saneamiento de la vivienda y establecimientos públicos privados; abastecimiento de agua potable; disposición de excretas y aguas servidas". (Diario Oficial número 30301 de 10 de agosto de 1960 y 31265 de 30 de diciembre de 1963). Y como consecuencia dice a continuación el opositor, que el artículo 4º del Decreto 270 de 1957, señalado como violado, fue derogado por los estatutos mencionados, pero que en el evento de que no lo hubiera sido no puede considerarse infringido, "por cuanto no confirió al Instituto demandado las atribuciones a que se refiere el recurrente". Y para poner punto final a sus argumentaciones expresa en lo referente al elemento lucrativo y a la identidad con las empresas particulares, que la jurisprudencia de la Corte ha superado las dificultades provenientes de la interpretación exegética del mencionado artículo 40 del Decreto 2127 en sentencia de fecha 4 de mayo de 1966, cuya parte pertinente transcribe".

Se considera

La cuestión fundamental que el cargo envuelve no es otra que la de determinar si el demandante doctor Solón Wilches Martínez estuvo vinculado al Instituto demandado por una relación de derecho público, o si por el contrario, lo estuvo por un contrato de trabajo por razón de las excepciones que el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945 establece.

Sobre el particular y con apoyo en concepto del tratadista González Charry, que dice que "... no es la calidad del vínculo lo que determina la aplicación de las leyes del trabajo en las relaciones con el Estado, sino que primeramente es necesario determinar la naturaleza del trabajo que se presta para concluir luego la clase de relación existente...", y con asistencia de algunas sentencias de esta Corporación que cita parcialmente, el recurrente sostiene en la demostración del cargo, que la determinación del vínculo solamente puede hacerse con utilización de un criterio objetivo o realista, pero centrado en la actividad que específicamente realice el trabajador, y rechaza, en consecuencia, el criterio finalista según el cual, todos los trabajadores sin excepción, cuyas funciones están adscritas a uno cualquiera de los organismos exceptuados por el citado artículo 4º, sin necesidad de acudir a determinar o clasificar sus funciones, se hallan vinculados al Estado por contrato de trabajo. Por su parte el opositor defiende esta última tesis y lo hace igualmente con apoyo en providencia de esta Corporación dictada en el año de 1958, en donde se dice que dos y únicamente dos elementos deben considerarse para el efecto señalados: "...la trascendencia del Estado a la órbita particular, y la locación o ubicación o no, del empleado en esa órbita. Estos elementos sirven de patrón para medir hasta qué punto se trata de una relación de derecho público o de derecho social, sin que sea necesario ocurrir a otras pautas".

Tal en síntesis, la cuestión que la Sala tiene para resolver, que ha sido materia de cuidadosos estudios por la Corporación, la que ha contemplado, desde luego, las dos tesis sobre las que se apoyan los argumentos del recurrente y del opositor, a los cuales a continuación se referirá.

Es bien sabido que en el régimen jurídico colombiano los servidores de la Administración Pública, contándose entre ellos los que se encuentran vinculados a los establecimientos públicos, son oficiales y, por lo mismo, en principio, sus relaciones laborales se gobiernan o dirigen por el derecho administrativo, y no constituyen por consiguiente contratos de trabajo. Sobre el particular no cabe duda alguna como quiera que esta regla general se nutre en textos constitucionales y legales y además en doctrinas reiteradas, no solo por la Corte sino por el Consejo de Estado. Hasta aquí la cuestión no ofrece dificultad alguna. Pero no ocurre lo propio cuando se trata de establecer si con la Administración Pública puede configurarse contrato de trabajo, y, en la afirmativa, "cuándo acontece ello, en razón de qué criterio jurídico y aún de qué filosofía política, sobre qué elementos de hecho y con base en qué respaldo de derecho positivo".

Bien, conocida la regla general anteriormente expuesta, que la consagra el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, conviene conocer ahora los términos de este texto que además crea o establece los casos de excepción. 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 leyes especiales, (regla general, señala la Sala) 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" (que son las excepciones, dice la Sala).

En un principio se dijo que para juzgar sobre las situaciones exceptivas a que se refiere la norma transcrita, bastaba considerar la trascendencia del Estado a la órbita particular y la locación o no del trabajador de ella. Esto es, que era suficiente con establecer si el establecimiento público respectivo quedaba o no comprendido dentro de las excepciones previstas por el citado artículo 4º, y en el caso afirmativo determinar si el trabajador servía o no en dicho establecimiento. Al darse estos dos elementos se reputaba que la relación o vínculo del trabajador con el establecimiento público se reglaba por el derecho social. Desde este punto de vista ni la sentencia en la cual apoya el opositor su razonamiento, ni éste en cuanto trae la cita, están equivocados. Pero con el transcurso del tiempo y a medida que el Estado desborda sus propios linderos para adentrarse en los que antes fueron de exclusividad particular, lo que ocurre por el afán de lograr el bienestar y el progreso social, en sus propósitos de sobrepasar los límites del subdesarrollo, que ha creado la nueva política de cambio, y al incorporar en su actividad administrativa otras que anteriormente fueron cumplidas por el sector privado y crear agencias semejantes a aquellas que otrora tuvieron origen en la iniciativa particular, la jurisprudencia se ha visto en la necesidad de acomodarse a las nuevas realidades buscando por tal razón un criterio que se ajuste mejor a las nuevas situaciones creadas por las razones expuestas y que se avenga con mayor holgura a la solución adecuada de la cuestión propuesta en el cargo que se estudia.

Es así como adentrándose en el campo de las excepciones que la norma a que se viene haciendo referencia consagra, se haya dicho que es preciso, para determinar la relación o vínculo que al trabajador lo une con las empresas a que la disposición exceptiva se refiere, atender a la función que aquel cumple, específicamente, "que si es de imperio o esencial en el servicio, solo puede cumplirse en condición pública". Refiriéndose esta Corporación a la Beneficencia de Cundinamarca, redondeó en fallo reciente su concepto en estos términos: "... como establecimiento público que es, sus relaciones de trabajo son, en principio, de derecho administrativo, y sus servidores por regla general tienen el carácter de empleados públicos, salvo los que desempeñan funciones inferiores, accesorias, no esenciales".

Así, pues, conforme a esta jurisprudencia reciente, a más de determinarse si el establecimiento se encuentra comprendido dentro de las excepciones que el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945 establece, la índole de la labor adscrita al servidor oficial constituye un factor de importancia que por lo mismo no puede abandonarse, para distinguir cuándo hay contrato de trabajo, que es la situación excepcional, de acuerdo con lo atrás expresado, y cuándo hay una relación de empleo público.

No se halla, pues, descaminado el recurrente en la demostración de sus puntos de vista relacionados con la tesis que sustenta. Pero si sobre el particular tal cosa puede afirmarse, no ocurre lo mismo en cuanto a la vía que ha utilizado para apoyar el ataque a la sentencia del ad-quem, y esto porque en su afán de darle apoyo a sus argumentaciones pasó por alto que la sentencia de esta Corporación que cita y transcribe parcialmente señala a la vez la vía

que debe utilizarse para la prosperidad en casación del cargo sobre el aspecto que se viene examinando. En efecto, el aparte transcrito por el impugnador dice así: "La distinción entre las dos categorías de empleados es cuestión de hecho (subraya la Sala) que debe definirse, según el caso, tomando en cuenta, primordialmente, la naturaleza de las actividades en que el trabajador presta sus servicios". (G. J. T. XCI, números 2217 a 2219, pág. 1059 y ss. G. J. T. XCVIII, números 2253/54 pág. 566). Y lo mismo se desprende de lo expresado por el tratadista atrás mencionado al cual se refiere, citándolo, el recurrente, cuando dice que "primeramente es necesario determinar la naturaleza del trabajo que se presta para concluir luego la clase de relación existente". Es decir, que tal determinación es cuestión de hecho, y por lo mismo en este recurso extraordinario, ella no puede ser tratada por la vía directa que supone acuerdo sobre la cuestión fáctica entre el impugnante y el sentenciador, acuerdo o conformidad que desde luego en este caso no existe. Y así, esta falla que peca contra la técnica que impera en casación, lleva a restarle toda prosperidad al cargo formulado.

Segundo cargo

Lo presenta en estos términos el recurrente: "La sentencia viola directamente por interpretación errónea el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, en relación con los artículos 4º y 52 del Decreto 2127 de 1945, y con los artículos 1º, 8º y 11 de la Ley 6ª de 1945".

Dicen en la demostración el impugnador que el Tribunal en contra de lo decidido por el a-quo optó por aplicar el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, y en consecuencia condenó al Instituto demandado a pagar indemnización moratoria o "salarios caídos" a razón de ciento cincuenta pesos con 00/100 moneda corriente ($ 150.00) diarios a partir del nueve (9) de enero de mil novecientos sesenta y cuatro (1964)" y hasta cuando cubra el valor de las acreencias reconocidas en el presente juicio". Considera que la errada interpretación consiste en haber aplicado la disposición citada sin tener en cuenta las claras pautas que la jurisprudencia de la Corte como del extinguido Tribunal Supremo en torno al alcance que debe darse a dicha norma. Y agrega que tales jurisprudencias han establecido que la aplicación del texto generador de la sanción solo es procedente cuando la mora en el pago por parte del patrono es atribuíble a mala fe o temeridad de éste en su renuencia a solucionar el pago de lo debido, y en cambio, la buena fe exime al patrono de la sanción que la disposición en referencia consagra. Luego de extenderse en otras consideraciones que tocan con el Legislador al crear la norma que conlleva la sanción por mora, dice que también desde antiguo la jurisprudencia tiene establecido que no puede configurarse mala fe o temeridad en el patrono renuente al pago cuando exista duda razonable acerca del contrato de trabajo, es decir, cuando como en este caso "surgen serias dificultades que inducen a dudar razonablemente sobre si la relación que vinculaba a los intervinientes era efectivamente un contrato de trabajo, o era otra clase de contrato, o era un vínculo distinto, en la esfera del derecho público o del derecho privado. G. J. T. LXXXVII, Nº 2198, p. 346)". Agrega el impugnador que la sentencia acusada desechó por completo el uso de los elementos de buena fe y duda razonable, "con ser ambos de tan preciosa utilidad para interpretar las disposiciones pertinentes, y con ser ambas circunstancias examinables en la conducta de la entidad demandada. Al concluir pidiendo el recurrente que por la Corte se le dé prosperidad a la acusación, aclara que "la referencia a puntos concretos del proceso que aquí se hace no implica un examen de cuestiones de hecho, y que por lo tanto no invalida el cargo por defectos de técnica. No se trata de demostrar que el patrono obró de buena fe y ha mantenido una duda razonable respecto de la cuestión debatida. La proposición jurídica que se sustenta es de puro derecho: el Juzgador malinterpretó la norma al aplicarla desechando por entero elementos insitos en su hipótesis como son la buena fe y la duda razonable o sus extremos antónimos".

Se considera

La interpretación errónea de la Ley, vía utilizada por el recurrente en la formulación del cargo que se estudia, con especial referencia al artículo 1º del Decreto 797 de 1949, ocurre cuando a la ley se le da por sentenciador un sentido y alcance que no le corresponde, de los cuales se hacen derivar consecuencias inadecuadas a su verdadero contenido. La jurisprudencia ha dicho que la existencia de la buena fe, en tratándose de entidades oficiales, las exonera también, como ocurre con los patronos particulares, de la sanción por mora, consagrada para éstos en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo y para aquellas en el 1º del Decreto arriba mencionado. Quiere decir lo anterior, que las jurisprudencias que tocan con el artículo 65 citado, que cobijan el aspecto de la buena fe patronal, son aplicables a las entidades oficiales. Y en relación con la norma en referencia se ha dicho con reiteración que solamente puede aplicarse en aquellos casos que no presenten dudas, pero no en los que se controvierta la existencia de la obligación por haber incertidumbre de buena fe del patrono acerca de ella. Y de manera bastante más clara ha expresado que la sanción que dicho precepto consagra, es incompatible con la noción de buena fe, de manera que si el patrono niega la existencia del derecho sin malicia, o sea, que obra de buena fe, mal puede sancionársele si su conducta aparece clara al respecto. Bien, estas normas de jurisprudencia deben tenerse en cuenta, para todos los efectos relacionados con su acertada interpretación.

En el caso de autos el Instituto demandado, desde un principio, discutió con razones valederas que el demandante no estuvo vinculado a él por un contrato de trabajo sino por una relación de derecho público y creó con sus puntos de vista una duda razonable, y si en primera como en segunda instancia, tanto el a-quo como el Tribunal se decidieron por la existencia del contrato, esto no le quita a la posición asumida por el Instituto demandado ese carácter de buena fe que viene discutiendo ahora, ni hace desaparecer la duda razonable que con su conducta procesal creó en el juicio y que le restan, conforme a la jurisprudencia atrás mencionada oportunidad de aplicación a la norma primeramente acusada.

Y si en verdad el opositor considera que la acusación por vía directa, errónea interpretación, no puede tener asidero por cuanto el Tribunal en su providencia desmontó lo relativo a la buena fe del Instituto aduciendo que éste "es renuente a aceptar la constante jurisprudencia del juzgador, luego su consciente advertencia no lo exime de la sanción moratoria y antes bien lo racional por la parte demandada, ante la unánime jurisprudencia en tal sentido, para detener el efecto de este género de indemnización sería consignar suma determinada, armónica con las posibles acreencias laborales...", encuentra esta Sala que tal conclusión no tiene apoyo ninguno en prueba o pruebas incorporadas al proceso, ya que ella es apenas producto de la buena memoria del sentenciador sobre circunstancias que si en verdad en procesos diferentes afectaron al Instituto, nada tienen que ver con el que actualmente se adelanta.

El Tribunal no se limitó simplemente a desconocer en su providencia los factores de buena fe y duda razonable, sino que, refiriéndose en concreto al artículo 1º del Decreto 797 de 1949, expresó lo siguiente: "...Por otra parte, la indemnización moratoria no es un fenómeno de aplicación exclusiva al patrono privado o particular y es así como en el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, en guarda de los efectivos derechos del trabajador oficial despedido, se concede un plazo a las entidades oficiales para ponerse al día en lo que hace relación a los posibles derechos del trabajador cesante, pero vencido ese plazo que es de noventa (90) días; recae inevitablemente la sanción sobre el patrono moroso. Repugna, continúa diciendo el sentenciador, a toda noción contractual, de igualdad, o de pretendida igualdad por lo menos, dejar en una de las partes el querer cumplir o no las obligaciones a su cargo, de ahí que el legislador haya fijado un plazo al patrono oficial para la cancelación de las acreencias laborales cuando el contrato termina". Y así,

con base en las argumentaciones que se han transcrito en sus partes pertinentes, el ad-quem revocó la absolución decretada por el inferior y condenó a la sanción moratoria.

En opinión del ad-quem, si al vencimiento del término de noventa (90) días, de que trata la norma de que se viene hablando, la entidad oficial obligada al pago de acreencias laborales no las soluciona, inevitablemente recae sobre ella la sanción por mora. Le da en esta forma el sentenciador a la disposición del artículo 1º del Decreto 797 de 1949 un sentido y alcance que no tiene, que no le corresponde. El plazo de los noventa (90) días, como es bien sabido, obedece simplemente a la circunstancia de que las entidades oficiales, en el caso de autos el Instituto de Fomento Municipal, por tener contabilidades de suyo complejas y el control de sus gastos confiados a organizaciones fiscalizadoras, que deben autorizarlos, como lo es la Contraloría General de la República, requieren de un mayor tiempo que las entidades particulares, para la solución y pago de las reclamaciones que se les formulen. Pero en manera alguna quiere decir, como lo entiende el ad-quem, que la preclusión de dicho término la haga incurrir inevitablemente en mala fe y haga desaparecer la duda razonable que pueda asaltarlas en relación con el reclamo en su totalidad o parcialmente, pues de entenderse la norma así, se llegaría necesariamente a la conclusión de que tales entidades bien por el silencio que guarden en relación con el reclamo o bien porque no estén de acuerdo en sus pedimentos, necesariamente incurren en mala fe, por el solo transcurso del plazo que la Ley les señala, perdiendo toda oportunidad, por consiguiente de defensa, desde el mismo momento en que, aún no sintiéndose obligadas a satisfacer lo reclamado, tienen que pagarlo o correr inevitablemente con la sanción por mora.

Desde este punto de vista, claramente expuesto por el sentenciador en la providencia acusada, se ve que ha incurrido en equivocada interpretación de la norma acusada por el impugnador, al darle, como ya se dijo, un alcance que no tiene y que lleva inexorablemente a conclusiones inadecuadas con su verdadero contenido y propósito. Bastaría, para resaltar aún más la equivocada interpretación de la disposición contenida en el tantas veces citado Decreto 797, imaginar la situación en que quedaría una institución oficial ante la duda razonable que la asaltara sobre un punto cualquiera de una reclamación, si por virtud de la interpretación del ad-quem al vencimiento del término de noventa (90) días que la protege, se viera necesariamente obligada a consignar en los términos de la Ley y a favor del reclamante una suma de dinero, cuando al ser discutida en juicio, se produjera, desde luego con posterioridad a los noventa (90) días, un decreto absolutorio sobre la cuestión debatida.

En consecuencia, el cargo como ha sido formulado tiene amplia prosperidad, circunstancia que releva a la Corte de estudiar el cargo tercero, como quiera que él persigue el mismo propósito del que se acaba de estudiar, aun cuando por una vía distinta de acusación, como lo es la indirecta, por errores de hecho ostensibles.

Las consideraciones que se han hecho en relación con el cargo segundo, sirven a la Sala para sustentar el correspondiente fallo de instancia como consecuencia de su prosperidad en casación, que la lleva a la confirmación de la absolución proferida por el a quo en relación con la indemnización moratoria.

Por lo expuesto, la Corte Supréma 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 acusada en cuanto condena al Instituto de Fomento Municipal por indemnización moratoria y obrando en Sede de instancia confirma la decisión absolutoria del a quo sobre este mismo punto. NO LA CASA en lo demás.

Sin costas en la segunda instancia y en el recurso de casación.

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

Juan Benavides Patrón, Alejandro Córdoba Medina, Enrique Arrázola, Conjuez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

DISPONIBILIDAD

Consecuencia del principio legal del trabajo efectivo consagrado en el artículo 5º del C. S. del T., es que la llamada "disponibilidad" o sea la facultad que el patrono tiene de dar órdenes al trabajador en un momento dado y la obligación correlativa de éste de obedecerlas, no constituye en sí misma ningún trabajo, por no darse en ella la prestación real del servicio, sino apenas la simple posibilidad de prestarlo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., cinco de mayo de mil novecientos setenta y uno.

(Ponente: Abogado Asistente Doctor Arturo Linares Ortega).

(Acta número 15).

Fernando Peña Moreno, por conducto de apoderado, demandó a la sociedad "Colombian Petroleum Company" con domicilio principal en Bogotá, para que fuese condenada a pagarle la suma de $ 81.921.00 por concepto de 4.980 horas extras nocturnas; $ 34.686.00 por 2.952 horas extras diurnas; $ 24.922.00 por faltante de cesantía; $ 9.358.00 por reajuste de primas de servicios, indemnización moratoria y las costas del juicio.

Según los hechos del libelo: "El Dr. Fernando Peña Moreno fue trabajador de la Colombian Petroleum Co. en su condición de médico, mediante contrato de trabajo que se firmó en Cúcuta y prestó sus servicios tanto en Cúcuta como en Tibú" según reza el libelo. Prestó servicios del 2 de mayo de 1955 al 1º de marzo de 1962, tuvo un salario de $ 2.260.00 mensuales y según lo afirma el actor: "dentro del cual no estaba comprendido lo correspondiente a trabajo extraordinario o suplementario". Cuentan igualmente los hechos que en el contrato suscrito entre las partes "se estipuló en la cláusula segunda que la jornada de trabajo sería de ocho horas diarias y cuarenta y ocho a la semana"; que en la cláusula cuarta del mismo contrato se pactó que: "el trabajador no cobraría, ni la empresa estaría obligada a pagarle, suma alguna por trabajo suplementario o en exceso de la jornada máxima a menos que se le exigiera por escrito"; que se le exigía hacer turnos semanales de siete días y prestaba servicios de "guardia" con un descanso semanal. Durante el tiempo de servicios del demandante éste lo prestó 26 semanas cada año en turno o guardia y trabajó así 3.120 horas extras entre diurnas y nocturnas. También se dice en la demanda que los turnos extras o guardias fueron ordenados expresamente por "el médico director Dr. Alfredo Landínez mediante circular de 10 de octubre de 1956; y que "para eludir el pago de este trabajo suplementario el médico director se ideó el sistema de su pago por medio de descansos compensatorios" y agrega el libelista que por cada semana extra de trabajo le daban dos días.

En derecho fundamentó las peticiones en los artículos 13, 14, 65, 158, 159, 160, 161, 168, 249, 263 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo.

La demandada contestó la demanda por conducto de apoderado, oponiéndose a todas y cada una de las peticiones apoyándose en diversas consideraciones de las cuales

se destacan la de que el actor se obligó mediante contrato escrito a laborar una jornada de ocho horas, "salvo las circunstancias especiales del reglamento médico de la Compañía"; la de que el médico es un profesional que debe estar disponible al servicio de sus semejantes; así como la de que no se trata de un trabajo suplementario sino de naturaleza intermitente, de confianza y de que nunca fue ocupada en trabajo material superior a ocho horas diarias pues si alguna labor desempeñó fuera del servicio le fue pagada. No se formularon excepciones.

El Juzgado del conocimiento, que lo fue el Primero del Trabajo de Cúcuta, por sentencia de 23 de noviembre de 1964 condenó a la Colombian Petroleum Company a pagar al demandante José Fernando Peña Moreno, la cantidad de $ 45.604.50 por tiempo extra, diurno y nocturno; la suma de $ 16.963.93 por reajuste de cesantía; $ 3.807.82 por concepto de reajuste de primas de servicios y a las costas del juicio.

El fallo anterior fue apelado por ambas partes y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, Sala Laboral, mediante sentencia de fecha 12 de marzo de 1965 dispuso en su parte resolutiva lo siguiente:

"Primero. Refórmase la sentencia apelada en su numeral 1º y en su lugar se dispuso: Condénase a la Compañía Colombian Petroleum Company, con domicilio en Bogotá, representada por el doctor Luis Chacón Hernández o quien haga sus veces, a pagar al doctor José Fernando Peña Moreno, mayor y vecino de esta ciudad, tres (3) días después de ejecutoriada la presente sentencia, a los siguientes valores:

"a) Por concepto de tiempo extra, diurno y nocturno la cantidad de cuarenta y cinco mil trescientos ochenta y nueve pesos con cuarenta y dos centavos ($ 45.389.42) y no la de cuarenta y cinco mil seiscientos cuatro pesos con cincuenta centavos ($ 45.604.50) a que se contrae la sentencia apelada en este punto.

"b) Por reajuste del auxilio de cesantía durante el tiempo de servicios, la cantidad de veintitrés mil doscientos treinta y tres pesos con quince centavos ($ 23.233.15) y no la de diez y seis mil novecientos sesenta y tres pesos con noventa y tres centavos ($ 16.963.93) a que se contrae la sentencia apelada en este punto.

"c) Por reajuste de primas de servicio la suma de cuatro mil cincuenta pesos con tres centavos ($ 4.050.03) y no la de tres mil ochocientos siete pesos con ochenta y dos centavos ($ 3.807.82) a que se contrae la sentencia apelada en este punto.

"Segundo. Confírmase la sentencia apelada en su numeral 2º.

"Tercero. Absuélvese a la Colombian Petroleum Company de los demás pedimentos de la demanda.

"Cuarto. Costas parciales (50%) en esta instancia, a cargo de la parte demandada. Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase".

Contra la sentencia en mención interpusieron recurso extraordinario de casación ambas partes, sin embargo la parte demandante recurrente dejó vencer el término del traslado para sustentarlo sin que hubiese presentado la respectiva demanda de casación, por lo cual solamente se examinará el recurso de la parte demandada con su réplica.

El recurso

Alcance de la impugnación

Lo expresa así: "La presente demanda contra la sentencia del Tribunal está ordenada a que la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral invalide, case o infirme, la sentencia impugnada, por ser violatoria de la ley sustantiva, y como Tribunal de instancia revoque la del Juzgado y en su lugar absuelva totalmente a la Colombian Petroleum Company de los cargos formulados por el demandante".

Se apoya en la causal primera del artículo 87 del Código Procesal del Trabajo (de 2158 de 1948).

Formula tres cargos que se estudian en su orden:

Primer cargo

El recurrente lo enuncia al finalizar su desarrollo en los siguientes términos: "... el Tribunal violó por infracción indirecta el art. 162, numeral c) que excluye de la jornada máxima legal de trabajo a quienes ejerciten actividades discontinuas e intermitentes y los de simple vigilancia, cuando residan en el lugar o sitio de trabajo, por cuanto no se aplicó esta disposición al caso sub-judice. Violó, asimismo, por aplicación indebida los numerales 1, 2 y 3 del art. 168, por cuanto liquidó los recargos aquí estipulados no habiendo lugar a ello. Los artículos citados son los del C. S. del T.".

Afirma el acusador que "incurre la sentencia en evidente error de hecho cuando afirma que "las partes libremente pactaron un régimen más beneficioso al trabajador y así crearon un derecho en beneficio del doctor Peña Moreno, sin que sea dado modificarlo posteriormente". En seguida el censor dice que la gratuidad no se presume y que debe expresarse en el contrato; que la actividad de un médico cirujano es por naturaleza intermitente que no puede cambiarse por autonomía de la voluntad; que Peña Moreno hubiera reclamado inmediatamente se le hubiera dejado de pagar parte del salario pactado o hubiera dado por terminado el contrato de trabajo y no hubiera sido la Empresa quien lo terminara mediante el uso de "la facultad del art. 48" del Código Sustantivo del Trabajo.

Concluye el recurrente aseverando que: "este error protuberante de hecho en la interpretación de la cláusula segunda del contrato de trabajo", fue el que condujo al Tribunal a la violación de los preceptos arriba mencionados. La cláusula segunda del contrato de trabajo a que alude el casacionista es del siguiente tenor: "La jornada de trabajo será de ocho horas diarias y 48 semanales, salvo acuerdo o excepciones legales o reglamentarias que tenga establecidas o establezca la Empresa".

Segundo cargo

Se acusa la sentencia de ser violatoria del art. 162 del Código Sustantivo del Trabajo por interpretación errónea y se concluye el cargo con la siguiente afirmación: "Esta errónea interpretación indujo al Tribunal a no aplicar el artículo 162 al caso sub-judice siendo aplicable, y a aplicar los recargos prescritos por el Art. 168 del C. S. del T. al mismo caso sub-judice, siendo inaplicables".

El impugnador en la sustentación de la censura afirma que no obstante que el médico Peña Moreno por su carácter profesional, sus atribuciones como encargado de las guardias en la Clínica de Cúcuta y la calificación que de los médicos se hace en el art. 7 del laudo arbitral, como empleado de confianza, el Tribunal consideró que no era un empleado de confianza. Asimismo dice el acusador en desarrollo del cargo lo siguiente: "Para que el doctor Peña Moreno fuera empleado de dirección o confianza —dice la sentencia del Tribunal— sería necesario que de él dependiera únicamente la marcha de la explotación económica, o propietaria de la Concesión Barco; o que la Empresa lo pudiera responsabilizar de las pérdidas de la explotación de un pozo petrolero; o que estuviese animado por el interés siquiera indirecto en el éxito y en la prosperidad de la Compañía".

Tercer cargo

Se acusa la sentencia por infracción directa del artículo 5º del Código Sustantivo del Trabajo y cita también el art. 23 ibídem aunque no precisa si fue o no infringido. Asimismo atribuye violación directa del art. 161 y del art. 168 del Código Laboral en los siguientes términos: "Resulta de aquí, también, una violación directa del art. 161 y del art. 168 del C. S. del T. por cuanto se aplican a una figura —la disponibilidad— que no está regulada por ellos. El trabajo, (ordinario, extra o nocturno) debe ser actividad y no disponibilidad".

Afirma también el impugnador al comienzo de la acusacion que "el Tribunal hace un capítulo aparte de LA DISPONIBILI-

DAD PARA EL TRABAJO COMO FUNDAMENTO DE LAS GUARDIAS" (mayúsculas del recurrente). Y agrega que: "No se discute el hecho de que fueran prestadas las guardias y de que ellas consistían en estar disponibles para atender cualquier emergencia médica que pudiera presentarse en la Clínica. Un médico no puede menos de estar disponible siempre, para la empresa o para cualquier otro prójimo, si ha de ser fiel a su vocación y juramento".

Finaliza la censura con unas consideraciones finales que hace el acusador en las cuales se limita a transcribir un aparte de una sentencia de la Corte de 1958 sobre disponibilidad del trabajador en los casos en que no se pueda determinar la jornada legal fija y concluye con la transcripción de la norma sobre la finalidad primordial del Código Sustantivo del Trabajo en cuanto al logro de la justicia en las relaciones obrero-patronales dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social.

El opositor a su turno hace al recurrente unos reparos de técnica acerca de la acusación por "infracción directa" y asevera que en el sub-lite el hecho básico del litigio se ha discutido y dice que estima el que el cargo ha debido serlo por interpretación errónea.

Como del estudio de la demanda de casación se desprende que el cargo tercero prospera, y como todos persiguen la misma finalidad, la Sala procede a estudiarlo con prescindencia de los dos anteriores.

Examen del tercer cargo

Afirma el recurrente que el Tribunal violó por infracción directa el artículo 5º del Código Sustantivo del Trabajo como consecuencia de la violación también por vía directa en concepto de aplicación indebida de los artículos 161 y 168 del Código Sustantivo del Trabajo. Funda la acusación en que el sentenciador no aplicó el art. 5º arriba citado que dice: "El trabajo que regula este Código es toda actividad humana libre, ya sea material o intelectual, permanente o transitoria, que una persona natural ejecuta conscientemente al servicio de otra, y cualquiera sea su finalidad, siempre que se efectúe en ejecución de un contrato de trabajo" a los hechos probados y en cambio aplicó los dos preceptos posteriormente mencionados (art. 161 y 168 del C. S. T.) a ciertas actividades que no constituyen trabajo y expresa que: "La disponibilidad no genera derechos emanados del Código Sustantivo del Trabajo, no tiene el calificativo de trabajo (ordinario extra o nocturno) y por consiguiente, no tiene fijada jornada máxima, ni salarios mínimos ni sobrerremuneraciones, en la ley colombiana".

Se considera

La Corte en sentencia reciente de fecha 11 de abril de 1970 reiterando jurisprudencia sentada en fallos de la misma de fechas 11 de mayo de 1968 y 20 de junio del mismo año, ha fijado una vez más su criterio acerca del fenómeno de la "disponibilidad" y el alcance del artículo 5º del Código Sustantivo del Trabajo, en casos como el sublite.

En efecto, dijo la Corporación: "La noción de "trabajo" que da el artículo 5º del C. S. T., al pretender definirlo, es la de "toda actividad humana libre, ya sea material o intelectual, permanente o transitoria, que una persona natural ejecuta conscientemente al servicio de otra, y cualquiera que sea su finalidad, siempre que se efectúe en ejecución de un contrato de trabajo". Como se deduce de tal definición legal, el trabajo que regula el Código Sustantivo se halla vinculado en esencia al concepto ontológico de "ACTIVIDAD" o de esfuerzo consciente del ser humano relacionado específicamente con su analógico de "EJECUCION" o de realización, expresiones estas que según el sentido filológico que les conviene y que el uso general les acuerda, confluyen a que el trabajo en su contenido social y económico, implica un desarrollo positivo y actuante no solo potencial o latente, de energía humana, psíquica o corporal, o mejor, de prestación efectiva de un servicio que supone tal despliegue de energía. Consecuencia del principio legal del traba-

jo efectivo consagrado en el artículo 5º del C. S. T. es que la llamada "DISPONIBILIDAD" o sea la facultad que el patrono tiene de dar órdenes al trabajador en un momento dado y la obligación correlativa de este de obedecerlas no constituye en sí misma ningún trabajo, por no darse en ella la prestación real del servicio, sino apenas la simple posibilidad de prestarlo. La sola disponibilidad, es en realidad, un equivalente de la subordinación jurídica, nota característica del contrato de trabajo y contribuye como tal, en caso de duda, a su debida identificación. Este principio del trabajo efectivo contenido en el artículo 5º es el mismo que siguen la mayoría de las legislaciones modernas a partir de la Convención de Washington de 1919 y que rige igual la jornada ordinaria que la extraordinaria de trabajo, porque tanto en la una como en la otra ha de prestarse realmente el servicio para que se tenga derecho a la condigna remuneración. —2— Posible es, desde luego, que otras legislaciones que se pretenden más avanzadas, como ocurre, por ejemplo, en el derecho mexicano, donde existe un precepto específico (artículo 73 de la Ley Federal del Trabajo) que señala que cuando el trabajador no puede salir del lugar donde presta sus servicios durante las horas de descanso y comidas, el tiempo correspondiente le será contado como tiempo efectivo dentro de la jornada normal de trabajo, o en la ley del trabajo de Venezuela, que menciona el fallo recurrido, es posible entonces, que en tales hipótesis contempladas en el derecho foráneo haya lugar, por mandato expreso de la ley, a considerar como trabajo efectivo el tiempo durante el cual se está bajo disposición patronal. Mas esto no ocurre en la Legislación Colombiana, pues además de no darse aquí textos legales semejantes, la regla jurídica que gobierna el concepto de "trabajo", o sea el artículo 5º excluye, como háse visto la idea de que la sola disponibilidad llegue a equipararse con la prestación efectiva del servicio. El juzgador, obligado sin embargo a aplicar la ley tal como esta ha sido concebida y plasmada, ha de aplicarla sin desfiguración posible y no debe remitirse, cuando la cuestión no es dudosa, como no lo es en el artículo 5º, ni al criterio de legislaciones extrañas, ni al juicio de teorizantes cuya opinión sigue en general las normas de su país de origen". (Jaime Faillece Castillo v/s Colombian Petroleum Company Sección Primera. Ponente Dr. Edmundo Harker Puyana).

El Tribunal a propósito de este aspecto, de la "disponibilidad" se expresó en la sentencia acusada así: "LA DISPONIBILIDAD PARA EL TRABAJO COMO FUNDAMENTO DE LAS GUARDIAS". En el caso subjudice se discute si en verdad el actor prestó o no guardias durante el tiempo en que estuvo al servicio de la Compañía; esas guardias según la voz de los testigos, consistían en el lapso en que los médicos contratados por la Colombian Petroleum Company para los campamentos de Tibú y la Clínica de Cúcuta, debían permanecer disponibles durante una semana según el turno señalado, para atender cualquier caso de urgencia que se presentara fuera de la jornada común de 8 horas diarias o 48 semanales. Es decir en el hospital de Tibú el médico señalado debía permanecer durante toda la semana a disposición de la empresa y en la Clínica de Cúcuta, el médico debía estar después de terminada su labor, según el horario señalado por el reglamento, en su casa o avisar cuando salía y dar además el teléfono del lugar donde se encontraba a fin de que se le llamara cuando se necesitaran sus servicios".

"En una palabra, durante la semana de turno el profesional se encontraba en permanente disposición del Departamento Médico y no era dueño de su voluntad, o sea, que no podía obrar como quisiera, sino que pertenecía por entero a la Compañía".

Y luego concluye el sentenciador después de transcribir la "Circular Nº 15" su pensamiento con los siguientes apartes:

"Así pues, al no poder disponer libremente de su voluntad, ni para ejecutar los más elementales actos de la vida, tales como tomar alimentos, moverse de un lugar a otro

o reposar en su casa sin que de esto dejara de tener conocimiento el Departamento Médico de la Empresa o el paciente a él encomendado, el médico permanecía en forma total durante la semana de guardia al servicio de la Colombian Petroleum Company y entonces la jornada de trabajo no era exclusivamente la legal o aquella que gastaba en la atención médica o quirúrgica del paciente, sino ésta más el lapso durante el cual el profesional se encontraba a disposición de la Compañía".

De los pasajes transcritos de la sentencia acusada se desprende el error de juicio en que incurre el sentenciador y que le imputa la censura, al identificar el tiempo disponible realmente libre del trabajador y que en concepto del fallador de segundo grado debía permanecer atento a recibir órdenes de la empresa aunque sin prestar efectivamente servicio alguno o lo que es lo mismo sin desplegar actividad humana libre ni material ni intelectual, ni permanente ni transitoria en ejecución del contrato laboral, es decir hace una extraña confusión de dos conceptos diametralmente opuestos, trabajo y disponibilidad.

El error cometido así por el Tribunal infringe directamente el precepto legal contenido en el art. 5º del Código Sustantivo del Trabajo, al desconocer su contenido filosófico y jurídico que es el regulador de todos los derechos y obligaciones derivados del contrato de trabajo. La transgresión de la norma se produce por la abierta rebeldía del sentenciador contra ella y que es soporte fundamental del fallo en cuanto de su correcta aplicación depende que el tiempo en que el demandante permanecía en situación de simple disponibilidad no puede ser estimado como prestación efectiva del servicio que en realidad no se prestó.

Ahora bien, habiéndose configurado la infracción directa del artículo 5º C. S. T. que acusa el ataque, consecuencialmente se produjo la violación de los artículos 161 y 168 del C. S. T., también citados por el recurrente como violados que en su orden regulan la duración de la jornada de trabajo y la remuneración del trabajo nocturno y suplementario por su indebida aplicación que a su vez incidió en la condenación que el sentenciador hizo por este contra la demandada pues en últimas la determinó.

Prospera por tanto, la acusación estudiada en cuanto a su alcance relacionado con la duración de la jornada y el trabajo suplementario (diurno y nocturno) lo que determina la invalidación parcial del fallo por los conceptos señalados, quedando a salvo la condenación que fulminó el Tribunal contra la empresa demandada de pagar al demandante la cantidad de $ 23.233.15 por reajuste de cesantía y $ 4.050.03 por reajuste de prima de servicios ya que estas condenas quedaron fuera del alcance del recurso pues no se señalaron por el recurrente como violadas las normas sustanciales que consagran estas prestaciones, ya que no se indicaron en ninguno de los cargos.

En instancia conviene hacer esta consideración:

La circunstancia de la "disponibilidad" a que estaba sujeto el doctor Fernando Peña Moreno en los distintos lugares de trabajo de la empresa Colombian Petroleum Company hace suponer que en ocasiones se le exigiera trabajo real y efectivo extraordinario en horas diurnas y nocturnas pero de las probanzas allegadas al proceso sobre este aspecto no se estableció el número exacto de horas extras trabajadas tanto en jornada diurna como nocturna cuando eventualmente llegó a prestar servicios especiales efectivos caso en el cual el demandante tendría derecho a la remuneración de trabajo suplementario diurno y nocturno pero eso sí real, efectivo, como actividad humana libre material e intelectual, no imaginario confundido dentro de períodos de la llamada "disponibilidad". Empero esta demostración no aparece en autos y la relación de las "guardias" descritas por el Jefe del Departamento Médico no acreditan ni mucho menos el trabajo efectivo realizado por Peña Moreno en jornada extra diurna o nocturna.

Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral,

administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta en fecha de 12 de marzo de 1965 en cuanto por el ordinal a) del numeral 1º reformó a su vez el numeral 1º del fallo del Juzgado Primero del Trabajo de Cúcuta en su literal a) sobre la condena a pagar al demandante tiempo extra diurno y nocturno y en función de instancia revoca la condena de primer grado sobre este extremo y en su lugar ABSUELVE a la empresa "Colombian Petroleum Company" de la pretensión por concepto de remuneración por trabajo suplementario diurno y nocturno.

No la casa en lo demás.

Sin costas en el recurso ni en la segunda instancia.

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

José Enrique Arboleda V., Miguel Angel García B., José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía O., Secretario.

HOMOLOGACION

La Corte, por providencia de 10 de mayo de 1971, DECLARA TOTALMENTE INEXEQUIBLE el fallo arbitral proferido por el Tribunal de Arbitramento Obligatorio, convocado para decidir el conflicto colectivo de trabajo suscitado entre el "Hospital Centro de Salud 'San Rafael'" de Barrancabermeja y su Sindicato de Trabajadores.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., mayo diez de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.).

(Acta número 19).

Se decide el recurso de Homologación interpuesto por el Hospital Centro de Salud "San Rafael" contra el Laudo proferido por el Tribunal de Arbitramento Obligatorio convocado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social para decidir el conflicto laboral existente entre dicho hospital y el Sindicato de Trabajadores.

Antecedentes

Por Resolución número 1434 de 31 de octubre de 1969 el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social convocó un Tribunal de Arbitramento Obligatorio de los previstos en el ordinal a) del artículo 34 del Decreto 2351 de 1965 "para que estudie y decida el conflicto laboral existente entre el Hospital Centro de Salud "San Rafael" de Barrancabermeja y los trabajadores oficiales afiliados al Sindicato de Trabajadores del Hospital Centro de Salud "San Rafael", con precisa exclusión de los empleados públicos afiliados al mismo sindicato, y determinar igualmente quiénes son trabajadores oficiales para la aplicación del laudo arbitral que se profiera". En la misma Resolución integró el Tribunal de Arbitramento Obligatorio de conformidad con lo establecido en el artículo 36 del Decreto 2351 de 1965, en la siguiente forma: por el hospital, doctor Ramiro Corredor Quiroga; por el sindicato, señor Héctor Vélez Rivera Cruz y por el Ministerio, doctor Antonio José Uribe Prada. Además señaló como sede del Tribunal la ciudad de Barrancabermeja.

Por Resolución número 1657 de diciembre 16 de 1969 el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social aceptó la renuncia del doctor Ramiro Corredor Quiroga del cargo de árbitro por el Hospital Centro de Salud "San Rafael" y aprobó la designación del doctor Mario Uribe Serrano en su reemplazo para formar parte del tribunal de arbitramento obligatorio convocado e integrado por Resolución número 1424 (sic) del 31 de octubre. Posteriormente el Ministerio dictó la Resolución número 109 de 1970 por medio de la cual aceptó la renuncia del doctor Mario Uribe Serrano, y en su reemplazo nombró al doctor Oscar Molina para formar parte del referido tribunal de arbitramento obligatorio.

El 13 de marzo de 1970 se reunieron el doctor Antonio José Uribe Prada, árbitro designado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, el doctor Rafael León Amaya, designado por el Hospital Centro de Salud "San Rafael" y el señor Héctor Rivera, designado por el Sindicato de Trabajadores del Hospital. Fue elegido Presidente del Tribunal el doctor Rafael León Amaya, y Secretario el señor Aurelio Mantilla Correa. No hay constancia en el expediente de la

designación del doctor Rafael León Amaya como árbitro.

En la citada sesión del 13 de marzo de 1970 se fijó el día veinte del mismo mes y año para continuar las deliberaciones. El ocho de abril de mil novecientos setenta se reunieron nuevamente los árbitros y dejaron constancia en el acta de "que fue imposible realizar la sesión que estaba convocada para el pasado 20 de marzo, por cuanto el mal tiempo durante todos esos días impidió el viaje de los doctores Uribe Prada y León Amaya, de Bogotá y Bucaramanga, respectivamente". También el Presidente del Tribunal dejó constancia "de que las partes han manifestado su voluntad de prorrogar el término para producir el fallo arbitral por un término de treinta días a partir del vencimiento señalado por la ley". No hay en el expediente prueba de esta manifestación de las partes.

El mismo ocho de abril, en nueva sesión, fue elaborado el fallo arbitral, habiéndose notificado el nueve de abril siguiente al representante legal del Hospital San Rafael, quien interpuso el recurso de homologación, el cual le fue concedido por el Presidente del Tribunal el once de abril. Posteriormente, el veintinueve de abril, fue notificado el laudo al Presidente del Sindicato de Trabajadores.

El recurso

Al sustentar el recurso el apoderado del Hospital Centro de Salud San Rafael dice que el Tribunal de Arbitramento fue integrado irregularmente, contrariando lo dispuesto por el numeral 3º del artículo 3 de la Ley 48 de 1968, pues el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social no dio oportunidad a que los árbitros designados por las partes nombraran el árbitro tercero, sino que, de inmediato, lo designó. Que además, fue nombrado por el Sindicato el señor Héctor Vélez Rivera Cruz, quien nunca tomó posesión, ni actuó en el Tribunal, ni profirió el fallo arbitral ni fue reemplazado, habiendo actuado en sustitución, suya, sin que se sepa cómo, el señor Héctor Rivera. Y que los doctores Antonio José Uribe Prada, designado por el Ministerio directamente, y el doctor Rafael León Amaya, también nombrado por el Ministerio en vista de que el Hospital omitió hacerlo, no pertenecen a la lista de árbitros elaborada por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia.

Agrega que el Tribunal tenía un término de diez días para fallar, contados a partir del 13 de marzo de 1970, fecha de su instalación, habiendo vencido antes de que el fallo fuera proferido. Y como en la sesión del 8 de abril las partes manifestaron su voluntad de prorrogar el término para producir el fallo arbitral por "treinta días a partir del vencimiento señalado por la ley, "se pregunta si podía producirse válidamente dicha prórroga después de extinguido el término para fallar.

Refiriéndose al contenido del Laudo, dice que los vicios tan protuberantes del Tribunal hacen innecesario entrar a estudiarlo, aun cuando menciona el artículo décimo, en el cual, a su juicio, los árbitros invaden el campo del legislador al decretar que el fallo "será extensivo a todos los trabajadores sindicalizados y no sindicalizados", a quienes cataloga como trabajadores oficiales, excepción hecha del médico director y del síndico administrador, facultad que es privativa del organismo director del Hospital, de acuerdo con el artículo 5º del Decreto-ley 3135 de 1968, y el Ministerio de Trabajo, al convocar el Tribunal para determinar "quienes son trabajadores oficiales para la aplicación del laudo arbitral que se profiera", carecía de poder legal para tomar esa decisión.

Por último, el recurrente hace un análisis de las normas legales que considera infringidas con la integración del Tribunal y concluye pidiendo que se anule el fallo arbitral, según lo ordena el artículo 143 del Código Procesal del Trabajo.

Consideraciones de la Sala

Son muchas las irregularidades que se encuentran al examinar la integración del Tribunal de Arbitramento y el modo como se expidió el fallo recurrido. Como algunas

de ellas podrían originarse en lo incompleto del expediente, la Sala, en providencia de mayo veintinueve de mil novecientos setenta, solicitó a las partes, por conducto de la Inspección del Trabajo de Barrancabermeja, copias de las actas de la Asamblea General del Sindicato en donde consta la aprobación del pliego de peticiones y la designación de negociadores, conciliador y árbitro; actas originales sobre cumplimiento de las etapas de arreglo directo y conciliación en la negociación del pliego; acta de posesión de los árbitros; documentos en el cual las partes hayan expresado su voluntad de prorrogar al Tribunal el término señalado en la ley para proferir el fallo, o en su defecto, copia de la Resolución del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social que hubiere dispuesto tal prórroga. Posteriormente, y con la misma finalidad, se solicitó al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social copia auténtica de la Resolución número 0213 del 25 de febrero de 1970, por medio de la cual se designó al doctor Rafael León Amaya para integrar el Tribunal de Arbitramento Obligatorio, por no haberlo hecho el Hospital Centro de Salud "San Rafael" de Barrancabermeja.

Ni las partes, ni el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, han enviado a esta Corporación los documentos que les fueron solicitados. Como ha transcurrido un lapso apreciable, estima la Sala que el negocio debe decidirse con fundamento en los elementos que obran en el expediente remitido a la Corte por el secretario del Tribunal de Arbitramento.

Es jurisprudencia de esta Corporación que la Corte al examinar la regularidad del Laudo en el recurso de homologación no puede eludir el estudio de la naturaleza del conflicto; si se han cumplido las etapas de arreglo directo o de conciliación; si el Tribunal de Arbitramento ha sido integrado conforme a la Ley; si ha funcionado tal como ésta lo ordena y si ha proferido sentencia dentro del término respectivo y sobre la materia respectiva.

Ahora bien: en relación con la constitución del Tribunal de Arbitramento, se observa, en el supuesto de que se hubiesen cumplido legalmente las etapas de arreglo directo y conciliación, que el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social no dio cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 3º de la ley 48 de 1958, pues designó el árbitro tercero antes de que los nombrados por las partes lo hicieran o dejaran constancia de su desacuerdo, y en este último caso, el árbitro debía ser escogido de la lista elaborada por la Sala de Casación Laboral, tal como se fijó en la providencia de noviembre veinte de mil novecientos setenta, Homologación de "Expreso Trejo Ltda." y su Sindicato de Trabajadores, donde se dijo lo siguiente, refiriéndose al numeral 3º de dicho artículo:

"La norma transcrita contiene tres partes, así:

"a) Integración del Tribunal de Arbitramento obligatorio, en donde puede apreciarse la fundamental modificación que le introdujo el Decreto Legislativo número 2351 de 1965.

"El Tribunal, se compone de tres (3) árbitros, uno designado libremente por cada una de las partes, tal como estaba previsto en la legislación anterior, y el tercero nombrado libremente, sin sujeción a listas, por los dos principales, una vez posesionados, es decir cuando ya tienen el carácter transitorio de funcionarios públicos.

"b) Si, dentro de las siguientes 48 horas, no se produce acuerdo para la designación del tercero, la ley dio al Ministerio del Trabajo el derecho a nombrarlo, pero no libremente, sino escogido de la lista elaborada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

"c) Se estableció, como lo disponía antes el artículo 35 del Decreto número 2351, cuál era la lista de árbitros y qué requisitos debían llenar los escogidos, modificando su número que antes era de 180 personas y a partir del 11 de diciembre de 1958, fue de 200.

"En presencia de esta ley nueva, que contiene los únicos preceptos sobre la mate-

ria y que, además, no hace distinciones entre los distintos tipos de arbitramento obligatorio, para efectos de su constitución forzoso es concluir que a partir de su vigencia, todos los que se convocan para decidir por este medio los conflictos colectivos, deben sujetarse a sus disposiciones".

Como el Ministerio de Trabajo en la Resolución número 1434 de 31 de octubre de 1969 (folio 40), por medio de la cual se convocó e integró el Tribunal de Arbitramento para decidir el conflicto laboral existente entre el Hospital Centro de Salud "San Rafael", designó como árbitro tercero al doctor Antonio José Uribe Prada, antes de la posesión y aceptación de los otros árbitros, lo que indica que estos no tuvieron oportunidad para nombrar al tercero, se produjo un quebrantamiento de la ley vigente, por cuanto le arrebató a los designados por las partes esa facultad.

De manera que el Tribunal así integrado lo fue en forma distinta de la señalada en la ley 48 de 1968, y en consecuencia no adquirió jurisdicción para decidir el conflicto, lo que implica que el fallo que profirió es nulo y la Corte debe declarar su inexequibilidad total, como lo pide el recurrente.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

Resuelve

Declárase totalmente inexequible el fallo arbitral de ocho de abril de mil novecientos setenta, proferido para decidir el conflicto colectivo de trabajo entre el Hospital Centro de Salud "San Rafael" de Barrancabermeja y el Sindicato de Trabajadores del Hospital Centro de Salud "San Rafael".

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social para lo de su cargo.

José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García B., José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

INDEMNIZACION MORATORIA

Artículo 65 del C. S. del T. — El no pago de las sumas de dinero que puedan deducirse por lucro cesante o indemnización por despido, cuando este 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 patrono cuando el despido no es justo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., mayo doce (12) de mil novecientos setenta y uno (1971).

(Magistrado Ponente: Doctor Miguel Angel García B.).

(Acta número 15).

El señor Alberto Erazo Delgado, por medio de procurador judicial y ante el Juzgado del Trabajo de Bogotá (Reparto) presentó demanda ordinaria laboral de mayor cuantía contra el Banco Cafetero, establecimiento oficial de crédito con domicilio en Bogotá, con la finalidad de que esta entidad fuese condenada a: reintegrar al actor en las funciones de su cargo, con el consiguiente reconocimiento de salarios dejados de percibir y hasta cuando se produjere su reincorporación, y subsidiariamente a pagarle: una pensión de jubilación en los términos del artículo 8º de la Ley 171 de 1961, por haberle prestado sus servicios por más de diez años; una indemnización de $ 36.677.50 por despido ilegal; ciento quince pesos con 30/100 ($ 115.30) diarios a partir del 26 de enero de 1968 y hasta la fecha en que el Banco le pague la indemnización por despido ilegal. Además, las costas del juicio.

La parte demandada respondió oponiéndose a las peticiones de la acción, negando unos hechos, con remisión a su prueba, aceptando otros con aclaraciones y desconociendo el carácter de tales a otros; y en cuanto se refiere al décimo cuarto, dice que no es cierto y manifiesta que: "El Banco consignó a órdenes del Juzgado 1º del Trabajo de Bogotá, lo que resultaba a deberle al demandante cuando se produjo la terminación del contrato de trabajo".

Terminó la primera instancia con sentencia de fecha veintiocho de abril de mil novecientos sesenta y nueve, por medio de la cual el Juzgado Tercero Laboral Municipal de Bogotá condenó al Banco Cafetero a pagar al demandante Alberto Erazo Delgado: $ 8.994.02 por concepto de lucro cesante; y $ 115.30 diarios a partir del 27 de enero de 1968, como indemnización moratoria, hasta cuando le fuere cancelado el valor del lucro cesante.

Absolvió en cuanto a pensión de jubilación y negó el reintegro del trabajador, sin costas en la instancia.

Contra esa sentencia interpusieron recurso de apelación ambas partes, y concedido éste, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por medio de providencia de veinte de febrero de mil novecientos setenta, MODIFICO el fallo de primer grado en la siguiente forma: confirmó el literal a) del artículo 1º y el artículo 3º; revocó el literal b) del artículo 1º y los artículos 2º y 4º de la misma providencia.

Condenó a la parte demandada a pagar al demandante una pensión mensual vitalicia de jubilación, de carácter especial, en cuantía de $ 1.327.00, a partir del 20 de marzo de 1976 si para entonces está vivo.

Absolvió a la demandada por concepto de la súplica sobre indemnización moratoria y la condenó al pago del 70% de las costas en cada una de las instancias.

Posteriormente por providencia de fecha doce de marzo de mil novecientos setenta, a petición de parte corrigió un error aritmético aclarando que la parte demandada deberá pagar por concepto de lucro cesante la cantidad de $ 36.402.06.

Contra esa sentencia de segundo grado interpusieron recurso de casación ambas partes, y concedido éste, y admitido aquí por la Sala, presentadas en tiempo las demandas correspondientes, con réplica de la parte demandada con respecto a la del actor del juicio y sin contestación la de la parte opositora se procede a decidir.

Por razones de ordenamiento lógico se estudia en primer término el recurso de la parte demandada, toda vez que ésta en su alcance pretende la absolución de los cargos que se le formulan.

La demanda

Alcance de la impugnación

Plantea su demanda de casación la parte opositora de la siguiente manera:

"Este recurso de casación y la presente demanda que lo sustenta, se enderezan a obtener la infirmación parcial del fallo de segunda instancia proferido por el H. Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, de fecha 20 de febrero de 1970, en cuanto en su numeral primero confirmó el literal a) del artículo primero de la sentencia de primera instancia, en virtud del cual se condenó a la parte demandada al pago de la indemnización por lucro cesante e igualmente en cuanto por el numeral segundo de dicha sentencia, se revocaron los artículos segundo y cuarto de la sentencia de primera instancia, por medio de los cuales se absolvió a la entidad demandada de las peticiones de jubilación y de costas; así como también en cuanto a lo que se relaciona con el numeral tercero de la providencia acusada, que condenó a la entidad por mí representada al pago de una pensión reducida de jubilación; y que constituyéndose esa H. Sala en juzgador de instancia, proceda a confirmar el numeral cuarto de la sentencia acusada, por medio del cual se absolvió a la entidad demandada de la súplica por concepto de indemnización moratoria".

Del contexto del petitum en donde se impetra la infirmación de la sentencia acusada se deduce que, el casacionista persigue que, en función de instancia se absuelva a la parte demandada de los cargos de la demanda.

Agrega que, la Corte confirme el numeral cuarto de la sentencia acusada, lo cual no es de recibo, dentro de la rigurosidad de este recurso.

Repetidamente ha dicho la Corte que, cuando se pide la infirmación del fallo acusado, debe señalarse por el casacionista claramente el derrotero a seguir con el fallo de primer grado, en función de instancia.

Faltan pues precisión y técnica en el alcance de la impugnación que se interpreta por el contexto, como está advertido y por el resultado que se persigue con los cargos planteados.

Con fundamento en tal alcance, en esa forma aclarado, formula tres cargos así:

Primer cargo

"Acuso la sentencia del H. Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, de ser violatoria en forma indirecta del artículo 7º, numeral segundo, letra A), del Decreto Legislativo 2351 de 1965, reformatorio del Código Sustantivo del Trabajo, e igualmente del artículo 48, numeral segundo, del Decreto 2127 de 1945, reglamentario de la Ley 6ª del mismo año, violación en que incurrió el sentenciador por error de hecho, consistente en la apreciación errónea de los documentos visibles a folios 22 y 117 del cuaderno principal, lo mismo que falta de apre-

ciación de los documentos auténticos visibles a folios 31, 32, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57 y 58, del mismo cuaderno, que imponen relación directa y unidad de carácter probatorio con los anteriores, esto es, la carta de despido, y que acreditan y prueban plenamente el carácter violento y agresivo que siempre distinguió en sus labores habituales al exempleado despedido con justa causa y hoy demandante en este juicio, apreciación errónea y falta de apreciación de documentos auténticos que dio lugar, consecuencialmente, a la violación de la ley sustancial que lo llevó a dar aplicación al literal d), numeral cuarto, artículo 8º del Decreto Legislativo 2351 de 1965.

"Demostración

"De autos consta, en documentos que al formular el cargo determiné, y que de acuerdo con las normas procesales vigentes (art. 645 del C. J.), constituyen plena prueba en razón de haber obrado en autos con conocimiento de la parte demandante, sin haber sido tachados ni redargüidos de falsos, de los actos violentos que en el ejercicio permanente de su cargo venía ejecutando el demandante Alberto Erazo Delgado, documentos éstos que analizados en conjunto con la carta por medio de la cual la entidad demandada declaró terminado el contrato de trabajo que con él la ligaba, unilateralmente y alegando la justa causa con base en lo dispuesto en el artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, letra A), numeral segundo, se establece el derecho que tenía la entidad demandada para ponerle fin unilateralmente a ese contrato de trabajo, por la causal de violencia comprobada, en la cual era reincidente el trabajador y acogiéndose a la excepción establecida por el artículo 32 de la Convención Colectiva de trabajo vigente en esa fecha, que eximía a mi representada, la entidad demandada, a seguir el procedimiento establecido en la parte primera del citado artículo 32, hecho éste que no tuvo en cuenta el Juzgador de segunda instancia en la sentencia que se acusa, y lo cual motivó la violación indirecta de la ley sustancial por la apreciación errónea y la falta de apreciación de los documentos auténticos que dan cuenta de los hechos imputados al demandante y cuya relación ya hice.

"El análisis probatorio que hace el adquem en la sentencia acusada es parcial y contradictorio, porque no se ciñe en un todo a la verdad declarada por los testigos. La toma superficialmente para deducir de ello hechos contrarios a lo que ellos mismos expresan, tal el caso del testimonio rendido por el señor Rafael Antonio Silgado Vega (folio 190), cuando alterándolo el sentenciador de segunda instancia afirma: "...pero sin concretar la participación del demandante...", pues el declarante manifestó en su testimonio: "...Me consta que el señor ERAZO, lo mismo que otros empleados del Banco, participaron en una especie de huelga, utilizando pitos, que entorpecían con el ruido la labor general del Banco. Me consta por cuanto era yo en esa época el Jefe Superior del señor Erazo, que al ordenarle yo al Jefe de Caja, señor Germán Navarro que le recibiera el puesto al señor Erazo puesto que habíamos recibido un memorándum interno del Departamento de Relaciones Industriales avisándonos que el señor Erazo había dejado de pertenecer al Banco desde ese día. El señor Navarro procedió de inmediato a recibirle la Caja al señor Erazo y en ese momento el señor Erazo, tal vez molesto por la actitud del Banco, reaccionó contra el señor Germán Navarro, a quien le dio golpes y además lo insultó de palabra. Eso fue lo que yo presencié directamente..." (subrayo), folios 190 y 191. ¿Puede concebirse mayor violencia? Esto dio origen a una denuncia penal por el delito de lesiones personales.

"De algunos de los documentales, cuya falta de apreciación por parte del ad-quem, que cité anteriormente, dio origen a la declaración hecha en la sentencia cuya infirmación demando, se desprenden los permanentes actos de violencia que ejecutaba el trabajador despedido, hasta el punto de haberle sido cancelado, en anterior ocasión, su contrato de trabajo, unilateralmente, y dando aplicación a lo dispuesto por el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, hasta llegar el momento de ser imposible su per-

manencia como empleado de la institución bancaria demandada, por esos mismos actos de violencia, ya en él consuetudinarios, lo que motivó la carta de despido con justa causa que dio origen al presente juicio laboral".

Se estudia

Expresa pues el recurrente que, la violación indirecta de las normas que señala como infringidas por el Tribunal, se cometió por apreciación errónea de los documentos visibles a los folios 22 y 117 y falta de apreciación de las documentaciones comprendidas en los folios 31, 32 y 42 a 58.

Estima el recurrente que, la carta de despido en relación con las documentaciones que señala como no apreciadas, por virtud de la "unidad de carácter probatorio" según sus propias expresiones, prueban el temperamento violento y agresivo del señor Erazo. Y que, de la errada interpretación de la carta y no apreciación de las documentaciones a que se refiere, llegó el sentenciador a determinar que el despido fue injusto y no encontró demostrada la violencia, que sí aparece según la censura, como conclusión de tales pruebas.

Pues bien: la aludida carta de despido cuyo original obra al folio 117 y copia al 22, contiene exactamente los motivos expuestos por el Banco Cafetero como suficientes a su entender para proceder a un despido justificado. Pero esta carta es un acto que emana directamente del patrono y que por tanto, no puede convertir en prueba a su propio favor, y por otra parte, del contenido de esa carta se concluye que en ella se le reprocha al señor Erazo su mala conducta anterior, el hecho de que soplara un pito en presencia de la clientela en determinada ocasión y las circunstancias varias de que al ser amonestado demostró indisciplina y altanería.

Del contenido de esa carta no podía deducir el sentenciador de segundo grado motivo alguno como para excusar al patrono del cumplimiento de la convención colectiva en su artículo 32; no hubo pues error en su apreciación para las conclusiones a que llegó el Tribunal.

Y en lo que toca con las documentaciones indicadas por la censura como dejadas de apreciar por el ad-quem, es verdad que en la sentencia acusada no se hace análisis pormenorizado de cada una de ellas, lo cual ha debido hacer el ad-quem, toda vez que es obligatorio pesar todas y cada una de las probaciones de la demanda y de la defensa. Sin embargo, si como está advertido no se hizo ese examen singularmente, frente a cada uno de esos documentos, sí se hizo por el sentenciador en conjunto, tal vez porque no encontró en ellos la fuerza demostrativa de los actos de violencia a que alude la acusación. En efecto, en la sentencia materia de este recurso, dentro de la crítica probatoria por el aspecto señalado dice así el juzgador de segundo grado:

"Resumiendo: debe estimarse ilegal el despido puesto que, al imponerlo el patrono violó la convención colectiva vigente que establecía un procedimiento particular, con salvedades que no son del caso. Y esa violación es en materia grave porque con ese precepto convencional se busca proteger al trabajador de decisiones inconsultas o arbitrarias; al ignorársele se vulneró el derecho de defensa que es uno de los dones más preciosos que el hombre aspira a poseer y a que se le reconozca.

"En estas condiciones, poco importa que se den por establecidos los antecedentes de que da cuenta la abundante documentación visible a folios 29 a 58. Aunque se consideraran probados los hechos constitutivos de las faltas, la legalidad de las sanciones que debieron basarse en un ignorado Reglamento de Trabajo, y su oportuno conocimiento por parte del trabajador, quien aparece firmando tres de las comunicaciones; todo ello apenas tendría un valor coadyuvante del hecho principal, el que para operar como justa causa requiere prueba fehaciente y procedimiento ajustado a las normas legales y convencionales".

En consecuencia sí fueron tenidas en cuenta por el Tribunal esas documentacio-

nes comprendidas del folio 29 al 58, las que contienen examinadas ahora por la Sala, amonestaciones, suspensiones, llamadas de atención al señor Erazo por sus inmediatos superiores, algunos de los cuales rindieron declaración y otros no, y que pueden sin duda aludir a una conducta indisciplinada y díscola del empleado y hasta falta de buenas maneras, pero de las cuales no puede deducirse la violencia a que se refiere la censura como justa causa de despido.

Los actos de violencia, dicho sea de paso, para su realización requieren manifestación externa, fuerte, material, de forma que el ímpetu y fuerza empleados por el violento (violentus-que está fuera del estado natural) tiendan por ese medio a dominar la resistencia que pueda oponérsele.

No es pues equivocada la apreciación de la carta, aludida en primer término por la censura y sí se tuvieron en cuenta por el ad-quem las documentaciones que indica como no apreciadas.

No apareciendo pues ni errada la interpretación de la primera ni la falta de apreciación de las otras, el cargo por tanto no prospera.

Segundo cargo

"Acuso la sentencia materia de este recurso extraordinario de casación, de ser violatoria en forma directa, por interpretación errónea, del artículo 8º de la ley 171 de 1961; del artículo 11 del Decreto 1611 de 1962, reglamentario de la citada ley; del artículo 21 de ese mismo decreto y del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, numeral 4, literal d).

"Demostración

"El sentenciador ad-quem, procede en su fallo acusado a hacer compatibles, simultáneamente, el pago de la indemnización por despido injusto con el pago de la pensión-sanción. Se permite en defensa de su tesis simplemente citar apartes de un fallo anterior proferido por ese mismo Tribunal, sin entrar a hacer la exégesis e interpretación jurídica de las normas que consagran tales prestaciones, equivocándose profundamente en la interpretación de ellas, pues la pensión-sanción, con miras única y exclusivamente a buscar la estabilidad del trabajador fue establecida tanto para los trabajadores oficiales, como para los particulares, mientras que la indemnización por despido injusto consagrada por el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965 se estableció única y exclusivamente para los trabajadores particulares.

El presupuesto establecido para la pensión-sanción y la indemnización por despido injusto, radica fundamentalmente en el despido y, por consiguiente, no puede jamás establecerse la compatibilidad de estas dos sanciones. O bien se aplica la indemnización por despido injusto o bien la pensión-sanción. Ambas sanciones no pueden aplicarse a la vez.

"Esto para el caso de un despido injusto, pero como el caso en estudio presenta características totalmente distintas a las que genera un despido injusto, ya que el despido del trabajador demandante-recurrente se produjo por justa causa, plenamente probada, ninguna de las dos sanciones puede aplicarse. Ahí radica la errónea interpretación que el fallador de la segunda instancia dio en la sentencia acusada a las normas legales señaladas, como violadas, en este cargo.

"A este respecto, y en apoyo de la tesis que sustento, me permito transcribir textualmente lo que el señor Juez a-quo dijo sobre el particular: "Se absolverá de esta petición —se refiere a la pensión de jubilación— porque para el Despacho la indemnización por despido (lucro cesante) excluye la pensión reclamada. La Ley 171 de 1961 tomó como presupuesto que el despido fuera injustificado. A su vez el Decreto 2127 de 1945, al referirse al lucro cesante tuvo en cuenta la misma circunstancia. Ley y Decreto, persiguen a juicio del Despacho, la estabilidad en la relación de trabajo. Terminada ésta, deberá ordenarse el lucro cesante (y su consecuente indemnización moratoria; cuando haya lugar) o la pensión

sanción. Sería equivocado interpretar que la intención legal fue instituir 3 sanciones cuando el despido es injusto: Pensión Sanción, Indemnización por Despido e Indemnización moratoria. Acumular las distintas sanciones que contienen las normas de la legislación social, tratándose de una misma causa, es un procedimiento inadecuado".

Se estudia

Dice el impugnante que, erró el sentenciador en la interpretación de las normas que cita, artículo 8º de la ley 171 de 1961; art. 11 del Decreto 1611 de 1962 que la reglamenta, del art. 21 de este mismo decreto y del art. 8º del decreto 2351 de 1965.

Considera incompatibles la sanción por despido injusto y la pensión restringida, y argumenta que el despido fue justo, lo cual está ya definido en el cargo anterior.

Ahora bien la sanción por despido injusto, tiene operancia en todos los casos en que está demostrada la relación contractual entre el patrono y el trabajador y acaece tal despido, es decir que, esa sanción se deriva necesariamente del hecho protuberante del rompimiento ilegal del contrato de trabajo; ese quebrantamiento de la estabilidad del trabajador en sus funciones laborales en forma injustificada en lo que genera esa sanción. Y como en el caso de autos el señor Erazo sí fue empleado del Banco Cafetero lo cual no puede ponerse en tela de juicio, y es evidente que fue despedido sin justa causa, no cabía al fallador otra cosa que aplicar precisamente en el sentido en que lo hizo el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, de forma que lejos de errada interpretación de la norma lo que aparece es la justa aplicación de la misma.

Y en lo atinente a la pensión restringida, teniendo las condiciones de tiempo el trabajador, señaladas por la ley 171 de 1961, y demostrado lo injustificado del despido, esa pensión jubilatoria debe ser decretada como protección para el trabajador y como sanción a la vez para el patrón. Y se protege al trabajador porque por este medio se evita que pueda violarse el derecho a obtener su jubilación cuando está en camino de obtenerla mediante el concepto de permanencia en el trabajo, vulnerado en forma injusta.

Los dos proferimientos son procedentes en una misma sentencia pues tienen causas u orígenes distintos, como queda advertido, y el uno no puede excluir al otro. Y en lo tocante a la pensión especial, cabe aquí particularmente anotar que, el parágrafo del art. 8º de la ley 171 de 1961, establece que:

"Esa pensión es también aplicable a los trabajadores ligados por contrato de trabajo con la administración pública o con los establecimientos públicos descentralizados".

No apareciendo por tanto el error evidente en la interpretación señalada por la censura, el cargo no prospera.

Tercer cargo

"Acuso la sentencia de ser violatoria, en forma indirecta, del parágrafo Unico del artículo 8º de la Ley 171 de 1961 y del artículo 21 de su Decreto Reglamentario número 1611 de 1962, por aplicación indebida; violación en que incurrió el H. Tribunal por error de hecho manifiesto, consistente en la apreciación equivocada de la prueba.

"Demostración

"El error de hecho se produjo al dar por establecido o probado, sin estarlo, que el demandante recurrente estuvo vinculado por contrato de trabajo con el Banco Popular y con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, cuando expresó: "No hay, pues, incompatibilidad entre estos dos derechos por lo que procede aplicar el artículo 8º de la ley 171 de 1961, que subrogó el 267 del C. S. T., por medio del cual se establece una pensión especial a cargo de las empresas

con capital no inferior a $ 800.000.00 y a favor de los trabajadores despedidos sin justa causa después de 10 años de servicios al cumplir 60 años de edad y después de 15 años de servicios al cumplir 50 años de edad. Y el parágrafo agrega que lo allí dispuesto se aplicará también a los trabajadores ligados por contrato de trabajo con la administración pública o con los establecimientos públicos descentralizados, en los mismos casos allí previstos y con referencia a las (sic) respectiva pensión plena de jubilación oficial". (lo subrayado es mío). Y continúa: "A folios 114 y 116 obran certificaciones que se presumen auténticas expedidas por el Jefe de Personal del Banco Popular y el Jefe de Registro y Control de Personal del Ministerio de Hacienda, respectivamente, de las que se sigue que el demandante prestó 11 meses y 5 días de servicios al primero —entre el 22 de diciembre de 1952 y el 24 de noviembre de 1953— y 5 meses y 9 días al segundo —entre el 18 de julio de 1951 y el 26 de febrero de 1965 (sic), con 60 días de licencia. Sumando estos períodos con los 10 años, 3 meses y 12 días laborados para la demandada, resulta un tiempo total de 11 años, 7 meses y 24 días como base para liquidar el derecho proporcional...". (folio 254).

"Veamos ahora qué dicen las normas legales:

"La ley 171 de 1961, textualmente expresa: "El trabajador que sin justa causa sea despedido del servicio de una empresa de capital no inferior a ochocientos mil pesos ($ 800.000.00), después de haber laborado para la misma o para sus sucursales o subsidiarias..." (subrayo).

"Si el retiro se produjere por despido sin justa causa...".

"La cuantía de la pensión será directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que le habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos necesarios para gozar de la pensión plena establecida en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo...".

"Parágrafo del artículo 8º de la ley 171 de 1961: "Lo dispuesto en este artículo se aplicará también a los trabajadores ligados por contrato de trabajo con la administración o con los establecimientos públicos descentralizados en los mismos casos allí previstos y con referencia a la respectiva pensión plena de jubilación oficial".

"Y el artículo 21 del Decreto 1611 de 1962, reglamentario de dicha ley, dice: "El trabajador ligado por contrato de trabajo con la administración pública o con los establecimientos públicos descentralizados, que sin justa causa sea despedido del servicio después de haber laborado durante más de diez (10) años y menos de quince (15), continuos o discontinuos, anteriores o posteriores al primero de febrero de mil novecientos sesenta y dos (1962), tendrá derecho a que se le pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos sesenta (60) años de edad, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido" "... La cuantía de la pensión será directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que le habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos necesarios para gozar de la respectiva pensión plena de jubilación oficial...".

"Conocido el texto de las normas anteriormente transcritas, y cuya interpretación debe ser esencialmente de carácter restrictivo y sin incurrir en violación flagrante de la ley, podrá ser posible HH. Magistrados, que pueda ser condenada la entidad demandada, en el supuesto de que el cargo anterior no prosperare, como en efecto se le condenó, al pago de una pensión sanción proporcional a 11 años 7 meses y 24 días?

"Los documentos que obran a folios 114 y 116 del cuaderno principal, sólo demuestran que el demandante prestó sus servicios a una entidad descentralizada, Banco Popular, y a una oficial, Ministerio de Hacienda, en los períodos de tiempo constantes en dichos certificados, pero jamás que tal prestación de labores hubiese sido, como lo impone la norma, por contrato de trabajo.

"Como consecuencia de lo antes expuesto, la equivocada apreciación que el H. Tribunal, Sala Laboral, hizo de las documentales que como pruebas aparecen incorporadas a los folios 114 y 116, ya citados, llevaron al sentenciador de segunda instancia a incurrir en error de hecho manifiesto, violando consiguientemente y en forma indirecta el parágrafo del artículo 8º de la ley 171 de 1961 y el artículo 21 del Decreto Reglamentario 1611 de 1962, aplicándolos indebidamente al imponerle al Banco Cafetero la obligación de pagar una pensión sanción proporcional y superior al tiempo realmente prestado a la entidad demandada, como si durante todo ese tiempo que determina el fallo acusado, el demandante hubiese laborado al servicio de las distintas entidades por contrato de trabajo.

"En caso muy similar al presente ya esa H. Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, se expresó así en lo pertinente: "Ahora bien, el parágrafo del artículo 8º de la ley 171 de 1961 hace extensiva a los empleados nacionales, departamentales y municipales la pensión reducida que ese mismo artículo consagra, y a que la sentencia condena al Banco Cafetero, pero a condición de que el trabajador esté ligado "por contrato de trabajo con la Administración o con los establecimientos públicos descentralizados", como lo expresa el texto. No comprende, por tanto, a los vinculados sólo por una relación de derecho público, por lo que están excluídos de lo dispuesto en ella los cargos ejercidos por el demandante en organismos distintos del Banco Cafetero, con el cual éste acepta que aquel estuvo unido por una relación contractual. No cabe duda entonces que cuando la Sala sentenciadora dio como acreditado el contrato laboral para el desempeño de los cargos ya expresados, en la Registraduría Nacional del Estado Civil, el Municipio de Medellín y los Ferrocarriles Nacionales, incurrió en error de hecho evidente, por haber apreciado mal las certificaciones de tales organismos que acreditan los respectivos nombramientos y la duración en el empleo, mas no la existencia de contrato laboral, error que le llevó a aplicar indebidamente la norma que en el artículo 8º de la ley 171 hace extensivo el derecho a los empleados oficiales, y consecuencialmente la que en la misma disposición consagra ese derecho. 15. Por tanto, la sentencia acusada habrá de casarse parcialmente a efecto de reformar la de primer grado para reducir la condena en la proporción que exija el tiempo no servido mediante contrato de trabajo sino solamente con vinculación de derecho público". (Sentencia proferida por esa H. Corte en el juicio ordinario laboral de Julián Cock Escobar contra el Banco Cafetero, de fecha 16 de abril de 1968. (Expediente Nº 3332)".

Se estudia el cargo

En este cargo se enfoca la censura por violación indirecta del parágrafo del art. 8º de la ley 171 de 1961 y del art. 21 del decreto reglamentario 1611 de 1962, por aplicación indebida mediante errores de hecho en la apreciación de las pruebas, por cuanto el ad-quem acumuló los tiempos servidos por el señor Erazo en el Banco Popular y en el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con el servido en el Banco Cafetero, y según la parte final del cargo se persigue la reducción de la pensión especial.

Evidentemente las pruebas a que se refiere el censor, aparecen en los folios 114 y 116 del expediente. El primero se refiere al tiempo servido por el señor Erazo en el Banco Popular Sucursal de San Agustín desde el 22 de diciembre de 1952 hasta el 24 de noviembre de 1953 y el segundo a los cargos desempeñados por el mismo señor Erazo en Dependencias del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Estos últimos cargos desempeñados en el Ministerio de Hacienda no ligaron al señor Erazo con la administración pública en forma contractual sino dentro de una ubicación legal y reglamentaria, y en cuanto al desempeño de sus funciones en el Banco Popular no está demostrada la relación contractual.

Se ha dicho ya por la Corte que, "el parágrafo del artículo 8º de la ley 171 de 1961 hace extensiva a los empleados nacionales,

departamentales y municipales, la pensión reducida que ese mismo artículo consagra y a que la sentencia condena al Banco Cafetero, pero a condición de que el trabajador esté ligado 'por contrato de trabajo con la administración o con los establecimientos públicos descentralizados', como lo expresa el texto. No comprende, por tanto, a los vinculados solo por una relación de derecho público, por lo que están excluídos de lo dispuesto en ella los cargos ejercidos por el demandante en organismos distintos del Banco Cafetero, con el cual éste acepta que aquel estuvo unido por una relación contractual".

En consecuencia, en el caso de que aquí se trata, el Tribunal erró evidentemente al apreciar aquellas certificaciones del Banco Popular y del Ministerio de Hacienda, ésta porque de ella no puede deducirse relación contractual por razones obvias y aquella por no estar demostrada esa misma relación de contrato, lo que condujo al fallador de segundo grado a aplicar indebidamente el artículo 8º de la ley 171 de 1961, en cuanto hizo más gravosa para la parte demandada la pensión restringida que solo corresponde pagar a la parte demandada en la proporción del tiempo servido por el demandante solamente a esta entidad mediante contrato de trabajo.

Como corolario de lo expuesto, la sentencia recurrida se casará parcialmente, para reformar la de primer grado en el sentido de condenar a la parte demandada al pago de la pensión restringida en proporción al tiempo servido exclusivamente a esta entidad.

La demanda de la parte actora

Alcance de la impugnación

Dice el casacionista al fijar el alcance de su demanda lo siguiente:

"Pretendo que esa Honorable Corporación CASE PARCIALMENTE la sentencia recurrida en cuanto en su ordinal CUARTO absolvió a la demandada de la súplica por concepto de indemnización moratoria, y que en función de instancia confirme el literal b) del artículo PRIMERO del fallo de primer grado por medio del cual se condenó al Banco Cafetero a pagar a Alberto Erazo Delgado por concepto de indemnización moratoria la suma de $ 115.30 diarios a partir del 27 de enero de 1968 hasta cuando se cancele la indemnización por despido injusto".

Invoca la causal primera de casación y con fundamento en ella formula dos cargos así:

Primer cargo

"La sentencia acusada viola directamente, por interpretación errónea el artículo 11 de la ley sexta de 1945; el artículo primero del Decreto 797 de 1949, reglamentario del anterior y sustitutivo del artículo 52 del Decreto 2127 de 1945, en relación con los artículos 8º del Decreto 2351 de 1965, adoptado como ley por el art. 3º de la ley 48 de 1968 y 1614 del Código Civil".

"Demostración

"El fallador de segunda instancia aceptó, entre otros, los siguientes hechos: que entre las partes existió un contrato de trabajo; que ese contrato fue terminado sin justa causa por el patrono demandado, al no seguir el procedimiento señalado en la convención colectiva para dar por terminado unilateralmente la relación laboral; que el Banco Cafetero es una entidad oficial y sus trabajadores tienen el carácter de oficiales, y que la indemnización a que tiene derecho el demandante por el despido injusto es la consagrada en el artículo 8º del Decreto 2351 de 1945, (sic) en virtud de lo pactado en la convención colectiva, y no la prevista en los artículos 40 y 51 del Decreto 2127 de 1945, como lo estimó el a-quo. Con fundamento en estos hechos condenó al Banco Cafetero a pagar al demandante la indemnización por despido injusto a que se refiere el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965 (folios 251 y 252, y providencia que corrigió el error aritmético de doce de marzo de mil novecientos setenta, folios 271 y 272).

"Sin embargo de la condena por indemnización causada por el despido injusto, el ad-quem se abstuvo de condenar por indemnización moratoria, porque le pareció inadmisible que se discriminara contra la Nación obligándola a pagar la mora por una obligación que no existe sino a partir del fallo que la declara; porque a su juicio repugna que con base en un solo hecho jurídico, ruptura del contrato de trabajo, se presuman dos clases de perjuicos diferentes y sus correspondientes indemnizaciones.

"Como antecedente de la interpretación del artículo 797 (sic) de 1949, transcribe el Tribunal apartes del fallo de esa Honorable Corporación de 17 de junio de 1957, en el cual precisamente se sostiene todo lo contrario de lo argumentado por el ad-quem, o sea que la indemnización por mora se causa cuando no se han pagado las indemnizaciones. Pero el fallador de segunda instancia, en una forma **sui generis** de interpretar la jurisprudencia (?), dice que solamente una vez se hace referencia a la mora por el no pago de la indemnización, y en cinco ocasiones se precisa que ella se funda en el no pago de salarios y prestaciones sociales o de deudas o acreencias laborales. Pero este argumento no tiene sentido alguno. Si por motivos de redacción en el fallo de 17 de junio la Honorable Corte se abstuvo de incurrir en repeticiones, eso no quiere decir que por ello desconociera el texto expreso del Decreto 797 de 1949, que repite que la indemnización por mora se causa por el no pago oportuno de salarios, prestaciones e indemnizaciones.

"Así, en los considerandos del Decreto se dice: 'Que las prestaciones e indemnizaciones que la Ley ha establecido en favor de los trabajadores oficiales se pagan generalmente por instituciones de previsión". 'Que, por lo tanto, debe consagrarse un régimen que ajuste a esta realidad en cuanto al pago de los salarios, prestaciones e indemnizaciones que se adeuden al trabajador y las consecuencias que acarree el incumplimiento de esta obligación'. Y en el artículo 1º, que sustituyó al 52 del Decreto 2127 de 1945, se dice 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 le adeude'. Que dentro del término de noventa días 'los funcionarios o entidades respectivas deberán efectuar la liquidación y pago de los correspondientes salarios, prestaciones e indemnizaciones que se adeuden a dicho trabajador'. Y que si transcurrido dicho término 'no se hubieren puesto a órdenes del trabajador oficial los salarios, prestaciones e indemnizaciones que se le adeude, o no se hubiere efectuado el depósito ante autoridad competente, los contratos de trabajo recobrarán toda su vigencia en los términos de la ley'.

"De modo que este criterio 'cuantitativo' de interpretación de la ley demostraría todo lo contrario de lo que afirma el fallador de segunda instancia, pues en el citado decreto reiteradamente se hace referencia por cinco veces a la obligación de pagar las indemnizaciones y a las consecuencias que su no pago acarrea al patrono.

"Dice el Tribunal: 'Por lo demás, repugna que con base en un solo hecho jurídico, ruptura del contrato, se presuman dos clases de perjuicios diferentes y sus correspondientes indemnizaciones, aparte de la pensión sanción cuyos supuestos fácticos aunque directamente se origina en el mismo hecho ostentan algunas diferencias, sin parar mientes en que se trata de institutos diversos: la indemnización por ruptura de contrato es lucro cesante y la moratoria es daño emergente y ambas difieren notablemente'.

"Ahora bien: el artículo 11 de la ley 6ª de 1945 dijo que en todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a su cargo de la parte responsable, sin que se refiriera al lucro cesante o al daño emergente. La jurisprudencia estimó que la indemnización a que se refiere el artículo 51 del Decreto 2127 de 1945 correspondía al lucro cesante, lo que fue recogido por el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo. Este concepto

ha sido criticado por los tratadistas. Pero el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, que fue el aplicado por el Tribunal, dice que la indemnización por incumplimiento de lo pactado comprende el lucro cesante y el daño emergente, pero luego establece una indemnización de naturaleza laboral cuando se trata de contratos a término indefinido, que no califica como lucro cesante o daño emergente. Dentro de un punto de vista de la autonomía del Derecho del Trabajo, esta indemnización debe considerarse como típica, como una institución propia, ajena a los conceptos del Código Civil, contenidos en los artículos 1613 y 1614. O sea que el derecho Laboral, sin desconocer que el incumplimiento de lo pactado debe indemnizarse resarciendo el lucro cesante y el daño emergente, establece una indemnización especial, que se causa por el solo rompimiento del contrato y cuya cuantía no necesita demostrarse en juicio, pues está señalada clara y expresamente en la ley.

"El Tribunal considera que la indemnización moratoria es daño emergente. Esta afirmación sin respaldo doctrinario alguno, no ha sido acogida por la jurisprudencia, que siempre la ha considerado como una especie de sanción al patrono renuente. Pero si es necesario encasillarla dentro de las definiciones del artículo 1614 del Código Civil, más propio sería decir que se trata de lucro cesante.

" 'Hechas las consideraciones anteriores, paso a referirme al argumento central del fallador de segunda instancia, de que repugna que un mismo hecho haga presumir la existencia de dos clases de perjuicios. Olvida el Tribunal que la indemnización por despido injusto, aún considerándola como lucro cesante, se origina el incumplimiento del término del contrato de trabajo, en la ruptura unilateral del mismo sin justa causa, indemnización a la cual tienen derecho ambas partes, trabajadores y patronos, y que la indemnización moratoria está consagrada únicamente en favor del trabajador cuando el patrono incurre en la mora en el pago de salarios y prestaciones sociales para los trabajadores particulares, y de las indemnizaciones, además, para los trabajadores oficiales. La fuente de cada una de estas obligaciones es distinta, por lo cual pueden coexistir. Y si se ha causado la indemnización por despido injusto, y el patrono oficial incurre en mora, surge la otra indemnización, cuyo origen no es la ruptura unilateral sin justa causa del contrato de trabajo, sino la mora en pagar la correspondiente indemnización. Esta ha sido la jurisprudencia del Tribunal Supremo del Trabajo, y de esa Honorable Corporación, como puede verse en los fallos de 17 de agosto de 1954, 9 de marzo de 1955 y 21 de junio de 1955.

"No es cierto, como lo afirma el ad-quem, que la obligación de pagar la indemnización por despido injusto, considerada o no como lucro cesante, constituya una obligación incierta. Dentro de las relaciones civiles los perjuicios por incumplimiento de lo pactado son por lo general inciertos, salvo algunas excepciones legales o lo que las partes pacten expresamente. Es necesario en esos casos que se pruebe la existencia de los perjuicios y su cuantía, y la obligación surge cuando se haga la declaración judicial. Pero de acuerdo con las normas vigentes del Derecho del Trabajo, la indemnización laboral por despido injusto no está sujeta a la determinación del Juez, sino que se halla expresamente consagrada en la ley. El patrono sabe que si termina el contrato de trabajo sin justa causa, debe pagar al trabajador una determinada suma, según se trate de contratos a término fijo o indefinido. En el caso en estudio, en que se aplicó el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, el patrono sabía que al romper unilateralmente el contrato de trabajo sin justa causa, estaba obligado a indemnizar al trabajador en los términos del inciso 4. Y como conocía su salario y el tiempo de servicios, la indemnización no era incierta, sino precisa, determinada. Al trabajador, si necesita hacer valer sus derechos judicialmente, le basta con demostrar el despido y si éste es injusto, automáticamente el Juez aplica la indemnización correspondiente. El lucro cesante, o la indemnización por despido, no es un derecho controvertido ni controvertible, pues la ley presume que en caso de despido injusto se debe una determinada in-

demnización. Pueden controvertirse los hechos, como en todo proceso judicial, pero no puede decirse que la indemnización, el derecho a ella, solo surge mediante la decisión judicial, que necesita el reconocimiento del Juez, el señalamiento de su existencia y de la cuantía, por cuanto ella está señalada en la ley.

"Sin referencia a ninguna cuestión de hecho, sino como interpretación de la norma, dice el Tribunal que si al patrono particular se le exonera de indemnización en casos en que no paga total o parcialmente las deudas laborales de carácter principal que se declaran a su cargo, cuando ha planteado una duda razonable sobre la existencia del contrato o de la obligación, no puede aplicarse un criterio jurídico y discriminatorio en contra del Estado. No se pretende esta discriminación en contra del Estado, pues el factor buena fe rige toda clase de relaciones. Pero el ad-quem llega a la conclusión de que existe buena fe siempre que el patrono oficial adeuda la indemnización por lucro cesante o despido injusto, por ser este un derecho controvertible. Ya se vio como no había tal, y refiriéndose expresamente el artículo 1º del Decreto 797 al no pago de las indemnizaciones, debe entenderse que la mora surge por el no pago de la indemnización por despido injusto, que está claramente señalada en la ley. Por otra parte, tampoco quedaría proscrita la consignación, pues es claro que si ella comprende el valor de lo que se discute en el juicio, no se presentaría la sanción moratoria.

"Pero es que la buena fe, tratándose de entidades oficiales, debe demostrarse, y sobre esta demostración nada dice el adquem, que insiste, por vía de interpretación, que la indemnización por lucro cesante es siempre un derecho controvertido y controvertible. Por esto me refiero a este aspecto del fallo en este cargo, porque el Tribunal no deriva la supuesta buena (sic) de la entidad demandada de una cuestión de hecho, sino de la errónea interpretación de las normas a que me he venido refiriendo.

"La jurisprudencia, además, ha sostenido que si los institutos descentralizados no pagan oportunamente sus obligaciones laborales, se presume su mala fe, y deben acreditar la existencia de la buena fe para exonerarse de la sanción por mora.

"Así, en sentencia de 13 de mayo de 1968, Jaime Páez Russi contra Corporación Autónoma de la Sabana de Bogotá y de los Valles de Ubaté y Chiquinquirá, dijo la Honorable Sala de Casación Laboral:

" 'Quiere esto decir que las disposiciones legales que consagran la indemnización por mora no son de aplicación automática, sino que esta aplicación se subordina a la mala fe de la empresa, que la ley presume en materia laboral; si el artículo 1º del Decreto 797 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 le adeude', es porque entiende que mientras no haga el pago completo está obrando de mala fe, presunción que solo puede desvirtuarse con la prueba de la existencia de un razonable motivo de duda sobre la subsistencia de la obligación'.

"Si es posible dudar de que exista mala fe en las entidades de Derecho Público, no puede decirse lo mismo de las entidades administrativas descentralizadas y mucho menos de las empresas del Estado, que se manejan en forma autónoma y similar a las empresas particulares.

"Al prosperar este cargo, debe Casarse Parcialmente la sentencia acusada y tomar la decisión de instancia a que me refiero en el alcance de la impugnación".

Se estudia el cargo:

En resumen el casacionista dirige la censura contra la sentencia acusada, por cuanto en ella no se condenó a la parte demandada al pago de indemnización moratoria en cuantía de $ 115.30 diarios a partir del 27 de enero de 1968, como consecuencia de no haber cubierto el Banco el monto del valor de la indemnización por despido injusto, y habida cuenta de la interpretación errónea en que, con respecto al art. 11 de la ley 6ª de 1945, al art. 1º del decreto 797 de 1949, en relación con el art. 8 del De-

creto 2351 de 1965 y 1614 del Código Civil, sostiene que incurrió el sentenciador de segundo grado.

Respecto a la indemnización moratoria se tiene que, el artículo 65 del C. S. T. dispone que:

"Si a la terminación del contrato, el patrono no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo".

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 este 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 estatuída 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 que a la letra dice:

"El art. 52 del decreto 2127 de 1945 quedará así:

"Art. 52: Salvo estipulación expresa en contrario, 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, salvo las retenciones autorizadas por la ley o la convención; si no hubiere acuerdo respecto del monto de tal deuda, bastará que el patrono consigne ante un Juez o ante la primera autoridad política del lugar la cuantía que confiese deber, mientras la justicia del trabajo decide la controversia.

"Parágrafo 1º (...).

"Parágrafo 2º Los contratos de trabajo entre el Estado y sus servidores, en los casos en que existan tales relaciones jurídicas conforme al artículo 4º de este Decreto, solo se considerarán suspendidos hasta por el término de noventa (90) días, a partir de la fecha en que se haga efectivo el despido o el retiro del trabajador. Dentro de este término los funcionarios o entidades respectivos deberán efectuar la liquidación y pago de los correspondientes salarios, prestaciones e indemnizaciones que se adeuden a dicho trabajador. (...)

"Si transcurrido el término de noventa días (90) señalado en el inciso primero de este parágrafo no se hubiere puesto a órdenes del trabajador oficial los salarios, prestaciones e indemnizaciones que se le adeuden, o no se hubiere efectuado el depósito ante la autoridad competente, los contratos de trabajo cobrarán toda su vigencia en los términos de la ley".

Es objetivo que, este decreto habla del pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, cuyo alcance ha sido fijado por la jurisprudencia en punto a salarios caídos o indemnización moratoria, proveniente del no pago de aquellas indemnizaciones, prestaciones o salarios.

Así en sentencia de diecisiete de junio de mil novecientos cincuenta y siete, reiterada posteriormente, se expresó de la siguiente manera:

"(...) No comparte esta Sala Laboral de la Corte el criterio interpretativo acogido por el Tribunal sentenciador y aprovecha la oportunidad que le brinda el presente recurso para fijar el verdadero alcance que, en concepto de la Corte, tiene el parágrafo 2º del artículo 1º del Decreto 797 de 1949.

"La ley 6ª de 1945 no reguló lo relativo a causales de terminación del contrato de trabajo, pero en cambio consagró en su artículo 11, como principio general, la condición resolutoria tácita por incumplimiento de lo pactado con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable. La especial naturaleza del contrato de trabajo que es un vínculo esencialmente de relación humana, afianzado sobre la mutua confianza de las partes y sobre la voluntad recíproca de colaboración entre el capital y el trabajo, explica por qué el legislador al establecer la cláusula resolutoria laboral prescindió de la facultad potestativa dada al demandante en los contratos bilaterales por el artículo 1546 del Código Civil, para escoger entre el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios o la resolución del mismo por su incumplimiento, y consagró exclusivamente la resolución con indemnización de perjuicios. El evento de la condición resolutoria, que como se sabe es uno de los medios de extinción de las obligaciones (numeral 9º del artículo 1625 del C. C.), tiene el efecto jurídico de destruir el contrato. Terminada la vida jurídica de la fuente obligacional por virtud de la resolución, surge para el demandante el derecho accesorio de cobrar los perjuicios consiguientes.

"Dentro de este presupuesto, el Decreto 2127 de 1945, al reglamentar la ley 6ª y definir en su artículo 47 las diversas causales de terminación del contrato, incluyó entre ellas, para que pudieran alegarse unilateralmente, la violación grave de las obligaciones y prohibiciones legales propias al contrato y las faltas graves calificadas como tales en las convenciones, contratos individuales o reglamentos de trabajo. Además el artículo 47 mencionado incorporó otras causales referentes a determinadas infracciones en la conducta de las partes, a ciertas modalidades propias del contrato de trabajo, y a razones de orden jurídico natural comunes a todos los contratos bilaterales. El artículo 51 del mismo Decreto 2127, en desarrollo del principio resolutorio del artículo 11 de la ley 6ª, prescribió que la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del patrono, fuera de los casos de terminación autorizados por el artículo 47, daría derecho al trabajador a reclamar los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplir el plazo pactado o presuntivo, sin perjuicio de las demás indemnizaciones a que hubiere lugar. La jurisprudencia laboral ha entendido que en este caso la terminación del contrato se produce por su resolución automática a consecuencia del despido injusto.

"Hasta aquí el sistema reglamentario establecido por el decreto 2127 en cuanto a terminación del contrato y a sus consecuencias indemnizatorias aparece en armonía con la ley reglamentada, pues toda su construcción jurídica descansa sobre la base de que el incumplimiento de las obligaciones contractuales o legales lleva en sí la extinción o terminación del contrato.

"El artículo 52 del Decreto 2127 de 1945 aparenta establecer una excepción a los artículos 47 y 51 del mismo, en cuanto a la extinción del contrato, pues dice que éste no se considerará terminado en ningún caso antes de que el patrono ponga a disposición del trabajador el valor de todas las deudas laborales. La intención protectora de la norma es clara en el sentido de que el patrono sufriera alguna consecuencia jurídica por la mora en el pago de tales acreencias. Pero como la liquidación y pago de muchas de esas prestaciones presupone, por su propia naturaleza, la terminación del vínculo porque es entonces cuando el trabajador adquiere el derecho a cobrarlas, la jurisprudencia se encontró frente al problema de decir cuál era el alcance de la subsistencia contractual que la norma preveía, para que sin chocar con la realidad jurídica fuera operante como medio coercitivo en la protección de los derechos del trabajador. Después de un agitado y contradictorio proceso jurisprudencial en los organismos inferiores de la Justicia Laboral, el extinguido Tribunal Supremo de Trabajo definió el punto dándole al artículo 52 la única interpretación viable a través de la ficción para efectos puramente indemnizatorios. A tal respecto, en sentencia de 27 de marzo de 1953 (Luis Angel Valencia contra el Departamento de Caldas) se dijo:

"Pero no se ve de manera clara la contradicción entre las normas de la Ley 6ª de 1945 y las disposiciones de los decretos reglamentarios. Porque si estos decretos en los artículos citados señalan sanciones para quienes no paguen oportunamente los salarios y prestaciones, no están en contradicción con lo dispuesto en la ley 6ª de 1945, pues en ésta se dice que hay derecho a indemnización de perjuicios por incumplimiento de lo pactado. En realidad, los artículos 51 y 52 del decreto 2127 de 1945 reglamentan lo dispuesto por el artículo 11 de la ley 6ª del mismo año, pues disponen la manera como se calculan los perjuicios en el caso de terminación unilateral por parte del patrono, el 51, y en caso de mora del pago de prestaciones, el 52. Esa reglamentación está perfectamente concordante con lo dispuesto en la Ley 6ª de 1945, pues tiene por objeto hacer más viable el cálculo de los perjuicios en cada caso. (...)

Y más adelante esa misma sentencia agrega:

"Pero antes de avanzar en el análisis propuesto, no debe olvidarse que el Decreto 797 de 1949 pertenece a la normación reglamentaria de la ley 6ª de 1945 como disposición sustitutiva que es del artículo 52 del Decreto 2127 del mismo año. Este origen impone que para su interpretación se siga el mismo proceso técnico-jurídico empleado por la jurisprudencia cuando le fijó el alcance a la disposición sustituída.

"Tanto el propósito del decreto 2127 como el del 797 fue el de garantizar el pago oportuno de las prestaciones, indemnizaciones y salarios del trabajador despedido o retirado, es decir, el de regular una situación post-contractual, porque cuando el trabajador retirado o despedido se presenta a reclamar esos derechos lo hace en su carácter de ex-trabajador, pues solamente a la desvinculación contractual la ley le reconoce el derecho a percibir determinadas prestaciones e indemnizaciones como cesantía, vacaciones no disfrutadas, salarios por lucro cesante, etc.".

En estas condiciones se desprende de lo expuesto que, el no pago de los valores a que ascienda 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.

Esto quiere decir que, tiene razón la censura cuando sostiene que, el Tribunal erró en la interpretación de las normas citadas por el impugnante al conceptuar en la providencia recurrida que: "... (...) repugna que con base en un solo hecho jurídico, ruptura del contrato, se presuman dos clases de perjuicios diferentes y sus correspondientes indemnizaciones, aparte de la pensión sanción cuyos supuestos fácticos aunque directamente se originan en el mismo hecho ostentan algunas diferencias, sin parar mientes en que se trata de institutos diversos: la indemnización por ruptura del contrato es lucro cesante, y la moratoria es daño emergente y ambas difieren notablemente". Amén de otras consideraciones que condujeron al fallador a la conclusión negativa para la indemnización moratoria.

Con todo, como quiera que, a su turno ha sido constante la jurisprudencia de la Corte, en el sentido de que para el ordenamiento de indemnización moratoria debe tenerse siempre en cuenta el concepto de la buena o de la mala fe, no es dable desde el punto de vista técnico-jurídico hacer el reconocimiento concluyente de la interpretación errónea, cuando el otro soporte de la providencia que se revisa es precisamente el de la buena fe, que es materia del cargo segundo que se estudiará en seguida.

Segundo cargo

Se expresa el casacionista así:

"La sentencia acusada viola indirectamente, por aplicación indebida, el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, sustitutivo del artículo 52 del Decreto 2127 de 1954, y el artículo 11 de la ley 6ª de 1945, que reglamentan los anteriores, a través de errores de hecho evidentes originados en la errónea

apreciación de unas pruebas y la falta de aplicación de otras, en relación con el art. 61 del C. Procesal del Trabajo.

"Las pruebas erróneamente apreciadas son: A) La demanda (folios 1, 2, 3 y 4); B) La contestación de la demanda, folios 14, 15 y 16; C) El documento que en original y copia obra a folios 117 y 22; D) Copia de las diligencias de consignación, folios 25 a 27; E) La convención colectiva, folios 124 a 148".

"La prueba no apreciada es el documento que obra a folio 182.

"Los errores de hecho consisten en haber dado por demostrado que el Banco Cafetero obró de buena fe al no pagar oportunamente la indemnización por despido injusto al trabajador demandante, sin estarlo, y en no haber dado por demostrado estándolo, que actuó de mala fe al no pagar dicha indemnización.

"Demostración

"Aun cuando el ad-quem se refiere en forma vaga a la existencia de la buena fe en la empresa demandada, haciéndola derivar de la interpretación errónea que le dio al artículo 1º del Decreto 797 de 1949, también hace alusión a que el Banco hizo una consignación por salarios y prestaciones sociales ante autoridad competente. Sin embargo, la consignación hecha por la entidad bancaria se refiere a prestaciones que no se reclaman en este juicio, que no han sido objeto de discusión, que son ajenas a la relación procesal. Del pago de ellas por consignación no puede deducirse la buena fe al no pagar oportunamente la indemnización por despido, que es lo que se pidió en el juicio que ha sido materia de controversia. El trabajador no ha reclamado judicialmente dichas prestaciones, de manera que el hecho de que se hayan solucionado no puede tener incidencia en este juicio ni demostrar la buena fe patronal por la mora en el cumplimiento de otra de sus obligaciones.

"En cambio resulta patente la mala fe del patrono al no pagar la indemnización por despido, como lo demostraré en seguida (...)"

Analiza luego el recurrente el fallo del adquem dentro del cual se dedujo que el Banco incurrió en violación del art. 32 de la Convención Colectiva de trabajo, para concluir que el despido fue injusto.

Y, puntualiza que, las consideraciones sobre buena fe que sirvieron al Tribunal para exonerar a la parte demandada de la condena por indemnización moratoria, flaquean en concepto del censor frente a las documentaciones que cita como erradamente apreciadas unas y dejada de apreciar otra como el documento que obra al folio 182.

Se estudia

La sentencia recurrida presenta variados aspectos en las consideraciones que le sirvieron de soporte para exonerar a la parte demandada de la condena acerca de indemnización moratoria, entre las que se encuentra desde luego la buena fe; dice así el adquem;

"Pero lo que resulta contrario al derecho y aún más a la lógica es pretender que con ello se quiso hacer más gravosa la situación del Estado respecto al patrono particular, sancionándolo doblemente, convirtiéndolo en deudor moroso de una obligación incierta, porque solo adquiere certidumbre a partir de la sentencia que la declara, y aún privándolo de que se tenga en cuenta a su favor uno de los principios cardinales de derecho como lo es el de la buena fe.

"Esta última consideración es la que más preocupa a la Sala y que a su juicio sería bastante a decidir su criterio: si al empresario particular se le exonera de indemnización en casos en que no paga total o parcialmente las deudas laborales de carácter principal que se declaran a su cargo, cuando ha planteado una duda razonable sobre la existencia del contrato o de la obligación de que en concreto se trata, cómo puede aplicarse distinto criterio y discriminarse en

contra del Estado, olvidando que todo el ordenamiento positivo a partir de la Constitución tiende a preconizar no la igualdad sino la superioridad del interés público sobre el privado, cuando se halla frente a las mismas circunstancias. Porque puede afirmarse que el lucro cesante es un derecho no solamente controvertido sino controvertible, y si el patrono paga o consigna el valor de los derechos que normalmente emanan de la relación laboral debe entenderse que está pagando lo que honestamente cree deber sin que se sienta obligado a indemnizar porque estima que sus actos están ceñidos al derecho; y este planteamiento no puede modificarse con la sola declaración de que hay lucro cesante porque éste no implica necesariamente que el empleador hubiera actuado de mala fe. Con la tesis contraria, la de aplicación automática, además de vulnerarse esos principios se atenta como ya se dijo contra el propio tenor literal del decreto 797, en cuanto todo su articulado tiende a exonerar al patrono particular o público que paga o consigna lo que 'cree' o 'confiesa' deber".

Puntualiza el impugnador que, de la contestación de la demanda y de la demanda misma, erradamente apreciadas por el Tribunal, se deduce la mala fe de la parte demandada al no pagar la indemnización por lucro cesante; pero de esos planteamientos de la demanda y de la defensa ciertamente no puede deducirse tan delicada y grave conclusión, como si los simples razonamientos expuestos por las partes, subjetivamente, como fundamento de sus respectivas pretensiones, pudieran tomarse como causa eficiente de la mala fe.

En el caso singular sub-judice la censura se refiere en concreto a que el demandado contestó a los hechos 7º y 8º negándolos, de donde presume la mala fe. Empero es protuberante que, la parte demandada contestó a esos hechos con las expresiones: "No es cierto. Que se pruebe", lo que no implica negación absoluta de acontecimientos ciertos, sino que se remite a la demostración de los mismos, como medio natural de defensa, porque aún dentro de la más rigurosa lealtad procesal tampoco está obligado el demandado a suministrar al demandante en la contestación de la demanda las pruebas que este puede aducir por otro medio.

El documento que en original y copia obra a los folios 117 y 22, señalado también como erradamente apreciado para los efectos de la consideración de mala fe que el censor pretende derivar de allí, comprende la carta de retiro dirigida por el Banco al señor Alberto Erazo, en donde se le hace ver al despedido su mala conducta anterior; se le critica el hecho de que hubiera sonado un pito en presencia de la clientela en determinadas circunstancias, y se le relieva que no ha desempeñado sus labores en la forma en que estaba obligado y ha fomentado el desorden y perjudicado las labores de sus compañeros además de haber demostrado: indisciplina, grosería y altanería.

Estos fueron precisamente los motivos que tuvo la entidad bancaria para despedir al señor Erazo, y por los cuales consideró que podía prescindir del procedimiento señalado en el artículo 32 de la convención colectiva, sin que aparezca de manera ostensible que actuara de mala fe al proceder en esa forma.

Los documentos de los folios 25 y 27 acreditan que el Banco produjo la liquidación de aquellas obligaciones prestacionales que creyó deber al empleado señor Erazo y procedió a consignarlas dentro del término apropiado, en la cuantía correspondiente al momento de la liquidación y por los conceptos allí determinados, sin que por este aspecto hubiere sido necesaria reclamación judicial como lo anota claramente el impugnante.

No consignó el Banco ciertamente el valor del lucro cesante, porque su ubicación frente al empleado era la de que tenía razón para un despido justo. Y está visto que, lo ilegal del despido en este caso singular no se deriva intrínsecamente de la conducta del empleado y de los motivos expuestos por el Banco para ese retiro y en relación con esa conducta, sino de la precipitación en

que incurrió la entidad demandada no cumpliendo aquellos aludidos requisitos establecidos por la convención colectiva, que aparece a los folios 124 a 148.

Dice el impugnante que no se tuvo en cuenta el documento que obra al folio 182 y que esa desestimación influyó en las consecuencias del fallo en cuanto a la apreciación de la buena fe.

Ese documento del folio 182 contiene una comunicación dirigida por la división de asuntos colectivos del Ministerio del Trabajo al Juez Tercero Laboral de Bogotá, respondiendo al oficio número 1061 de ese Juzgado, e informando que la Asociación Colombiana de Empleados Bancarios (ACEB) remitió al Gerente General del Banco Cafetero el pliego de peticiones aprobado por la Asamblea General, pliego que fue recibido por el Banco el 30 de agosto de ese año (1967) a las 5 p.m. y así mismo informa que el conflicto colectivo de trabajo fue desatado por medio de laudo arbitral de 6 de diciembre de 1967.

Es evidente que esta prueba no fue comentada por el ad-quem, en el decurso de las motivaciones de su fallo. Y, con esa prueba se señala que el señor Erazo fue despedido durante el conflicto colectivo.

La acusación arguye que, al ser despedido el señor Erazo estando pendiente la solución del conflicto colectivo de trabajo, hecho que fue negado por el Banco en la contestación de la demanda para eludir el cumplimiento del artículo 25 del decreto 2351 de 1965, con ese acto incurrió en mala fe.

Pero ya se vio cómo la calificación de los hechos protuberantes que a juicio de esa entidad motivaron el despido, resultó ilegal no en razón de los mismos hechos estimados como causa eficiente de tal despido, sino por falta de cumplimiento por parte de la institución de los requisitos especiales señalados por el art. 32 de la Convención Colectiva de trabajo tantas veces citada. Por consiguiente, cuando el Banco despidió al señor Erazo estando pendiente el conflicto colectivo, lo hizo por considerar que tenía motivos justificativos para ello.

En consecuencia, de este hecho no puede deducirse manifiesta mala fe de la Empresa.

De acuerdo con lo expuesto en los pasos anteriores de este proveído, no aparece que el fallador de segundo grado haya incurrido en el error evidente o manifiesto señalado por la censura.

El cargo por lo tanto no prospera.

Fallo de instancia

Aceptado por las partes que el señor Erazo trabajó en el Banco Cafetero durante un período de 10 años y 37 días, en conformidad con las liquidaciones no discutidas que aparecen agregadas a los autos, y cumplidas condiciones exigidas por la ley 171 de 1961 para condenar al pago de la jubilación a que alude la norma, en proporción a ese tiempo servido y en relación con la pensión plena que le habría correspondido con veinte años de servicio, se tiene que en conformidad con el último promedio le hubiera resultado una pensión de $ 2.581.84.

Por tanto, la pensión restringida que le corresponde sobre los diez años y treinta y siete días servidos al Banco Cafetero es la que resulta de las siguientes operaciones:

$$\frac{\$\ 2.851.84 \times 3.687 \text{ días}}{7.300 \text{ días}} = \$\ 1.304.00$$

La pensión especial que atañe al señor Erazo es la de un mil trescientos cuatro pesos ($ 1.304.00) que le deberá pagar el Banco Cafetero, a partir de la fecha en que el demandante cumpla la edad de sesenta años, si para entonces vive, es decir, desde el 20 de marzo de 1976.

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 el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este juicio, y en sede de instancia REVOCA el artículo segundo de la sentencia de primer grado, y en su lugar RESUELVE: Condénase al Banco Cafetero demandado a pagar al señor Alberto Erazo Delgado una pensión mensual vitalicia de jubilación de un mil trescientos cuatro pesos m/l. ($ 1.304.00) a partir del 20 de marzo de 1976, si para entonces vive.

No se 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, José Eduardo Gnecco C.

El Secretario, *Vicente Mejía Osorio.*

TERMINACION DEL CONTRATO DE TRABAJO POR CLAUSURA TEMPORAL O DEFINITIVA DE LA EMPRESA

Estima la Sala que cuando la ley ha señalado ciertas formalidades previas a la terminación del contrato de trabajo, es necesario que ellas se cumplan para que el vínculo contractual termine en forma legal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., catorce de mayo de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Doctor José Enrique Arboleda Valencia).

(Acta número 20).

Luis Erasmo Pantoja B., mediante apoderado, instauró demanda, repartida al Juzgado Cuarto Laboral de Cali, **contra Central Automotor Limitada**, a fin de que fuese condenada a lo siguiente:

"1º Se ordene el reintegro del trabajador señor Luis Erasmo Pantoja B., a la empresa "Central Automotor Limitada" en las mismas condiciones de empleo de que gozaba al momento del despido y al pago de los salarios dejados de percibir, a razón de veintinueve pesos con ochenta centavos ($ 29.80) M.L. diarios, o la indemnización de diecinueve mil quinientos veinticinco pesos con sesenta centavos ($ 19.525.60) M.L., o lo que resulte probado en el Juicio, más los intereses legales desde que la obligación se hizo exigible hasta que el pago se verifique, por la terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa. Para el caso particular es aconsejable el pago de la indemnización. Lo anterior tiene fundamento legal en el Art. 8º del Decreto 2351 de 1965 y Arts. 1613, 1614 del C. C.

"2º Que se reconozca al señor Luis Erasmo Pantoja B., el derecho a la pensión de jubilación y se ordene el pago de la pensión de seiscientos setenta y un pesos ($ 671.00) M. L. mensuales, o lo que resulte probado en el juicio, desde el 22 de septiembre de 1973, fecha en que el señor Luis Erasmo Pantoja B., cumple cincuenta (50) años de edad de conformidad con el numeral 2º del Art. 260 del C. S. del T., en concordancia con el Art. 8º de la Ley 171 de 1961 y Art. 1º del Decreto Reglamentario 2218 de 1966. Probado está para efectos de derecho a la pensión de jubilación la completa solución de continuidad de la prestación del servicio del trabajador Luis Erasmo Pantoja B., a la empresa "Central Automotor Limitada" desde el 24 de abril de 1947 hasta el 23 de agosto de 1968.

"3º La cantidad de doce mil cincuenta y dos pesos con tres centavos ($ 12.052.03) M.L. o lo que resulte probado en el Juicio, más los intereses legales desde que la obligación se hizo exigible hasta que el pago se verifique, correspondiente al auxilio de cesantía, así: Del 1º de enero de 1963, al 23 de agosto de 1968, siendo el último sueldo mensual de ochocientos noventa y cuatro pesos con cuarenta centavos ($ 894.40) M. L., son: cinco mil cincuenta pesos con ochenta y ocho centavos ($ 5.050.88); del 1º de julio de 1957 al 31 de diciembre de 1962, siendo el último sueldo mensual de novecientos un pesos con sesenta y cinco centavos ($ 901.65) M.L., son: cuatro mil novecientos cincuenta y nueve pesos con cinco centavos ($ 4.959.05) M.L.; del 1º de enero de 1951 al 31 de junio de 1957, siendo el último sueldo mensual de doscientos cincuenta y cinco pesos ($ 255.00) M.L. son: mil seiscientos cincuenta y siete pesos

con cincuenta centavos ($ 1.657.50) M.L.; del 24 de abril de 1947 al 31 de diciembre de 1950, siendo el último sueldo mensual de ciento cinco pesos ($ 105.00) M.L. son: trescientos ochenta y cuatro pesos con sesenta centavos ($ 384.60) M.L. De conformidad con el Art. 6º del Decreto 118 de 1957; Art. 17 y 20 del Decreto 2351 de 1965; Art. 8º del Decreto Reglamentario 1373 de 1966 y Art. 249 y 254 del C. S. del T. Probado está para efectos del auxilio de cesantía la completa solución de continuidad de la prestación del servicio del trabajador Luis Erasmo Pantoja B., a la empresa "Central Automotor Limitada" desde el 24 de abril de 1947 hasta el 23 de agosto de 1968.

"4º A pagar la indemnización moratoria o "salarios caídos" a razón de veintinueve pesos con ochenta centavos ($ 29.80) M.L. diarios desde el momento en que se hizo exigible el pago de los salarios y prestaciones sociales debidos de acuerdo con el Art. 65 del C. S. del T. y por cuanto está probado que debían indemnizarse a los trabajadores y la Empresa no lo hizo y en consecuencia eran derechos ciertos.

"5º Los perjuicios morales por el despido unilateral e intempestivo, injusto y de mala fe, por tratarse de un empleado de responsabilidad los cuales serán avaluados por el señor Juez, a quien la ley da amplio poder para hacerlo, o en su defecto los dos mil ($ 2.000.00) pesos M/L. que consagra el Art. 95 del C. P.

"6º Extra y ultra petita. Se condene al pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones distintos de los solicitados y de sumas mayores que las demandadas por tal concepto, de conformidad con el Art. 50 del C. P. del T.

"7º Las costas y costos del juicio y honorarios de abogado".

La empresa respondió la demanda oponiéndose a las pretensiones del actor sobre la base de que el cierre definitivo de ella fue autorizado por el Ministerio del Trabajo, lo que se informó al trabajador por carta de 23 de agosto de 1968, con lo cual su contrato de trabajo expiró por ministerio de ley, sin que sea posible el reintegro solicitado, ni se le deba indemnización alguna. En lo referente al cobro de auxilio de cesantía firmó que "la sociedad demandada cubrió al trabajador Pantoja Burgos la totalidad de los salarios y prestaciones a que tenía derecho en el momento de su retiro"; y por lo que hace a la pensión de jubilación sostuvo que "el trabajador, en el supuesto de que llenara el requisito de tiempo de servicio, no tiene la edad requerida para reclamar esta prestación".

Decidió el litigio el a-quo por sentencia de 13 de febrero de 1970, mediante la cual condenó a la demandada a satisfacer a Pantoja Burgos la suma de $ 5.425.12" por concepto de indemnización por despido unilateral e injusto", se inhibió de fallar sobre la pensión de jubilación por considerar prematura la solicitud de la misma y la absolvió de los demás cargos de la demanda.

Por apelación de ambas partes subieron los autos al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, el cual, en fallo de 24 de julio de 1970, dispuso lo que se copia:

"REVOCAR, los puntos primero y segundo de la sentencia apelada y en su lugar SE DISPONE:

"1º CONDENAR, a la empresa Central Automotor Limitada y representada en este juicio por Rodrigo Silva Hernández, a pagar, tres días después de ejecutoriada esta providencia al señor Luis Erasmo Pantoja Burgos, la cantidad de mil seiscientos sesenta y nueve pesos con setenta y dos centavos ($ 1.669.72) moneda legal colombiana, por concepto de salarios caídos y la indemnización de los 30 días, de que se habla en la parte motiva de esta providencia.

"2º Declarar probada la excepción de petición antes de tiempo, en cuanto a la pensión plena de jubilación.

"3º Confirmar los puntos tercero y cuarto de la mencionada providencia de primera instancia.

"4º Sin costas en esta instancia".

Acudió en casación el demandante ante esta Sala de la Corte y en su oportunidad planteó la respectiva demanda, replicada, a su vez, por la empresa, demanda por la que pretende la infirmación parcial del fallo de segundo grado, a fin de que "en función de instancia se acceda a la indemnización por despido solicitada en la demanda inicial y que se declare que la demandada está obligada a pagarle al actor una pensión ordinaria de jubilación, en cuantía equivalente al 75% del sueldo mensual promedio devengado por Pantoja Burgos en el último año de servicio, subordinado el goce o disfrute de esta prestación cuando el beneficiario cumpla 50 años de edad. Se revoquen los numerales 4º y 2º y, en su lugar, se condene en costas a Central Automotor Ltda.".

Para conseguir este fin presenta tres cargos que estudiará la Sala en su orden.

El primero es del tenor siguiente:

"La sentencia acusada viola, por interpretación errónea, los artículos 6 del Decreto 2351 de 1965, 61 del C. S. del T., 51 y 466 del mismo Código, 40 del Decreto 2351 de 1965 y 13 del Decreto Reglamentario 1373 de 1966, violación que condujo al Tribunal a no aplicar los artículos 8 del Decreto 2351 de 1965 y 8 de la ley 171 de 1961, violándolos también".

Para sustentar este ataque, luego de transcribir algunos pasajes de la sentencia impugnada, asienta:

"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 C. S. T., en virtud de lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 61 del mismo Código, norma que considera vigente.

"Sin embargo, y en eso consiste la errónea interpretación de las normas anunciadas 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 C. S. del T.

"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 antelación, como lo dispone el artículo 466 del C. S. T., y lo consagra el inciso 2º del artículo 61 ibídem que el fallador considera vigente. Si omite este preaviso que es 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 injustifacada del contrato de trabajo.

"De manera que el Tribunal interpretó erróneamente los artículos 6º del Decreto 2351 de 1965, 61 del C. S. T., 51 y 466 del mismo, 40 del Decreto 2351 de 1965 y 13 de su Decreto reglamentario 1373 de 1966, y al no condenar al demandado a pagar la indemnización por despido injusto consagrada en el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965 y la pensión a que se refiere el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, violó también estas normas".

El opositor, a su turno, arguye diciendo que la censura no se compadece con la técnica del recurso, pues está de por medio una cuestión de hecho, cual es la de que la sentencia "se apoyó de modo incuestionable en elementos fácticos, tales como las Resoluciones que autorizaron el despido colectivo y la carta de 23 de agosto de 1968, en la cual se informó al demandante tal hecho. Más aún, esas probanzas aparecen citadas en la transcripción que la demanda de casación hace de algunos apartes de la sentencia". Pero alega, además, que si no fuese de recibo el argumento anterior, no hay lugar a la condena por despido injusto puesto que "hoy en día no está vigente el numeral 2º del artículo 61 (del C. S. del T.) por ser contrario e incompatible con el nuevo mandato del numeral 2º (del artículo 6º del Decreto 2351 de 1965). En efecto,

el actual precepto no remite al ordinal 3º del artículo 51 (del C. S. del T.), que era el que ordenaba hacer la notificación con antelación no inferior a un mes, o pagar los salarios correspondientes a ese período, limitándose simplemente a imponerle al patrono la obligación de notificar la 'fecha precisa' de la suspensión de actividades o la liquidación definitiva de la empresa". "Por lo tanto, agrega, hoy en día no está vigente la obligación de dar el aviso de treinta (30) días, y, por tanto, el hecho de que la empresa no lo hubiera dado al actor no le acarrea consecuencias de ninguna especie, y mucho menos puede sostenerse que la terminación del contrato de trabajo hubiera sido ilegal e injusta".

Sostiene, por último, que aunque el artículo 466 del C. S. del T. también exige dar el aviso de treinta (30) de que viene hablándose, dicha norma debe entenderse del mismo modo insubsistente, pues, dice, "ya hemos visto cómo el numeral 2º del artículo 6º del Decreto primeramente citado (2351 de 1965) cambió la obligación de dar el aviso por la de notificar la fecha precisa del cierre de actividades. Es entonces apenas lógico pensar que también fue substituído el artículo 466 en la frase que dice '... sino mediante aviso a los trabajadores con no menos de un (1) mes de antelación...', ya que ésta guardaba armonía con el régimen inicial del Código, pero no con el posterior. Así lo han sostenido diversos comentaristas (v. gr. Héctor Giraldo Gálvez 'La Reforma Laboral' 2ª Ed., pág. 32); (v. gr. Luis A. Buitrago C., 'Derechos y Obligaciones de Empleadores y Trabajadores', pág. 50).

La Sala, para resolver, considera:

En caso idéntico al anterior, pues se relacionaba con el despido de otro trabajador de la misma empresa por su cierre definitivo, analizó esta Sala los aspectos planteados tanto por el recurrente, como por el opositor en lo transcrito arriba y, por eso, reproduce la doctrina sentada en aquel caso y que consta en la sentencia de 26 de febrero del año en curso (Luis Arturo Vallejo contra Central Automotor Limitada):

"El artículo 5º del decreto 2351 de 1965, que subrogó al 61 del Código Sustantivo del Trabajo, enumera los modos de terminación del contrato de trabajo. En el literal e) se refiere a la liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento como uno de esos modos de extinción del vínculo contractual, y en el inciso 2 dispone que en ese evento el patrono debe notificar al trabajador la fecha precisa de la liquidación definitiva de la empresa, modificando así el inciso 2 del subrogado artículo 61, que para el mismo caso ordenaba que el patrono debía proceder en la misma forma prevista en el artículo 3º del artículo 51 del mismo Código, o sea que era necesario notificar a los trabajadores la fecha precisa de la liquidación definitiva, con anticipación no inferior a un mes, o pagándoles los salarios correspondientes a este período. Pero este inciso 2 no se encuentra vigente, por haber sido subrogado el artículo 61 en su totalidad. Sin embargo, el ad-quem le dio aplicación y concluyó que no habiéndosele notificado al trabajador la fecha precisa de finalización de labores con un mes de anticipación, lo procedente era condenar al pago de los salarios correspondientes al mes. Se expresó así el Tribunal Superior:

' "En el Decreto últimamente mencionado no se derogó o suspendió expresamente ninguna disposición específica del C. S. del T., pues solo se dijo en el artículo 42 que quedaban suspendidas las que le fueran contrarias. Por eso que la subrogación que del art. 61 del C. S. T. hizo el artículo 6º del Decreto no puede considerarse total, puesto que en nada se opone a los términos del mismo, lo dicho en el numeral 2 del citado art. 61, cuando expresa: " 'En los casos contemplados en los ordinales e y f de este artículo, el patrono debe proceder en la misma forma prevista en el ordinal 3º del artículo 51' ". Es una norma específica, que se concreta a los casos de suspensión de actividades o cierre definitivo de la empresa, y en consecuencia, cuando quiera que se requiera hacer despidos colectivos de trabajadores, por cualquiera de esas causales, el aviso de que trata el art. 466 de la misma obra, debe hacerse en la misma forma prevista en el artículo 51 ibídem, y con las

mismas consecuencias previstas en este caso de la omisión de él por parte del patrono, puesto que a tal disposición remite el numeral 2 del art. 61 que venimos comentando. En estas condiciones, concatenando unas disposiciones con otras, que es labor del Juzgador, se llega a la conclusión de que la omisión del aviso por parte del patrono no invalida el despido, puesto que aquel no es en la actual legislación, concretada hoy en el artículo 40 del Decreto 2351/65, ni lo era antes de esta última disposición, requisito indispensable o determinante de la validez del despido, sino que su omisión, como lo hemos visto, compaginando unas disposiciones con otras, solo acarrea al patrono la indemnización consagrada en el ordinal 3º del art. 51 citado' ".

"Para el casacionista, tanto lo que dispone el inciso 2 del artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo como la norma consagrada en el artículo 466 ibídem, deben interpretarse en el sentido de que la omisión del aviso con antelación de un mes por parte del patrono convierte la terminación del contrato en injustificada y por consiguiente el trabajador adquiere el derecho a las indemnizaciones legales que se derivan de dicha terminación.

"Habiendo llegado a la conclusión de que el inciso 2 del artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo no está vigente, se referirá la Corte al planteamiento del impugnador en relación con el artículo 466 ibídem, que estatuye lo siguiente: " 'Las empresas que no sean de servicio público no pueden clausurar sus labores sino mediante aviso a los trabajadores con no menos de un (1) mes de antelación, salvo fuerza mayor o caso fortuito, y sin perjuicio de las indemnizaciones a que haya lugar por razón de contratos de trabajo concertados por un tiempo mayor. Si la empresa clausurada reanudare actividades dentro de los ciento veinte (120) días siguientes deberá admitir de preferencia el personal licenciado, en condiciones no inferiores a las de que disfrutaba en el momento de la clausura. Los trabajadores que, debidamente avisados, no se presentaren dentro del tercer día, perderán este derecho preferencial' ".

"La norma que acaba de transcribirse se refiere, a contrario de lo que dice el opositor, a toda clase de clausura de labores, tanto temporales como definitivas, pues no hace distinción alguna sobre el particular. Y aun cuando está contenida en la parte segunda del Código sobre Derecho Colectivo de Trabajo, regula también situaciones de Derecho Individual del Trabajo relacionadas con la terminación de los contratos individuales de trabajo.

"De manera que cuando una empresa que no es de servicio público clausura temporal o definitivamente sus labores, está obligada a dar un aviso a los trabajadores con no menos de un mes de anticipación. Esta norma no está subrogada ni modificada por el artículo 40 del Decreto 2351 de 1965, que la adiciona en el sentido de que antes de proceder a la terminación de labores, parcial o totalmente, en forma transitoria o definitiva, la empresa o patrono deberá solicitar autorización previa al Ministerio del Trabajo, explicando los motivos y acompañando las correspondientes justificaciones, si fuere el caso.

"En el caso en estudio el Tribunal Superior dio por demostrado que el patrono demandado cumplió los trámites previos a la clausura definitiva de la empresa y que omitió dar el aviso con treinta días de antelación al trabajador sobre la terminación de su contrato de trabajo con base en el ordinal e) del artículo 6º del Decreto 2351 de 1965. Estos hechos no los discute el casacionista y sobre su existencia fundamenta la acusación.

"Sentado lo anterior, la Sala se pronunciará en relación con la correcta interpretación de las normas cuando se omite dar el aviso de que trata el artículo 466, pues, como se dijo anteriormente, el ad-quem concluye que en este caso el patrono está obligado a pagar el valor de los salarios correspondientes a un mes, y el impugnador sostiene que el incumplimiento de ese requisito convierte la terminación del contrato de trabajo en injustificada y en consecuencia el trabajador tiene derecho a las indemnizaciones legales inherentes a dicha terminación.

"Estima la Sala que cuando la ley ha señalado ciertas formalidades previas a la terminación del contrato de trabajo, es necesario que ellas se cumplan para que el vínculo contractual termine en forma legal. Si se omiten, la terminación del contrato se produce, pero no puede considerarse como una terminación legal o justa, porque dichas formalidades se han establecido en favor de las partes contratantes, quienes únicamente pierden el derecho a la permanencia y continuidad del vínculo laboral cuando la ley así lo determina y en la forma por ella señalada. Si en el caso en estudio el patrono estaba obligado a dar a sus trabajadores un aviso con no menos de un mes, de antelación, sobre la clausura definitiva de actividades, y no lo hizo así, dejó de cumplir un requisito indispensable para que la terminación del contrato de trabajo se hubiese producido legalmente. El cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 40 del Decreto 2351 no legaliza ni justifica la ruptura del contrato, pues en él se señala una nueva formalidad, un trámite previo ante el Ministerio del Trabajo, que no elimina el aviso a los trabajadores contemplado en el artículo 466 del Código Sustantivo del Trabajo.

"La terminación del contrato, al ser ilegal, se convierte en unilateral sin justa causa comprobada. Ya esta Corporación, con referencia a la omisión del previo aviso que debía dar el patrono a sus trabajadores de acuerdo con el artículo 63 del Código Sustantivo del Trabajo, hoy subrogado, así como el 62 ibídem, por el artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, había llegado a la misma conclusión. Dijo así la Corte en fallo de 30 de abril de 1960, juicio de Gregorio Sabariegos contra Empresa Edil Limitada: " 'Considera la Sala que la causal a que el sentenciador se refiere exige, para que su ejercicio no sea inepto y se acomode a la norma laboral, no solo la existencia plenamente comprobada de los hechos que la configuren, sino, además que se cumplan las condiciones previas de la ley, que impone: un determinado preaviso o el pago de su equivalente en dinero, pues si esas condiciones no se cumplen, el despido resulta ilegal, con las consecuencias que tal proceder acarrea. En apoyo de lo anterior, estima la Sala oportuno transcribir, en lo pertinente, la jurisprudencia sentada por el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, al resolver un caso análogo al presente, en donde se expresó lo siguiente: " 'De esto se concluye que el patrono que despide a su trabajador con causa en el aparte A) numeral 1º del artículo 63, debe cumplir con la obligación previa de avisar por escrito a la otra parte con antelación por lo menos igual al período que regula los pagos del salario, o mediante el pago de los salarios correspondientes a tal lapso, invocando el motivo incluído en dicho numeral. La omisión de este requisito hace incurrir al patrono en las consecuencias del rompimiento unilateral sin causa justificativa, es decir, en la violación del contrato y en la satisfacción consiguiente de las indemnizaciones que por ese motivo resulten a favor del trabajador: salarios del tiempo faltante y los demás perjuicios que pruebe haber sufrido por causa y con ocasión de la ruptura unilateral del contrato (artículo 64 C. S. T.)" ': (Casación de fecha 14 de junio de 1956, juicio de Wemwe Obermann contra Francisco Gigl)" '

"De manera que si la terminación del contrato de trabajo que Luis Arturo Vallejo tenía celebrado con Central Automotor Ltda. fue ilegal, injustificada, el trabajador tiene derecho a las indemnizaciones legales y no al pago de los salarios correspondientes al mes de aviso previo, solución esta última que fue la acogida por el Tribunal Superior, que interpretó erróneamente, en consecuencia, las normas acusadas como violadas por el impugnador, quien en el cargo, como ya se ha visto, señaló la correcta interpretación de ellas.

"Al no condenar el ad-quem a la sociedad demandada a pagar la indemnización de que trata el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, siendo así que la terminación del contrato fue unilateral, ilegal e injustificada, violó dicha norma".

La Sala reafirma la doctrina expuesta, pues no halla convincente la tesis del opositor sobre insubsistencia del artículo 466

del C. S. del T. al dictarse el 6º, numeral 2º y el 40 del Decreto 2351 de 1965, ya que no es exacto que estas normas reglamenten íntegramente la materia, ni que haya incompatibilidad entre ellas y el aviso de 30 días exigido por el artículo 466 del Código, que son los eventos de derogación tácita de unas disposiciones legales por otras.

En consecuencia, desde este punto de vista prospera el cargo y en su oportunidad se harán las respectivas consideraciones de instancia.

Los otros dos cargos formulados por el recurrente dicen relación a la pensión especial del artículo 8º de la ley 171 de 1961 y a la declaración de que tendrá derecho a la pensión plena de jubilación al llegar a la edad de 50 años.

Sobre el particular observa la Sala que, según el hecho 6º de la demanda, el trabajador sirvió a la demandada durante "veintiún (21) años y cuatro (4) meses, o sea, desde el 24 de abril de 1947 hasta el 23 de agosto de 1968, '...', tiempo de servicio que el casacionista no discute y del cual, por eso, no puede apartarse la Corte, y que impide aplicarle el artículo 8º aludido de acuerdo con tradicional jurisprudencia, reiterada de manera expresa en sentencia de dos de abril del año en curso (Leopoldo Corvacho contra Compañía Frutera de Sevilla), en la que se estudiaron los argumentos con que el apoderado de Corvacho pretendía que se variara aquella tradicional jurisprudencia y uno de cuyos pasajes dice al respecto:

"Y siendo la razón de ser de la pensión especial de que se trata el impedir que se burle el derecho jubilatorio con un despido injusto antes del arribo a los 20 años de servicio, es obvio que ese fenómeno deja de ocurrir cuando el trabajador completa este lapso de labores, motivo por el cual no le es aplicable el precepto que se comenta por vía analógica, ya que tal principio tiene incidencia respecto de los casos para los cuales no existe disposición expresa y en el evento a estudio, ambas clases de pensiones están regidas por sus propias normas. Por esto, no puede aceptarse "que la fuerza con que el artículo 8º de la ley 171 resuelve la situación planteada por el despido injusto, se proyecta sobre el texto del artículo 260 del Código, permitiendo una solución igual cuando el despido injusto ocurre después de 20 años de servicios", fuera de que la analogía requiere paridad en las situaciones planteadas y las que se analizan son completamente distintas: en el despido injusto anterior al cumplimiento de los 20 años de servicio, puede haber un fraude al derecho jubilatorio; en cambio, este quebranto legal deja de ser posible al completar el trabajador dicho lapso".

Y por lo que hace a la pensión plena de jubilación es también conocida la doctrina de esta Sala en cuya virtud no es posible la condena de futuro, doctrina que el casacionista no discute; pero considera que "la acción intentada no es de condena, sino declarativa. El demandante no pide que se condene a la sociedad demandada a pagar la pensión de jubilación cuando cumpla los 50 años de edad, sino que se declare el derecho a disfrutarla cuando llegue a los 50 años, petición que hace para mayor certidumbre de su derecho".

Observa, sin embargo, la Sala, que la petición 2ª del libelo inicial del juicio sí es de condena y no pretende una mera declaración de la existencia del derecho, ya que a la letra dice: "2º Que se reconozca al señor Luis Erasmo Pantoja B. el derecho a la pensión de jubilación y **se ordene el pago de la pensión de seiscientos setenta y un pesos ($ 671.00) m/l. mensuales**, o lo que resulte probado en el juicio, desde el 22 de septiembre de 1973, fecha en que el señor Luis Erasmo Pantoja B., cumple cincuenta (50) años de edad...".

Es manifiesto, pues, que el impugnante cambia los términos de la demanda inicial, que pide: "se ordene el pago de la pensión de seiscientos setenta y un pesos ($ 671.00) ... desde el 22 de septiembre de 1973", lo que equivale a una condena de futuro de la pensión plena de jubilación, con el hábil argumento transcrito de que lo que se pretende "no es acción de condena, sino decla-

rativa". Esta actitud del casacionista comporta un hecho nuevo, que es inaceptable en casación.

Por lo tanto, no prosperan estos dos cargos.

Consideraciones de instancia

De los cargos formulados prosperó el primero en lo relacionado con la indemnización por despido injusto, cuya cuantía debe graduar la Sala en función de instancia y para ello es preciso fijar el tiempo de servicio y el valor del último salario.

Al estudiar lo relacionado con la pensión de jubilación vióse cómo el actor sostiene en el hecho sexto de la demanda un lapso de labores equivalente a 21 años cuatro meses, o sea, "desde el 24 de abril de 1947 hasta el 23 de agosto de 1968"; pero este tiempo, si es valedero para dicha prestación, no lo es para la indemnización que se considera, por no ser continuo, ya que obran en autos las siguientes pruebas de diversas relaciones laborales entre Pantoja Burgos y la demandada:

a) Al folio 54 un contrato de trabajo fechado el 29 de marzo de 1954, a cuyo pie hay una nota que dice: "El Empleado está prestando sus servicios a partir de julio 1º de 1949", contrato respecto de cuya autenticidad no hubo objeción alguna por parte de la empresa.

b) Al folio 55 un nuevo contrato de trabajo fechado el 6 de abril de 1961 y en cuya cláusula sexta, aparece: "Para todo lo relacionado con este contrato se aclara que el trabajador se encuentra prestando sus servicios a la Empresa desde el diez y siete (17) del mes de octubre de mil novecientos sesenta (1960)".

c) Al folio 60 obra una carta de renuncia suscrita por el trabajador el 27 de septiembre de 1960 en la cual pide "al señor Gerente se sirva exonerarme del pago de los 45 días de preaviso de que trata la ley, y ordenar la liquidación de mis prestaciones sociales el 30 del mes en curso";

d) Y al folio 67 aparece la liquidación solicitada en la carta antedicha por un lapso de "julio 1º, 1949 a Spbre. 30, 1960" en cuantía de $ 4.107.50, que Pantoja Burgos declara recibida y que la empresa "queda a paz y salvo con el suscrito por todo concepto...".

e) Consta igualmente al folio 61, también con fecha 30 de dichos mes y año, que fue practicado al trabajador examen médico de retiro.

Todas estas pruebas establecen sin lugar a dudas que la última relación laboral entre las partes de este juicio se extendió desde el 17 de octubre de 1960 hasta el 23 de agosto de 1968, como lo dice el a-quo en su sentencia (f. 247. cuaderno principal), razón por la cual solo ésta y no la anterior servirá de base para liquidar la indemnización por rompimiento ilegal del contrato de trabajo, pues la ley toma en cuenta el tiempo de servicios discontinuos para efectos de la pensión de jubilación; pero no lo establece del mismo modo para graduar la indemnización aludida y esto es lógico, puesto que la terminación injusta fue de la segunda relación laboral y no de la primera, que feneció por acuerdo de las partes.

El Juzgado del conocimiento tomó como sueldo del actor para fijar el monto de la indemnización el "de $ 894.40 establecido en la inspección ocular verificada por el Despacho (fs. 135 a 138)". Y la Sala se atendrá a él, porque al contestar el hecho 7º de la demanda, que dice: "El 23 de agosto de 1968, fecha de despido del trabajador Luis Erasmo Pantoja Burgos, devengaba un promedio mensual de ochocientos noventa y cuatro pesos con cuarenta centavos ($ 894.40)", la empresa manifestó: "Al hecho 7º Si en el salario promedio mensual a que se refiere en este hecho el distinguido apoderado del trabajador, está incluído el subsidio de transporte, solo tiene un pequeño error de cinco centavos ($ 0.05), pues el promedio para liquidación de cesantía, que por ficción legal se imputa como salario el subsidio de transporte, este último promedio es de ochocientos noventa y cuatro pesos con 35/100 ($ 894.35)".

Resulta de lo dicho que la segunda relación laboral que se extendió desde el 17 de octubre de 1960 hasta el 23 de agosto de 1968 da un total de 7 años, 10 meses y 6 días, por lo cual la indemnización es la señalada en el literal c) del numeral 4 del artículo 8º del decreto 2351 de 1965, o sea, 20 días adicionales de salario sobre los 45 básicos del literal a) del mismo precepto. De aquí resulta el siguiente cómputo aritmético hecho por el a-quo y que se ajusta a la realidad de los hechos establecidos en lo que precede:

"45 días por 1er. año de servicios	45.00
"20 días x c/u. de los 6 años, 10 meses, 6 días	136.99
Total	$ 181.99

"181.99 x $ 29.81 = $ 5.425.12".

En consecuencia, deberá confirmarse en este punto la sentencia de primer grado.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia acusada en cuanto condenó a "la indemnización de los 30 días, de que se habla en la parte motiva de esta providencia" y, obrando como Tribunal de instancia, CONFIRMA el numeral 1º de la parte resolutiva del fallo de primer grado. NO SE CASA EN LO DEMAS la sentencia impugnada.

Con costas en ambas instancias en un cincuenta por ciento (50%), a cargo de la parte demandada. 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.

LIBERALIDAD

La liberalidad no puede ser violatoria de intereses legítimos severamente tutelados.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, diez y ocho de mayo de mil novecientos setenta y uno.

(Ponente: Abogado Asistente, Doctor Gerardo Rojas Bueno).

(Acta número 9).

Se resuelve el recurso de casación interpuesto por las partes, en el juicio ordinario que Luis Carlos Torrenegra adelanta contra Celio Villalba & Cía. "Cafetería Almendra Tropical", al cual se le ha dado en esta Sala de la Corte la tramitación de ley.

Los hechos

Proponiendo como hechos los que a continuación se enumeran en forma sintética, el demandante pide que la firma demandada le pague un reajuste a las prestaciones correspondientes que le habían sido canceladas previamente, y que además le indemnice por ruptura unilateral e injusta del contrato de trabajo. En apoyo de estas peticiones dijo lo siguiente:

a) Que desde el siete (7) de octubre de mil novecientos cincuenta (1950) hasta el seis (6) de octubre de mil novecientos sesenta y cinco (1965) prestó servicios a la demandada en forma continua, y posteriormente de manera discontinua durante un período de tres (3) años y tres (3) meses.

b) Que su salario real devengado fue de cuatro mil noventa y seis pesos con sesenta y dos centavos ($ 4.096.62), descompuesto en la forma siguiente: Dos mil quinientos veinticuatro pesos con cincuenta y ocho centavos ($ 2.524.58) como salario básico, y un mil quinientos setenta y dos pesos con cuatro centavos ($ 1.572.04) por concepto de bonificaciones trimestrales.

c) Que la demandada le dio por terminado en forma unilateral e injusta el contrato de trabajo el día seis (6) de octubre de mil novecientos sesenta y cinco (1965), habiéndole, sin embargo, reconocido una pensión de jubilación en cuantía de un mil ochocientos noventa y tres pesos con cuarenta y cuatro centavos ($ 1.893.44), pretendiendo con esta actitud salvar la responsabilidad inherente al despido.

d) Que al liquidársele sus prestaciones sociales y la referida pensión, se tomó en cuenta por la demandada un salario básico que desconoció el valor que como tal tienen las bonificaciones trimestrales recibidas, perjudicando así sus intereses económicos.

e) Que "Villalba & Cía." (Cafetería Almendra Tropical) asumió todas las obligaciones del señor Celio Villalba.

Con la oposición pertinente de la demandada respecto a todas las pretensiones del actor, y luego de haberse agotado el trámite de primera instancia, el Juez del conocimiento que lo fue el Cuarto Municipal del Trabajo de Barranquilla, condenó a Villalba & Cía. y a Celio Villalba a pagar solidariamente al demandante la suma de cuarenta y ocho mil setecientos treinta y ocho pesos con treinta y dos centavos ($ 48.738.32), por concepto de reajustes en

primas de servicio y cesantía, indemnización por ruptura unilateral del contrato de trabajo y reajuste de la pensión especial de jubilacion. La demandada fue absuelta en los restantes cargos.

Por apelación de la anterior providencia interpuesta por ambas partes, **el Tribunal Superior de Barranquilla**, Sala Laboral, se pronunció en el negocio con fecha veintisiete (27) de julio de mil novecientos sesenta y seis (1966), reformando la del Juez de primer grado en cuanto a los reajustes en la pensión de jubilación, rechazando la indemnización por ruptura unilateral del contrato de trabajo y absolviendo a la demandada en los restantes cargos porque había sido, a la vez, absuelta por el a-quo. Dijo además que la pensión de jubilación del actor sería de tres mil cuatro pesos con setenta y dos centavos ($ 3.004.72) mensuales, a partir del siete (7) de octubre de mil novecientos sesenta y cinco (1965). Contra esta providencia se interpuso por las partes el recurso de casación que se entra a resolver, con la observación de que existe en los autos oposición de las mismas a las respectivas demandas. Se examinarán por esta Sala de la Corte, en su orden, las respectivas demandas.

La demanda del trabajador

Alcance de la impugnación

Se pretende por el apoderado del demandante que la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla, Sala Laboral, se case parcialmente, y que, convertida la Corte en Tribunal de instancia mantenga la de primer grado, reformándola en el sentido de decretar, además de la indemnización por ruptura unilateral del contrato de trabajo a que hace referencia el artículo 8º del Decreto 2351 de mil novecientos sesenta y cinco (1965), la adicional de los ciento cincuenta días que prevé la Convención Colectiva, en razón del servicio excedente de diez (10) años. Igualmente se pretende que la Corte fije la pensión de jubilación especial que le corresponde al actor.

Invoca el recurrente la causal 1ª del artículo 60 del Decreto 528 de mil novecientos sesenta y cuatro (1964), y con fundamento en ella formula diez cargos que se estudian a continuación en orden al interés jurídico del recurrente.

Primer cargo

Se acusa la sentencia de haber interpretado erróneamente el numeral 14 del artículo 7º del Decreto 2351 de mil novecientos sesenta y cinco (1965), en relación con los artículos 260 del Código Sustantivo del Trabajo y 3º del Decreto 1373 de mil novecientos sesenta y seis (1966), y consecuentemente por la falta de aplicación del artículo 8º del Decreto 2351 de mil novecientos sesenta y cinco (1965).

Para sustentar el cargo empieza el recurrente transcribiendo el artículo 7º citado, y el numeral 14 del mismo, y haciendo un comentario respecto al 3º del Decreto 1373 de mil novecientos sesenta y seis (1966). Al respecto dice: "De suerte que es solo el hecho de que el trabajador que está al servicio de la empresa haya cumplido 20 años de servicio y 55 de edad, el que permite dar por terminado el contrato de trabajo con justa causa... A **contrario sensu**, no hay justa causa para que el patrono dé por terminado el contrato por este aspecto, si el trabajador no reúne los requisitos de tiempo de servicio y de edad, propios de la pensión de jubilación plena u ordinaria. Y no hay texto legal alguno de donde deducir que si aquel paga, sin estar obligado a ello, una suma equivalente al valor de tal pensión, se torne en justa la causa del despido"... "Sin embargo, el fallador sostiene que no se incumple el contrato de trabajo si al momento en que el trabajador es separado de la empresa "no reúne veinte (20) años de servicio o la edad o ambas cosas a la vez", siempre que se le reconozca pensión ordinaria o plena. "En tal caso, agrega el Tribunal, este acto de liberalidad del patrono constituye un beneficio y no un perjuicio que recibe el trabajador así jubilado".

Afirma que esta tesis del ad-quem no se ciñe al recto entendimiento de la norma, fuera de que no puede calificársela de liberal, porque a más de desconocer la capacidad laboral del trabajador para continuar al servicio del empleador, le impide beneficiarse de los posibles aumentos de salario y de las prestaciones inherentes al servicio restado a la condición de retiro. Se refiere además al carácter obligacional que tiene el trabajo frente a la sociedad, y afirma que "no resulta acorde con este principio que a quien tiene posibilidad y voluntad para realizarlo, y no es aún jubilable, se le prive del empleo que viene desempeñando a lo largo de muchos años, obligándolo a ensayar nuevas actividades bajo la dependencia de otros patronos, lo cual es tanto más injusto si se tiene en cuenta que los servicios prestados a las empresas privadas no se suman y que las pensiones de jubilación a cargo de ellas son relativamente bajas".

Dice por otra parte que la Constitución y la Ley protegen el trabajo, y que este principio no puede traducirse sino en una garantía de estabilidad del trabajador. De aquí que las justas causas para el despido no puede entenderse sino en forma restrictiva. Agrega que se cohonestaría un fraude a la Ley permitiendo un despido sin justa causa, con el argumento de que se ha pagado una pensión ordinaria, que es ficticia por cuanto se ha destinado a eludir la indemnización que se deriva de tal especie de despido.

Se refiere de nuevo al criterio de la liberalidad, para sostener que esa merced del patrono tiene el riesgo de que no siendo el cumplimiento de un status inmodificable, deje de reconocérsele en un momento dado, con entrañables graves perjuicios para el trabajador.

Termina diciendo que el sentenciador incurrió en un error de interpretación del precepto indicado en el enunciado del cargo, "y ello lo condujo a absolver a la parte demandada de la condena que se solicitó en el punto d) del petitum del libelo inicial, adicionado en la primera audiencia de trámite en el sentido de que se tomara en cuenta también la indemnización contemplada en la cláusula 4ª de la Convención Colectiva vigente en la empresa, dejando así de aplicar el artículo 8º del Decreto 2351 de mil novecientos sesenta y cinco (1965)".

La oposición

Respondiendo concretamente a este primer cargo, el opositor empieza sosteniendo que cuando la Ley señaló la edad de cincuenta y cinco (55) años —luego de veinte (20) de servicios— para gozar del beneficio de la pensión, estaba consagrando una presunción respecto a la capacidad laboral del trabajador, precisamente para referirse en esta edad a una disminución de aquella. Afirma que en donde se mide con más evidencia este criterio, es en el precepto establecido por la Ley 171 de mil novecientos sesenta y uno (1961), cuando instituyó un derecho a favor del trabajador que cumpla sesenta (60) años de edad y quince (15) más de servicio, para retirarse voluntariamente mediante el disfrute de este derecho pensional. Se pregunta qué significado tiene este límite de edad señalado, y responde: "Sencillamente que, por razones de orden humanas, desde el punto de vista del trabajador, y económicas desde el ángulo empresarial, se hace necesario garantizarle al trabajador una estabilidad económica de por vida cuando ella (sic) se ha desgastado al servicio de la empresa, y en interés de ésta, asegurarle una mayor fuerza de productividad con el renuevo del material humano disminuído en su capacidad laboral por elementos jóvenes que le inyecten a las células económicas su pleno vigor". Y agrega: "La Ley es sabia, humana y justa porque equilibra el interés de la productividad con el beneficio individual del empleado".

Pasa luego a referirse al fenómeno de la estabilidad planteado por el recurrente, y sostiene que ésta, mirando hacia el descanso vitalicio remunerado, ha sido garantizada por la Ley, mediante una sanción impuesta al patrono que despide sin justa causa, antes de que el trabajador cumpla los veinte (20) años de servicio. Se refiere a continuación a lo que dice que podría llamarse "una pensión-sanción", y afirma que

en el caso sub-judice al trabajador se le otorgó por el patrono, no la gracia proporcional, sino la pensión plena del setenta y cinco por ciento (75%), con lo cual no infringió los principios reguladores de la prestación. Dice que "si la pensión plena la adquirió el trabajador anticipadamente, no puede ocultarse ni desconocerse, so pretexto de recabar presuntas indemnizaciones, que fue una liberalidad de la empresa para con su trabajador".

Vuelve a referirse al fenómeno de la edad, y afirma que el demandante había llegado ya a los setenta y dos (72) años, y por consiguiente era él quien hubiera podido pedir su retiro sin haber cumplido los veinte (20) años de servicio, y que en este caso no podía llamarse injusto el retiro así establecido.

Finalmente se refiere a la cuestión de la "estabilidad en el trabajo", y al respecto argumenta que ella garantiza precisamente el derecho a la pensión plena, y además al descanso necesario por el arribo a una edad en que se ha perdido la fuerza de trabajo. Afirma que en el caso sub-lite, la expectativa se ha justificado con el disfrute de una pensión plena, precisamente la que otorga la ley al trabajador que ha cumplido tiempo de servicio y edad.

Se estudia el cargo

Si bien es cierto que el alcance de la impugnación en los términos en que se ha formulado, adolece de limitaciones que, inicialmente la harían ineficaz, sin embargo en el desarrollo de los cargos y dentro de los planteamientos propuestos por el recurrente, se entiende que, la casación parcial que se demanda responde a la sentencia de segundo grado en cuanto ella absolvió a la demandada de la indemnización por ruptura unilateral del contrato de trabajo sin justa causa y procediendo en forma extrapetita violó la ley sustancial, en perjuicio de los intereses del trabajador. Hecha esta salvedad, se estudia la cuestión.

La preceptiva de nuestras leyes laborales en lo atañedero al contrato de trabajo, se refiere a él como a una relación jurídica que puede celebrarse por tiempo determinado, por el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada, por un tiempo indefinido o para ejecutar un trabajo ocasional, accidental o transitorio. Y en cuanto al contrato realizado por tiempo indefinido, las mismas normas expresan que él deberá tener vigencia mientras subsistan las causas que le dieron origen y la materia del trabajo. Es decir que se ha elevado a canon legal el principio de que el contrato de trabajo debe tener "vocación de permanencia", esto es, continuidad y eficacia en cuanto no se presenten las circunstancias de hecho que las mismas disposiciones indican como valederas para que tal relación de derecho finalice.

Al efecto de esta última cuestión el artículo 6º del Decreto 2351 de mil novecientos sesenta y cinco (1965), establece las causas de terminación del contrato, y entre otras se refiere a la decisión unilateral que menciona el artículo 7º, y a la cuestión indemnizatoria de que trata el 8º del mismo Decreto. La tutela de los derechos del trabajador y de sus pretensiones elementales, es manifiesta a través de estos artículos y, debe repetirse una vez más, el derecho en este caso no ha dispuesto cosa distinta a proteger la parte más caracterizadamente inerte y débil. De aquí que haya prescrito igualmente que en toda terminación unilateral por parte de uno de los contratantes, debe dejarse constancia de la causa o razón de ella, de manera que se pueda entender el alcance y el contenido de lo "justo" en dicho rompimiento. Y a propósito de esto, la Corte ha sido enfática en afirmar que el incumplimiento de semejante obligación, bien sea por omisión total o manifestación extemporánea o invocación de una causa distinta a la alegada inicialmente, le quita toda validez a esos motivos y hace posible que la parte que así termina unilateralmente su contrato indemnice a la otra, por ruptura ilícita, puesto que tal comportamiento equivale a un incumplimiento del contrato con las consecuencias generadoras de tal hecho.

En este orden lógico de principios y actitudes de la Ley, la terminación del contrato de trabajo cuando no se presenta den-

tro de las características indicadas en el artículo 6º del Decreto 2351, tiene las modalidades del rompimiento, o con justa causa, o sin ella, ya por parte del empleador o por la del mismo trabajador.

Desde luego, en el último evento, la reparación es la consecuencia justa de haberse procedido fuera de los términos legales, con perjuicio de los derechos e intereses de la otra parte. En el caso sub-judice se ha planteado la cuestión contra el fallo del ad-quem, invocando una errada interpretación dada por este al artículo 7º en su ordinal 14, que justifica la terminación del contrato por el reconocimiento que el empleador hace al trabajador de la pensión de jubilación o invalidez. Pensión esta que, de conformidad con el artículo 3º de la Ley 48 de mil novecientos sesenta y ocho (1968), debe ser la plena. A propósito, esta misma Sala de la Corte ha dicho en reciente fallo (Alfonso Serrato contra la Compañía Comercial Curacao de Colombia S. A.), lo siguiente:

"Para la correcta interpretación de esta causal, es preciso entender que, la jubilación que atribuye esa virtualidad de poder, mediante su acaecimiento, servir de motivo justo para la terminación del contrato de trabajo, no puede ser sino aquella que reúne en su realización objetiva todas las condiciones legales establecidas"... "Es principio sustantivo laboral, bien conocido por cierto —agrega— que para que un empleado o trabajador pueda impetrar el reconocimiento de su jubilación en la cuantía señalada por la Ley, necesita como condición sine qua non, el cumplimiento a cabalidad de los requisitos de tiempo servido y edad reglamentaria". Finalmente arguye el mismo fallo: "Se concluye lógicamente por tanto que, no puede estimarse como justa causa para los fines de terminación del contrato de trabajo, una jubilación cuantitativamente bien especificada pero a la que falte cualquiera de las condiciones de edad del presunto jubilado o de tiempo de servicio". "Sería pues aberrante que una jubilación otorgada sin el lleno de estos requisitos, pudiera dar cabida a la terminación del contrato, como justa causa, por parte del patrono o empleador, cuando la falta de cualquiera de sus elementos condicionales impide al empleador o trabajador demandarla".

Con respecto al caso concreto que se estudia, el Juzgador de segundo grado al hacer el análisis crítico del ordinal 14 del artículo 7º que se comenta, dijo a su vez: "...es evidente que esta norma legal se refiere a la jubilación ordinaria o plena, que es precisamente la pensión que goza el demandante, como ya se ha dicho. También es cierto que la pensión de jubilación especial tiene, ante todo, el carácter de sanción contra el patrono que despide injustamente a un trabajador después de quince (15) años de servicios, continuos o discontinuos, sin reconocerle el derecho a gozar de dicha pensión. Además de los requisitos de los quince (15) o más años de trabajo y de la edad, la Ley exige que el despido del trabajador sea injusto y se halle plenamente demostrado"... "En el caso sub-judice, ocurre algo diferente: El señor Torrenegra trabajó al servicio de la entidad demandada por espacio de algo más de dieciocho (18) años y, al momento de ser separado de la empresa, había cumplido setenta y un (71) años. Pero la empresa no le despidió sin negarle el derecho a la pensión especial, sino que fue mucho más lejos. No tuvo en cuenta que el señor Torrenegra no tuviese cumplidos los veinte (20) años de trabajo para merecer la pensión ordinaria de jubilación, sino que pasó por encima de este requisito. Su liberalidad para con el ex-trabajador rebasó los límites establecidos por la Ley, y en lugar de despedir al trabajador con una pensión de jubilación especial, la que estatuye el artículo 8º de la Ley 171 de mil novecientos sesenta y uno (1961), le concedió la ordinaria o plena, según la cual las mesadas se hallan constituídas por el setenta y cinco por ciento (75%) de los salarios que promedialmente haya devengado el trabajador durante el último año de servicio". No cabe duda que las tesis expuestas por el Tribunal en los párrafos transcritos adolecen de desaciertos hermenéuticos que deben glosarse. En efecto, no puede continuar aceptándose la tesis de que la pensión que se cubre al trabajador

por el despido injusto antes de cumplir los quince (15) o los veinte (20) años de servicio, y a partir de los diez (10) cumplidos, tiene el carácter de una sanción, siendo como es que tal pena se establece y clasifica en el artículo 8º del Decreto 2351 de mil novecientos sesenta y cinco (1965). Esta pensión guarda la calidad de un derecho restringido, porque es proporcional al tiempo servido y en relación con el derecho pleno. Y lo es precisamente porque al trabajador no se le ha dejado disfrutar de la totalidad de los requisitos legales indispensables al goce de este último. Es, en tales circunstancias, una pensión especial que tiene el mérito de constituir un freno a las posibles arbitrariedades del patrono. La sanción a que se refiere el ad-quem la genera el simple hecho del despido sin justa causa, y no la circunstancia derivada de la falta de pago de la referida pensión. Por lo demás, el hecho mismo anotado por el fallador con respecto a la conducta unilateral observada por el patrono, es indicativo de lo ilícito de su actitud, puesto que éste, como lo afirma, "rebasó los límites establecidos por la Ley" sin ningún consentimiento previo del trabajador, lo que equivale a sostener que procedió contra sus prescripciones y ordenamientos. El patrono pues, en este caso, obró ilegalmente. Lo lógico en circunstancias de esta índole, hubiera sido que el Tribunal procediera de conformidad con los imperativos de Ley, ajustando la decisión a los exactos términos de su mandato. El criterio de la "liberalidad" que se planteó como excusa para darle a las normas el alcance que se les dio por el Juzgador, no puede en abstracto, y como tesis general, aceptarse ni reconocerse ni encomiarse, puesto que esa actitud de largueza puede derivar en situaciones de injusticia, marcadamente contrarias a los principios y a los ordenamientos de la Ley. La liberalidad no puede ser violatoria de intereses legítimos severamente tutelados.

Parece por lo tanto, que no sobra agregar al ya expresado criterio de esta Sala de la Corte, algunas consideraciones y comentarios respecto a la manera de entender como justo aquello que cubre las apariencias de la legitimidad. En efecto, se ha expresado por la doctrina que la pauta axiológica del Derecho Positivo y meta del legislador, es la "Justicia", esto es y, para decirlo con la vieja definición de Ulpiano, el darle a cada quien lo que le pertenece. Empero, y como también se ha dicho con entera claridad, para poder derivar de la "Justicia" las normas legales, tiene que complementársele con el factor de la finalidad o de la adecuación a un fin. En este orden de conceptos, el fin del Derecho conduce necesariamente a la seguridad jurídica que no solamente reclama un derecho inquebrantable y firme, sino un derecho que legítimamente le dé a cada quien lo que le debe dar. Pero que le garantice además esta facultad de índole subjetiva en todo momento y bajo todas las circunstancias de oposición a ella. Implícitamente tal serie de factores conllevan la idea de la "expectativa", como una posibilidad más o menos cercana y probable de conseguir y de llegar a una oportunidad buscada y requerida. Desde luego, dentro de este juego de lo anhelado, importa el deseo de quien espera. Es un valor subjetivo y no un juicio de terceros. Lo que el Derecho protege justamente es, en este ámbito, la esperanza de quien desea y quiere lo mejor, lo óptimo, el bien superior. Ningún otro alcance cree esta Sala, puede dársele a la "Justicia" como pauta del derecho. En consecuencia no se puede llamar justo aquello que rebasa arbitrariamente los lineamientos ordenadores de la Ley, puesto que una actitud o un comportamiento justo es el que se ciñe a los términos y alcances del Derecho positivo, concepto que es, precisamente, el expresado por esta misma Sala en el fallo que antes se ha transcrito.

Subrayado este criterio, y transcrita parcialmente la opinión del Juzgador de segundo grado, conviene destacar aún más su pensamiento, con el fin de observar cómo él no se ajusta razonable y fielmente a los términos de interpretación correcta que esa norma debe tener. En efecto dice: "No comparte esta Sala, pues, la opinión expuesta por el señor procurador del demandante, al sostener que su patrocinado fue injustamente despedido por la empresa cuando ésta le otorgó el beneficio de la pensión de

jubilación, por considerar que, al momento de su separación del trabajo, aquel no llenaba el requisito del tiempo de servicio, ya que solo había trabajado dieciocho (18) años y tres (3) meses. Esta argumentación, sin embargo, envuelve un sofisma, ya que, como se dijo antes, la pensión especial representa una sanción al patrono que despide a un trabajador que ha laborado a su servicio más de quince (15) años y menos de veinte (20), y este no es el caso del actor, como se verá inmediatamente... En el caso concreto de estudio puede considerarse como perjuicio el hecho de que la empresa, conceda a un trabajador el beneficio de la pensión ordinaria de jubilación cuando aún le faltaban quince (15) meses para tener derecho a ella? La Sala no encuentra que con este acto de liberalidad de la demandada se haya ocasionado un perjuicio al demandante, sino todo lo contrario: un beneficio que este no ha sabido reconocer... El razonamiento (...) sería jurídicamente aceptable si, despedido el trabajador de la empresa, ésta se hubiese negado a reconocerle la pensión de jubilación, concretamente, la especial que era a la que sí tenía derecho. Hay error, por lo tanto, al considerar que se comete violación del contrato de trabajo cuando la empresa separa el trabajador movida por el deseo de jubilarlo con pensión plena u ordinaria, así el beneficiado no reúna cualquiera de estos dos requisitos: la edad y el tiempo de servicio".

Se aprecia una vez más la insistencia del Tribunal en su error, respecto al significado y valor de la pensión especial, como con respecto al fenómeno jurídico de la indemnización por despido injusto. Además ratifica el criterio general de que es perfectamente lícito el trasponer los dictados legales, siempre que este hecho conduzca a una aparente situación generosa. Sin embargo, es una realidad que el correcto entendimiento de las normas interpretadas equivocadamente por el ad-quem, conduce necesaria y jurídicamente al severo cumplimiento de los requisitos exigidos por el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con el tiempo de servicio y con la edad del trabajador. Faltando uno de ellos, hay violación de la ley, repetimos, y el despido o rompimiento del contrato de trabajo, por más visos de legalidad que quieran dársele, adolecerá de injusticia, y en semejantes circunstancias el hecho así consumado conllevará las consecuencias que señala y reglamenta a la vez el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965.

Es pues correcto el ataque que se ha formulado por el recurrente al fallo del Tribunal, y en consecuencia esta Sala de la Corte procederá de conformidad, casando parcialmente el fallo recurrido, y obrando como tribunal de instancia se pronunciará en los términos que más adelante se dirán.

Quinto cargo

Lo explica en la siguiente forma: "Violación directa del artículo 50 del Código Procesal del Trabajo, en relación con los artículos 8º de la ley 171 de 1961 y 8º del decreto 2351 de 1965, infringidos, por falta de aplicación, a causa del quebranto del primero".

Para sustentarlo empieza haciendo la transcripción del fallo atacado, en cuanto en él se expresa y acepta que el señor Torrenegra trabajó al servicio de la empresa demandada algo más de diez y ocho años, pero menos de veinte, y que no obstante esta circunstancia la última le otorgó al trabajador una pensión plena de jubilación, pasando así por encima del requisito de la ley, lo que califica la misma sentencia como un acto de liberalidad de la demandada a favor del actor. A continuación el casacionista copia textualmente el numeral 2º de la parte resolutiva de la misma providencia, mediante el cual se declara que la pensión de jubilación del actor es igual a la suma mensual de $ 3.004.72, y a partir del 7 de octubre de 1965.

Destaca luego cómo el artículo 50 del C. P. L. faculta al juzgador de primera instancia para proceder en forma extra o ultra petita, sin que ello signifique que tal competencia funcional cobije a otro funcionario diferente, el cual, si lo hace así, usurpa jurisdicción.

En este orden de ideas, el recurrente hace hincapié en la solicitud del libelo inicial, en el acápite en que éste pide que se reajuste "la pensión mensual especial de jubilación", expresando que la cuantía de este reajuste es la suma de $ 2.737.50, y recalcando cómo el juzgador de primera instancia, ajustándose a lo demandado, hizo el reajuste mediante la consideración de que "la pensión será directamente proporcional al tiempo de servicio respecto de lo que le hubiere correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos del Art. 260 del C. S. del T.". Para este último juzgador, el monto de tal pensión especial es la cantidad de $ 2.684.20 mensuales. Y termina el impugnador con los siguientes conceptos:

"Basta la anterior confrontación para demostrar que el Tribunal, dejando de fallar en consonancia con lo pedido, decidió extra petita, a tiempo que, en cambio, se abstuvo de condenar al pago de la indemnización solicitada por ruptura unilateral e injusta del contrato de trabajo, complemento necesario de la sanción que para el patrono entraña la pensión especial de jubilación que consagra el art. 8º de la ley 171 de 1961". Y agrega: "No sobra observar que el propio Tribunal, acogiendo las manifestaciones de la empresa, contenidas en la carta del folio 2 del cuaderno principal, atribuye al reconocimiento de la supuesta pensión ordinaria o plena un origen gratuito y no legal, y admite en otro de los pasos de su fallo que la pensión especial 'era a la que sí tenía derecho'."

La Corte observa

En el fallo que se ataca, el Tribunal Superior de Barranquilla, tal como se ha dejado transcrito y comentado en el cargo anterior, acepta que el trabajador al término del contrato de trabajo no reunía los requisitos de tiempo de servicio para que se le otorgara "legalmente" una pensión plena de jubilación, hecho éste que sin embargo cumplió la empleadora en un acto llamado de "generosa liberalidad". Acusa esta misma providencia de erróneo el planteamiento del a-quo, respecto a su aceptación de ser ilegal el rompimiento del contrato con las consecuencias pertinentes derivadas del artículo 8º de la ley 171 de 1961, y para expresar su propia opinión afirma: "Esta disposición representa, como ya se dijo antes, una sanción para el patrono, y, por lo mismo, cómo puede ella aplicarse, en el caso sub-judice, a una empresa que, yendo más allá de lo que la Ley dispone en beneficio del trabajador, hace caso omiso de los requisitos que esa misma Ley establece para permitir que aquel entre en el disfrute y pleno goce de la pensión ordinaria mucho antes del tiempo señalado por aquella? Sería absurdo, y un contrasentido que la Ley no ha consagrado, el que se sancionara a una empresa al pago de una indemnización inconcebible (sic) como retribución al acto de generosidad que ha realizado en beneficio de un trabajador por ella favorecido". Y agrega: "No hay duda, pues, que la separación del trabajador para que comenzara antes de tiempo a gozar de la pensión de jubilación ordinaria, en desarrollo del ordinal 14 del art. 7º del Decreto 2351 de 1965, se produjo con arreglo a las disposiciones legales en vigencia y, por consiguiente, es justa". Un poco antes, el mismo fallo contiene el siguiente concepto: "El razonamiento del doctor Llinás Mastrodoménico sería jurídicamente aceptable si, despedido el trabajador de la empresa, ésta se hubiese negado a reconocerle la pensión de jubilación, concretamente, la especial que era a la que sí tenía derecho".

Como conclusión de lo expuesto y sostenido por el ad-quem en la parte motiva de su fallo, en la resolutiva formuló una condena en dinero por concepto de la pensión mensual de jubilación, que asciende a la suma de $ 3.004.72, que desde luego corresponde a la cuantía de una prestación plena de este género no pedida así por el actor. Esta última circunstancia explica el por qué aquel no se preocupó por demostrar tal hecho, comprometiendo su interés jurídico en el debate en el aspecto relacionado con la ruptura unilateral e injusta del contrato de trabajo, generador de la indemnización correspondiente. Esta situación del demandante, sí la entendió el juez de primer grado, procediendo en forma congruente

respecto al contenido del petitum y a la actuación de aquel en el juicio. De aquí la concordancia en los resultados obtenidos por dicho juzgador al producir la parte resolutiva de su providencia de fondo.

Otra es la actitud del Tribunal respecto a esta particularidad de la controversia judicial, no solo porque ignoró, contrariando, los términos y alcances de la demanda principal, sino porque ejerció una facultad que no se le había otorgado por la Ley, usurpando así una jurisdicción concedida por ella al juez de primera instancia según es claro y terminante el precepto del artículo 50 del C. P. L. Como era lógico, la aplicación de esta disposición a un hecho que no existía procesalmente, conllevó al juzgador de segunda instancia a la inaplicación del artículo 8º de la ley 171 de 1961, y a la del Decreto 2351 de 1965 con los perjuicios pertinentes a las pretensiones formuladas por el demandante en el libelo respectivo. Es pues procedente el ataque formulado por el recurrente en el cargo que se estudia, y por lo tanto la Sala casará parcialmente el fallo del Tribunal Superior de Barranquilla, en cuanto él fijó el monto de la pensión de jubilación en cantidad y naturaleza superior y diferente a la exigida por el actor, y obrando como tribunal de instancia, se pronunciará como más adelante se dirá.

Décimo cargo

Lo formula el impugnador en los siguientes términos: "Violación del artículo 38 del Decreto 2351 de mil novecientos sesenta y cinco (1965), por falta de aplicación, a consecuencia de error de derecho en la apreciación de una prueba".

Afirma que este error se explica en la circunstancia de no dar por establecido, estándolo, y además con el medio probatorio que exige la ley, que al demandante le corresponde una indemnización de ciento cincuenta (150) días en razón a que su tiempo de servicio excedió de diez (10) años. Dice que la prueba que no se tuvo en cuenta es la Convención Colectiva "celebrada entre la Cafetería Almendra Tropical-Villalba y Compañía, y el Sindicato de Trabajadores de la Cafetería Almendra Tropical-Villalba y Compañía, la cual rige desde el primero (1º) de abril de mil novecientos sesenta y cuatro (1964) hasta el treinta y uno (31) de marzo de mil novecientos sesenta y seis (1966)".

Comenta a continuación que en el informativo obra la referida Convención debidamente auténtica, la cual señala en su cláusula 4ª y al final del primer inciso, una indemnización especial a favor del trabajador que sea despedido por causas distintas a las señaladas como justas en el Código Sustantivo del Trabajo. Aclara al respecto de esta indemnización, que ella tiene un origen distinto a la que se reclama de conformidad con el criterio de capitalizar el tiempo que faltare para cumplir el plazo estipulado en el contrato. Sostiene que dicha Convención se aportó a los autos como prueba por parte de la parte demandante, y en la primera audiencia de trámite, sin que la contra-parte le hubiese objetado, habiéndola acogido, aunque para otros fines, como puede observarse en el mismo expediente. Remata su argumentación diciendo lo siguiente:

"Está, pues, admitido por ambas partes que la Convención es aplicable al demandante. De consiguiente, no es preciso indagar ni comprobar si el número de afiliados al sindicado excedía de la tercera parte del total de los trabajadores de la empresa... Por lo demás, la obligación de demostrar que la Convención no es aplicable a quien la invoca, recae sobre la parte contraria".

Al responder este cargo, dijo la oposición simplemente que "este cargo es una petición nueva, pues en el petitum del libelo presentado por el actor no figura". Y agrega: "La Corte no puede entrar a discutir siquiera peticiones que no figuren en la demanda principal".

Se hacen las siguientes consideraciones

Examinado el escrito de demanda con que se inició el juicio, se observa que el petitum está concretado a un reajuste en las pri-

mas de servicio correspondientes a los tres (3) últimos años, y al mismo con respecto a las vacaciones de igual período. Se pide además un reajuste en el auxilio de cesantía teniendo en cuenta los salarios reales, y un reajuste en la pensión mensual especial de jubilación tomando como base la misma calidad de salarios antes mencionados, y a partir del día seis (6) de octubre de mil novecientos sesenta y cinco (1965). Finalmente se demanda la "Indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa comprobada, de acuerdo con lo establecido en el artículo 8º del Decreto 2351 de mil novecientos sesenta y cinco (1965), a razón de cuatro mil noventa y seis pesos con sesenta y dos centavos M/cte. ($ 4.096.62) mensuales, y equivalente a quince (15) meses y medio (½) de salarios, con el promedio del salario real".

Se aprecia por lo transcrito, que en el libelo inicial no aparece formulada la solicitud que se relaciona con lo fundamental del cargo en estudio. Sin embargo, en la primera audiencia de trámite, en uso de la palabra el apoderado del actor dijo lo siguiente: "Manifiesto al señor Juez, que estando dentro del término adiciono o enmiendo la demanda, en el sentido de que los demandados sean condenados a pagar, además de las peticiones de la demanda la indemnización convencional por terminación unilateral del contrato de trabajo". Y agrega a continuación: "Fundamento esta adición en lo establecido en la cláusula 4ª de la Convención Colectiva de Trabajo de fecha primero (1º) de abril de mil novecientos sesenta y cuatro (1964)..."

No se trata entonces de un hecho nuevo del orden de los que la jurisprudencia de esta Sala ha considerado como tales, en el sentido obvio de no haberse planteado en las relaciones del petitum o de no haberse controvertido en las instancias como el necesario elemento de relación procesal que permita al Juzgador proceder de conformidad con el debate mismo. En los autos existe, por lo demás, la constancia de su estudio y decisión por el Juzgador de primera instancia, y los planteamientos que en audiencia hizo el apoderado del demandante en la segunda instancia, junto con los documentos que a ella se aportaron. De manera que no se podrá alegar, como se pretende, que el cargo en comento apoya una petición nueva, y que la Corte no puede entrar a discutirlo, puesto que tal aseveración es un error como se deja aclarado.

Otra cosa es que el cargo en sí mismo no pueda ser materia de estudio por esta Sala, por cuanto su presentación en los términos en que se hace no da mérito para entrar al fondo de la cuestión propuesta. En efecto, se ha planteado el cargo dentro del concepto de que se trata de un "error de derecho", dado que el Tribunal no dio por establecido que al actor le corresponde una indemnización de ciento cincuenta (150) días, en razón de que su tiempo de servicio excedió los diez (10) años. Afirma el recurrente, como se dijo atrás, que la prueba que no se estimó fue la Convención Colectiva de Trabajo y suscrita por el Sindicato de Trabajadores de la demandada, y esta última empresa. Sin embargo, tal circunstancia anotada por el impugnador no puede aceptarse como error de derecho, porque de lo que realmente se trata es de un simple pacto o concierto de voluntades para cuya subsistencia o existencia en sí misma, no era de rigor que se pactara en determinados, rígidos y únicos términos. Vale decir que para que una indemnización como la reclamada, se establezca entre patrono y trabajador, no es necesario que ella conste en documento que tenga la calidad de prueba solemne, porque bien puede convenirse en otro documento elemental así sea el mismo contrato de trabajo, o el Reglamento Interno de la empresa, o una simple carta entre las partes.

Por lo demás, dentro de las características de una acusación de la índole de la que se formula en el cargo, no bastaría, en el supuesto de que se tratara en realidad de un error de derecho, la acusación por la falta de examen del documento aludido —la Convención— sino que a su lado deberían indicarse además como patrocinadores de aquel vicio los otros documentos complementarios de ella, por cuanto en los autos figuran aquellos en tal sentido, acompaña-

dos precisamente para destruir la observación formulada por el Juez a-quo en su respectiva providencia. En otras palabras, la conclusion sería, en este último supuesto, que el cargo estaría limitativamente formulado, esto es que sería un cargo incompleto. Situación errónea ésta que se ratifica y complementa, si igualmente se observa cómo a la presentación del cargo se relaciona como violado solamente el artículo 38 del Decreto 2351 de mil novecientos sesenta y cinco (1965) sin la correspondiente y necesaria referencia a los preceptos de la Ley sustancial que conllevan la legítima y esencial violación. Se sabe que el error de derecho es un medio indirecto de tal violación, por cuanto lo cierto es que mediante tal circunstancia aparece la ocurrencia del quebrantamiento de la Ley que consagra los respectivos derechos en pugna. No prospera pues la impugnacion formulada.

Los otros cargos

Los restantes cargos formulados por el recurrente concurren a desquiciar el fallo del ad-quem, en busca de la consecución de los fines obtenidos mediante el estudio y análisis del primer cargo que ha prosperado. Por estas circunstancias, aquellos resultados favorables relevan a la Sala del estudio de esos cargos.

La demanda del patrono

Alcance de la impugnación

Los propósitos de la demanda presentada por el apoderado del empleador se limitan a que se "fije jurídicamente el alcance de los artículos 127 y 128 sobre la noción de salario para establecer si las bonificaciones trimestrales pueden y deben considerarse como tal para considerarlas como factor de liquidación de las prestaciones sociales". Se apoya en la causal primera del artículo 60 del Decreto 528 de mil novecientos sesenta y cuatro (1964), y para satisfacerla formula dos cargos que serán estudiados en su orden por esta Sala.

Primer cargo

Dice el impugnador lo siguiente: "El Tribunal llegó a las conclusiones que dieron fundamento al fallo recurrido a causa de notorio y evidente error de hecho que aparece de manifiesto en los autos y que dieron (sic) lugar a la violación de los artículos 127, 128, 134, 140, 149, 249, 253, 260 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo, en concordancia con el numeral e) del artículo 85 del Reglamento Interno de Trabajo de Cafetería Almendra Tropical.... () ... y con el artículo 4º de la Convención Colectiva de Trabajo firmada entre la Empresa y sus trabajadores, error de hecho proveniente de la equivocada apreciación de las pruebas o de falta de apreciación de otras que lo indujeron a la aplicación indebida de algunas disposiciones y la falta de aplicación de otras..."

Sustenta el cargo el recurrente, afirmando en general que el Tribunal, al pronunciarse en los términos en que lo hizo respecto a las gratificaciones trimestrales, omitió el análisis del Reglamento Interno de Trabajo de la demandada y el de la Convención Colectiva de Trabajo firmada por la Empresa y sus trabajadores. Dice que si el fallador se hubiera detenido a estudiar tales documentos, hubiera comprendido que la bonificación trimestral no podía calificarse como factor salarial, porque era voluntaria del patrono, quien podía suspenderla cuando a bien lo tuviera, puesto que no se había pactado bilateralmente por Convención, y porque además, no tenía el alcance de una retribución de servicios. Sostiene que el salario tiene a más de este último alcance, la particularidad de cancelarse por semanas o meses como lo ordena la Ley, y que, por otra parte, no puede retenerse, ni compensarse, ni deducirse. Agrega que enfrentados estos dos conceptos, —salario y bonificación— se comprende que los dos encierran alcances y dimensiones que los colocan en oposición, y por tal motivo esta última no puede estimarse como factor salarial, ni contribuir por ello a la liquidación de las prestaciones sociales del trabajador. Transcribe una jurisprudencia del Tribunal Supremo del Trabajo con respecto a esta misma cuestión, y apoya su solicitud en el criterio de tal organismo.

A continuación, y en un capítulo que denomina "Disposiciones infringidas y concepto de la violación", dice lo siguiente: "A

través del error de hecho debido a la mala apreciación de las pruebas, de acuerdo con lo expuesto anteriormente, el Tribunal incurrió en violación directa de las siguientes disposiciones, por aplicación indebida en unas y falta de aplicación de otras, todas de carácter sustantivo..." Enumera en seguida, haciendo en cada caso el respectivo comentario dentro de las tesis antes expuestas por él, las disposiciones que considera que fueron indebidamente aplicadas, y al respecto indica las siguientes: Artículos 127, 134, 140 y 141, del Código Sustantivo de Trabajo, habiéndose abstenido de aplicar por el ad-quem, en este orden de ideas, el artículo 128 de la misma obra. Comenta finalmente que como consecuencia de estos errores, fueron violados los artículos 306, 153 y 260 del mismo Código, por el aumento en el quantum de las prestaciones reconocidas por el Juez en apoyo a esas disposiciones.

La oposición

La oposición rechaza el cargo expresando contra él una serie de observaciones que lo conducen a sostener que existe un error de técnica en su presentación. Destaca cómo, evidentemente, lo formula el recurrente a través de un supuesto error de hecho, y sin embargo lo plantea como una violación directa de la Ley. Transcribe algunos apartes de la sentencia del ad-quem para afirmar que el sentenciador no se equivocó al observar que las bonificaciones habían sido establecidas voluntaria y liberalmente por el patrono. Luego dice que la jurisprudencia aludida por el recurrente corresponde a la época en que no existía el Código Sustantivo del Trabajo, y que en cambio la que trae el fallo corresponde a una época posterior y que corresponde a la verdadera interpretación de los artículos 127 y 128 del referido Código.

Se estudia el cargo

Debe igualmente expresarse por esta Sala, respecto al alcance de la impugnación de la demanda que se estudia, que tal alcance adolece también de deficiencias que la harían ineficaz si no fuera porque en la presentación de los cargos se comprende en realidad lo fundamental del ataque a la sentencia de segunda instancia, y en consecuencia esta circunstancia le permite a la Sala entrar al estudio de la cuestión propuesta.

El fallo combatido, respecto a esta cuestión particular de las bonificaciones trimestrales, luego de hacer mencion y transcribir el alegato de oposición del apoderado de la demandada, dice lo siguiente: "La Sala lamenta no compartir el criterio expuesto, ni la interpretación que de los artículos 127 y 128 hace el doctor Marenco Romero. La primera de las normas legales citadas es clara en su letra y en su espíritu"... Comenta a continuación el contenido de esta disposición, enumerando los elementos constitutivos del salario, y pasa luego a hacer un comentario a la vez del artículo 128, del cual dice: "Este artículo (el 127) tiene relación directa con el 128 ibídem, según el cual las sumas que el trabajador recibe en forma ocasional y por mera liberalidad del patrono, no constituyen salario. Del propio modo esta norma indica, por vía de ejemplo, entre otras, las bonificaciones y gratificaciones ocasionales". Dice el fallo que el punto a dilucidar es el de saber realmente "si esas gratificaciones o bonificaciones trimestrales son susceptibles de ser estimadas como habituales de la empresa. Pues, en el primer caso, no constituyen salario, y en el segundo, sí".

Como se aprecia, el fallo impugnado acepta la existencia de una bonificación concedida voluntariamente por el patrono a los trabajadores, y tras este reconocimiento del que no tiene duda, se empeña en ordenarlo jurídicamente en orden a lo que en relación con el "salario", y con sus elementos integrantes, establece el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, buscando armonizar esta disposición con lo que, a su vez y en relación con los pagos que no constituyen salario, prescribe el artículo 128 ibídem. En estas circunstancias, le bastaría a esta Sala de la Corte con observar lo equivocado del planteamiento hecho, siendo así que es incuestionable que el ad-quem no dejó de aplicar el artículo 128, como lo denuncia el

casacionista, puesto que sí lo hizo, según se ha dejado transcrito, precisamente ajustándolo con hermenéutica lógica al contenido del artículo 127 ibídem.

Empero, en el supuesto de que tal circunstancia por sí no demeritara el planteamiento hecho por el impugnador, conviene agregar que el error de hecho, según lo ha repetido en múltiples ocasiones esta Sala, es procedente solo cuando aparece ostensiblemente, esto es, cuando la equivocación del fallador de segundo grado es de tal naturaleza contraria a la realidad de los hechos, que no se compadezca con un razonable criterio de interpretación hermenéutica. Por lo demás, también se ha dicho que en situaciones dudosas —como quizás pudiera calificarse la del caso sub-lite precisamente por acontecer el encontrado criterio entre el fallador y el casacionista respecto a la naturaleza de la bonificación— los Tribunales disponen de un gran margen de libertad para decidir por el extremo que, a su juicio, consideren el más justo y conforme con la naturaleza del hecho controvertido. Por todo lo expuesto, pues, no prospera el cargo.

Segundo cargo

Lo enuncia así: "Acuso la sentencia por ser violatoria de los artículos 127, 128, 134, 140, 149, 249, 253, 260 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo, en concordancia con el numeral e) del artículo 85 del Reglamento Interno de Cafetería Almendra Tropical ... (...) ... y con el artículo 4º de la Convención Colectiva de Trabajo firmada entre la empresa y sus trabajadores en mil novecientos sesenta y cuatro (1964), a causa de errores de interpretación de la Ley Sustantiva especialmente del artículo 127, por aplicación errónea y del artículo 128 por su no aplicación".

Para sustentarlo empieza haciendo una transcripción parcial del fallo del Tribunal, y luego sostiene que el análisis correcto del aparte e) de la cláusula 85 del Reglamento Interno de la empresa conduce a darle a la bonificación del patrono las siguientes características: a) Es voluntaria, b) Está condicionada a libre determinación de la empresa, c) No ha sido pactada a través de una Convención, y d) Los trabajadores han agradecido este acto liberal de la demandada. Sostiene que la empresa no tuvo intención de establecer por medio de ella un salario, y que este criterio suyo es muy bien entendido por los propios trabajadores, que así lo han considerado en la Convención Colectiva llevada a los autos. Agrega que, dentro de estas circunstancias, la bonificación en referencia no reúne las características del salario, y que, por lo tanto, el fallador de segundo grado interpretó mal los artículos 127, 128, 134, 140 y 149 del Código Sustantivo del Trabajo. Se refiere en seguida al criterio que ha tenido la Corte respecto a lo que debe entenderse por salario, cita la misma jurisprudencia del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo que trajo a colación en el cargo primero, y termina sosteniendo que el Tribunal violó los artículos 153, 306 y 260 del Código Sustantivo del Trabajo, porque al violar los anteriores, es decir el 127 y 128, produjo un aumento en la liquidación de las prestaciones consagradas en estas disposiciones, contrario a lo que, en sana lógica, corresponde en relación con el criterio que se debe tener del artículo 127 mencionado.

La oposición formuló contra este cargo una serie de observaciones que pueden resumirse en lo siguiente: La interpretación errónea de la Ley es independiente de toda cuestión probatoria, de aquí que resulta inoportuna la consideración sobre los medios de prueba que obran en el informativo. El criterio del fallador de segunda instancia —cuyos apartes fundamentales cita— coinciden con el criterio de la Corte en el fallo de veintiocho (28) de febrero de mil novecientos cincuenta y siete (1957), que igualmente cita y transcribe en lo fundamental. Y, finalmente, para las primas, bonificaciones y gratificaciones habituales no se exige por la Ley que su pago se realice dentro de los períodos señalados para el salario, por razones elementales, puesto que lo único que se requiere para que ellas se consideren como salario, es que sean habituales, pudiendo ser anuales, semestrales, trienales o bimensuales.

Se estudia el cargo

En una parte del fallo recurrido dice el Tribunal lo siguiente en relación con el problema discutido: "De conformidad con el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, las bonificaciones habituales constituyen salario, en tanto que, según el 128, no lo constituyen cuando son ocasionales. Por estas últimas debe entenderse, como su nombre lo indica, que se producen de vez en cuando, sin regularidad, sin señalamiento de tiempo, o lo que es lo mismo, eventualmente". A continuación la misma providencia desenvolviendo el contenido del artículo 127 con citas de jurisprudencias de esta Sala que no han sido modificadas, establece el concepto y valor de los preceptos que contiene el artículo 128 en este mismo orden de ideas. En ningún caso el ad-quem ha vinculado a este fenómeno puramente interpretativo, el contenido de los artículos 134, 140 y 149, igualmente en cita, puesto que no habiéndolos relacionado en forma alguna en su argumentación fundamental, mal podía darles una errada interpretación. En efecto, no se puede interpretar sino aquello que se percibe inmediatamente, estableciendo una relación conceptual dentro del imperativo lógico. Si no existe el objeto de la interpretación, no puede aparecer ésta, y es lo que acontece en el caso sub-judice frente a los artículos aludidos.

Otras consideraciones podrían hacerse respecto a la improcedencia técnica de la demanda de impugnación que se estudia. Sin embargo le basta a esta Sala de la Corte con destacar la incongruencia entre la formulación del cargo y las razones en que lo apoya. En efecto, habiéndose presentado por el recurrente en él, una violación por interpretación errónea de los preceptos de la Ley sustantiva que allí se enumeran, ella —la interpretación— sin embargo, se apoya en elementos de prueba que no excusa el casacionista de enumerar y relacionar con los respectivos comentarios. Afirma en efecto que tal error se encuentra en concordancia con el Reglamento Interno de la Empresa demandada y con la Convención Colectiva de Trabajo, documentos acompañados a los autos. Sus conceptos son de señalada claridad al respecto. Dice: "Si se analiza con detenimiento la cláusula 85 en su aparte e) del Reglamento Interno de Trabajo de la Cafetería Almendra Tropical (fl. 9, primer cuaderno de pruebas) se observará cómo se presentan las siguientes características en las llamadas "Gratificaciones Trimestrales". Enumera a continuación algunas, y termina: "d) Que los trabajadores agradecen la liberalidad de la empresa al conceder voluntariamente esta prestación y "confían que en el futuro continúen concediéndolas en igual forma" (fl. 38 primer cuaderno. Pág. 20 de la Convención Colectiva, cláusula 30). También ha dicho la jurisprudencia reiteradamente al respecto, que la errónea interpretación de la ley procede del equivocado concepto que el fallador tenga de su contenido esencial e inmanente, con total independencia de toda cuestión probatoria. De manera que la cita de documentos que relacionan entre sí cuestiones de hecho, desdibujan el concepto de la violación y lo sitúan en campo diferente, que hace inoperante la presentación del cargo, y por lo tanto colocan, a su vez, a la Corte, en situación de imposibilidad para decidir sobre el fondo de la cuestión debatida.

Por todo lo que se deja expuesto, pues, no prospera el cargo.

Consideraciones de instancia

La prosperidad del primer y del quinto cargo propuestos, apareja la casación parcial del fallo recurrido en las circunstancias en ellos consideradas. Como consecuencia, la Corte, en función de instancia, se pronunciará de conformidad con los fundamentos que se dejaron expuestos en su lugar, formulando otros indispensables para la concordancia de aquellos con las correspondientes normas de ley.

Se ha expresado que la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte de la demandada carece de una justa causa, de aquí que implique una indemnización

de perjuicio de conformidad con el artículo 8º del decreto 2351 de 1965. Empero, la misma disposición contempla los eventos posibles en una relación de esta naturaleza, o sea un contrato a término fijo, o la duración de una obra, o la labor contratada, o, finalmente, el contrato a término indefinido. 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 cincuenta y nueve (1959) (fl. 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 2º 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 tantas 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, habiéndolo, 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, y cuya cuantía ascendería en tales circunstancias con base en un promedio salarial de $ 4.006.30 a la suma de $ 79.124.30. Sin embargo, como el recurrente solicita que se mantenga el fallo de primer grado reformándolo solo en el sentido de decretar además de este género de indemnización, la señalada en la Convención Colectiva de Trabajo, la Sala deberá sujetarse a los términos de la impugnación, es decir que para estos efectos se respetará la condena del fallo de primera instancia, vale decir que la indemnización se limitará a la suma de treinta y un mil ciento diez y seis pesos con setenta y cinco centavos ($ 31.116.75), que es la cantidad contabilizada por el juez de primer grado. La cuantía indicada como salario promedio total, se tendrá en cuenta para todos los efectos de las condenas que se formulen por esta Sala.

Los reajustes verificados en las primas de servicio y vacaciones, por las cantidades

respectivas de $ 3.870.13 y $ 7.466.48, corresponden legítimamente al mayor valor promedio que debió tenerse en cuenta por la empleadora, según se ha explicado antes, para la cancelación de dichas prestaciones, resultando pues correcta la liquidación hecha por el juez.

Finalmente, y de conformidad con el mismo resultado de prosperidad de los cargos antes señalados, y aceptando como una realidad jurídica el rompimiento del contrato de trabajo sin justa causa, como así se ha aceptado, tal circunstancia apareja la aplicación del artículo 8º de la ley 171 de 1961, respecto al monto de la pensión que no puede ser otro que el directamente proporcional al tiempo de servicios que le habría correspondido al trabajador en el caso de reunir los requisitos legales necesarios para el disfrute de la pensión plena. Dentro de las consideraciones que se han hecho anteriormente, y referentes a la posición asumida por el trabajador en los autos frente a esta cuestión, y teniendo en cuenta el salario promedio mensual que es, como ya se dijo, la suma de cuatro mil seis pesos con treinta centavos ($ 4.006.30), y que además el demandante trabajó al servicio de la demandada durante un lapso de diez y ocho (18) años y tres (3) meses, (fls. 2 a 4), el valor de la pensión especial que le corresponde, por mes, es la cantidad de dos mil setecientos cuatro pesos con cuarenta y cuatro centavos ($ 2.704.44), valor este que deberá empezar a pagársele al trabajador desde el siete (7) de octubre de mil novecientos sesenta y cinco (1965), fecha de su retiro, por tener en esta misma, cumplidos, setenta (70) años de edad según se desprende del documento que aparece en autos (fol. 22). La Empresa al hacer el pago de estas mesadas pensionales podrá realizar el descuento correspondiente de las sumas ya pagadas por el mismo concepto.

Al término de estas consideraciones interesa referir la cuestión al aspecto relacionado con el interés jurídico del actor, porque no se encontraría ninguna conformidad entre la decisión del ad-quem, favorable, prima facie a los intereses de aquel en cuanto la pensión plena es superior a la especial, y la cuestión suscitada en este punto del debate y contraria aparente a su legítimo interés. Sin embargo, no puede perderse de vista que si la pensión plena significa una liquidación mensual superior a la especial, esta última reclamada y alegada por el actor representa jurídicamente su legítimo interés, por el valor de la indemnización referida al lucro cesante, aspecto que, institucionalmente, desaparecería en el supuesto de una pensión plena que desconociera el rompimiento ilegal. Precisamente lo que tiene de lógica y congruente la demanda del actor, es que considera el aspecto de la ilegalidad de la ruptura del contrato de trabajo, para reclamar como una consecuencia de ello la pensión especial que prescribe el artículo 8º de la ley 171 de 1961, pero subordinando a la vez esta decisión a los ordenamientos del artículo 8º del decreto 2351 de 1965. Esto es que, reconocido el valor de la indemnización por lucro cesante, pide la determinación de la pensión especial concordante, cuestiones estas que la Sala ha estudiado en este cargo y en el anterior. De manera que la decisión que finalmente se asume, corresponde en verdad a la protección del interés jurídico propuesto y querido por el actor.

Resolución

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, pronunciada por el Tribunal Superior de Barranquilla, en cuanto éste absolvió a la parte demandada de la indemnización por ruptura unilateral y sin justa causa del contrato de trabajo, y en cuanto condenó al reajuste por pensión en cuantía de diez mil pesos con ochenta centavos (10.000.80) y declaró que la pensión de jubilación del actor es de tres mil cuatro pesos con setenta y dos centavos ($ 3.004.72), y en sede de instancia resuelve:

Primero

CONFIRMASE el fallo de primera instancia en cuanto a la condena que se relacio-

na con el pago de la suma de treinta y un mil ciento diez y seis pesos con setenta y cinco centavos ($ 31.116.75), por concepto de indemnización por ruptura unilateral y sin justa causa del contrato de trabajo.

Segundo

CONDENASE a la demandada "Villalba & Cía.", propietaria de la Cafetería Almendra Tropical, y a Celio Villalba en forma solidaria, a pagar al demandante Luis Carlos Torrenegra, la cantidad de dos mil setecientos cuatro pesos con cuarenta y cuatro centavos ($ 2.704.44), mensuales, por concepto de una pensión especial de jubilación, y a partir del siete (7) de octubre de mil novecientos sesenta y cinco (1965). Puede la demandada imputar, al hacer el pago de esta misma cantidad, las sumas que desde esa fecha haya pagado a Torrenegra por el concepto de pensión de jubilación.

En lo demás NO SE CASA el fallo de segundo grado.

Costas a cargo de la demandada en este recurso.

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

José Enrique Arboleda V., Miguel Angel García B., José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía O., Secretario.

INDEMNIZACION MORATORIA Y BUENA FE PATRONAL. — ART. 65 DEL CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, veinticinco (25) de mayo de mil novecientos setenta y uno (1971).

(Magistrado Ponente, Doctor Miguel Angel García B.).

(Acta número ..)

El senor **Humberto Aguirre Martínez** presentó demanda ordinaria laboral contra el **Banco Industrial Colombiano S. A., de Medellín**, con la finalidad de que esta entidad fuese condenada a pagar al demandante: "Pensión de jubilación a partir del momento en que cumpla 50 años, con base en un salario de $ 1.185.00 mensuales. Subsidiariamente la misma pensión cuando cumpla los 60 años". "Indemnización del art. 8º del Decreto 2351/65 por haber dado lugar el demandado a la terminación unilateral del contrato de trabajo (...)". "Cesantía, vacaciones, prima de antigüedad, correspondiente a sueldo y medio por quince años de servicios (Art. 19 del Laudo Arbitral). "Indemnización no solo por mora en el pago de prestaciones e indemnizaciones, sino por no haber hecho practicar dentro de los 5 días examen sanitario o médico de retiro, de que trata el artículo 57, regla 7ª del C. S. T.".

Expuso el actor como fundamento de hecho de su demanda los que se sintetizan así:

Que el actor trabajó al servicio del Banco demandado desde el 15 de mayo de 1953 hasta el 19 de diciembre de 1967, fecha en la cual tuvo justa causa para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo.

Que al momento de su retiro devengaba un sueldo mensual de $ 1.185.00.

Que desde mayo de 1967 los Directivos de la Agencia en donde trabajaba, en la sección de cuentas corrientes, se dedicaron a hacerle continuas recriminaciones y llamadas de atención diarias, sin fundamento de ninguna clase y una serie de malos tratamientos escritos y verbales, dentro del lugar del trabajo, que tenían por objeto lograr que renunciara, y que aun expresamente el Director de la Agencia le solicitó que renunciara en varias oportunidades.

Que en los 14 años que trabajó con el Banco en otras sucursales no tuvo el más mínimo problema y que solo fue de mal genio, de pésimo comportamiento en sentir del Banco cuando llevaba una antigüedad considerable.

Que al terminar por aquellos motivos su contrato mediante renuncia, el Banco no le hizo practicar examen médico.

Que el laudo arbitral de 13 de junio de 1967 estableció una prima de antigüedad de sueldo y medio por quince años de servicio y que a su retiro no le fue cubierta: ni cesantia, ni vacaciones, ni indemnización por haber terminado el contrato de trabajo unilateralmente por justa causa.

La parte demandada se opuso a lo sustancial de la acción, y en cuanto a los hechos dio las explicativas respuestas que se resumen de la siguiente manera:

Que el demandado no trabajó quince años, sino menos, por lo cual no tenía derecho a la prima de antigüedad; que no se le dio mal trato ni se le presionó para

que renunciara, sino que se le llamó la atención, lo cual es un derecho del patrón; que se le pagaron vacaciones y gozó de ellas; que se le cubrió anticipadamente el valor de la cesantía; que no quedó pendiente sino el pago de prestaciones correspondientes al último tiempo servido lo cual fue consignado por el Banco, con autorización de la Inspección de Policía por vacaciones judiciales; que el examen médico fue autorizado y que el demandante había podido acudir al ICSS en donde estuvo afiliado.

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Medellín dio término a la primera instancia por sentencia de fecha nueve de mayo de mil novecientos setenta, declarando probada la excepción de pago en cuanto a las prestaciones de cesantía y vacaciones y absolviendo a la parte demandada de los demás cargos de la demanda.

Contra ese proveído interpuso recurso de apelación la parte actora. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín por medio de sentencia de fecha treinta de julio de mil novecientos setenta confirmó la de primer grado en su totalidad.

Interpuesto en tiempo el recurso de casación, concedido éste y admitido aquí por la Sala se procede a decidir:

La demanda de casación

Fija el casacionista el alcance de su impugnación de la siguiente manera:

"Con todo respeto solicito de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, que case el fallo del ad-quem, para que en decisión de instancia subsiguiente la H. Corte revoque la sentencia de primer grado y en su lugar condene al Banco Industrial Colombiano S. A. a reconocer y pagar a Humberto Aguirre Martínez las siguientes sumas de dinero:

"$ 17.780.00 como indemnización por haber dado lugar el Banco a que Aguirre terminara unilateralmente el contrato de trabajo que lo vinculaba al Banco. Así mismo, como consecuencia de tal condenación, que el Banco sea condenado a reconocerle a Humberto Aguirre la jubilación-sanción en cuantía de $ 644.38 mensuales. Igualmente que se condene a la misma entidad a pagar la suma de $ 1.185.00 mensuales desde el 19 de diciembre de 1967 hasta cuando el Banco demandado le haga practicar al actor el examen médico de retiro y le expida la consiguiente certificación y la misma suma y desde la misma época hasta que el Banco pague las prestaciones sociales debidas al actor al momento de la desvinculación".

Alega la primera causal de casación y con fundamento en ella presenta cuatro cargos así:

"Primer cargo

"Lo refiero a la indemnización del art. 8º del Decreto 2351 de 1965 a que tiene derecho el actor, en razón de que el patrono dio lugar a la terminación unilateral del contrato de trabajo, por parte del trabajador.

"Dice el Tribunal a Fs. 114 y ss. que, correspondía al demandante justificar su renuncia y que de la prueba testimonial no se desprende la situación intolerable que aquel alegó. Que el irrespeto 'aunque grave' de suyo no tenía trascendencia.

"De la motivación del Tribunal se desprende que éste se abstuvo de apreciar los documentos auténticos de Fs. 2, 3 y 4, así como las declaraciones de Gustavo Sañudo, Henry Mejía y Arturo Agudelo de Fs. 16 a 20, en cuanto estas declaraciones infirman los cargos y reparos formulados al demandante en los aludidos documentos. Por el contrario, las declaraciones de Fs. 16 a 20 y en especial las tres ya citadas, ponen de presente la buena calidad del trabajo de Aguirre su buen comportamiento y buena presentación en el trabajo.

"Por las omisiones anotadas, el Tribunal absolvió a la entidad bancaria demandada de la indemnización pedida y consecuencialmente de la jubilación-sanción.

"Absolvió de la indemnización, no obstante estar amplia y suficientemente probado en los autos la justa causa que invocó el actor y a la cual dio lugar el patrono. Es decir, que, el Tribunal desconoció un hecho que existe en el expediente.

"Quiere ello decir que, el Tribunal incurrió en evidente error de hecho, que, lo condujo a infracción indirecta por falta de aplicación del art. 8º del Decreto 2351 de 1965, así como del art. 1º del mismo Decreto y el art. 57, numeral 5º del C. S. del T. y consecuencialmente falta de aplicación de la ley 171 de 1961, art. 8º y concordantes, decreto 1611 de 1962, art. 11".

En la demostración del cargo analiza el recurrente las documentaciones y testimonios dejados de apreciar en su concepto por el fallador de segundo grado y trae esta conclusión:

"Entonces el Tribunal al desestimar los documentos auténticos de Fs. 2, 3 y 4 y los testimonios de Sañudo, Mejía y Agudelo, de Fs. 16 y ss. en los aspectos arriba indicados, incurrió en ostensible error de hecho, que lo indujo a no dar por demostrado, estándolo, que, Humberto Aguirre tuvo justa causa para terminar unilateralmente el contrato de trabajo. Es seguro que, de haber apreciado las referidas pruebas habría condenado a la sociedad demandada a pagar la indemnización impetrada y por consecuencia la jubilación-sanción".

Se estudia

El soporte principal de la sentencia acusada estriba en el análisis pormenorizado que el Tribunal efectuó, singularmente, de los testigos Sañudo, Mejía y Agudelo, cuyo examen aparece de folios 115 a 117, y de donde dedujo que la parte demandada no tuvo responsabilidad en la renuncia del señor Humberto Aguirre, pruebas estas cuyo valor demostrativo compete, de acuerdo con los principios científicos que informan la materia al fallador de segundo grado, quien pronunció la providencia objeto del recurso en treinta de julio de mil novecientos setenta, cuando ya estaba vigente el artículo 7º de la ley 16 de 1969 que restringió el error de hecho como motivo de casación laboral, solamente a cuando provenga de falta de apreciación o apreciación errónea de un documento auténtico, de una confesión judicial o de una inspección ocular, siempre que se alegue por el recurrente sobre el punto y demuestre que se incurrió en tal error y que éste aparezca manifiesto en los autos.

Este solo acontecimiento enerva la prosperidad del cargo, mas no sobra añadir que, de los documentos citados por el casacionista como dejados de apreciar, el señalado en el folio 2, contentivo de la carta remitida por el Director del Banco Industrial Colombiano al señor Humberto Aguirre en donde le acepta la renuncia, le significa que los cargos en la renuncia formulados carecen de veracidad y echan de menos la asistencia del señor Humberto Aguirre en el día anterior, fue literalmente transcrita en el fallo del **ad-quem** al folio 113 de donde se deduce que sí la tuvo en cuenta.

No hace relación el Tribunal a los documentos comprendidos en los folios 3 y 4, ciertamente, pero el primero contiene una carta dirigida por el Director del Banco al señor Aguirre en donde le solicita explique por qué entregó el puesto al señor Sigifredro Giraldo Ospina, en el día anterior y por orden de quién, y además se le interroga por qué no se presentó a cumplir con su deber en la fecha de la carta (19 de diciembre de 1967, hora 11½ a.m.).

Y el último o sea el 4, contiene la carta dirigida por el Director bancario al señor Aguirre llamándole la atención en forma enérgica. Documentaciones que, como está advertido no fueron tomadas en cuenta por el **ad-quem,** pero de ellas tampoco puede deducirse justificación de la renuncia del demandante, como lo pretende la censura.

De otra parte, tiene trascendental importancia advertir que, cuando la acusación se dirige con fundamento en infracciones cometidas por vía indirecta a través de errores de hecho, como en el caso sub-lite, la

violación no puede atribuirse a falta de aplicación de normas, en forma inmediata, sino por indebida aplicación de las mismas, o indebida aplicación de alguna o algunas que puedan conducir a falta de aplicación de otra u otras.

Segundo cargo

Dice así el recurrente:

"Lo refiero a la indemnización por mora por parte del Banco demandado en hacerle practicar al actor el examen sanitario de retiro y en expedir certificación sobre el particular.

"Concluyó el Tribunal para absolver por este concepto que el Banco estuvo atento a cumplir la norma legal pertinente. Que hubo equivocación en el Banco, mas no mala fe.

"Por lo visto el Tribunal no apreció en su integridad el documento auténtico de Fs. 110 o lo apreció equivocadamente y se abstuvo de apreciar la inspección ocular de Fs. 98, incurriendo así en error de hecho que lo condujo a infracción indirecta de los arts. 57 numeral 7º y 65 del C. S. T. y art. 595 del C. J.".

Examina el recurrente el documento del folio 110, de donde concluye, según él, que el Banco no cumplió con la obligación de hacer examinar médicamente al señor Humberto Aguirre y de expedirle el certificado correspondiente de salud.

Y en otro aparte de las sustentaciones del cargo dice:

"El Tribunal incurrió por ello, en error de hecho al no apreciar en su integridad el documento de Fs. 110 o al apreciarlo equivocadamente y al abstenerse de apreciar la inspección ocular de Fs. 98, así como lo dicho por el propio gerente de la sucursal bancaria señor Jorge Hernán Echavarría en cuanto éste confiesa textualmente: 'Aguirre me solicitó en tiempo oportuno la orden para ir al médico para efecto de su retiro (...)'.

"En igual omisión incurrió el mismo fallador con respecto a la declaración de Gustavo Sañudo (...)"

Y remata sus argumentaciones así:

"Al incurrir el Tribunal en ostensible error de hecho dio por demostrado, sin estarlo, que las omisiones en que incurrió el Banco no son sancionables. Tal error de hecho condujo al Tribunal a que se violaran en forma indirecta por falta de aplicación al caso de autos de los arts. 57 numeral 5º, 65 inciso 3º del C. S. del T., así como del art. 595 del C. J.".

Se estudia

Esta Sala de la Corte ha señalado reiteradamente que, "las limitaciones que circunscriben la potestad de la Sala de Casación, imponen obviamente cierto rigor formal en la presentación de los cargos que se formulen a la resolución impugnada, pues el recurso —se repite— no es una nueva instancia en la cual puedan hacerse valer toda clase de argumentos de estimación probatoria. Su índole obliga a quien lo sustenta a formular los cargos con toda claridad y precisión que sirvan a la Sala de seguro derrotero para desatar el recurso, sin necesidad de acudir ex-oficio 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".

En el caso de estudio y en este cargo, el casacionista incurre nuevamente en la misma falla técnica anotada en el cargo anterior al enfocar la censura por la vía indirecta a través de supuestos errores de hecho para señalar la violación de la ley por falta de aplicación de determinadas disposiciones sustanciales y no por indebida aplicación de las mismas que es lo indicado para casos similares.

De otro lado, presenta el error que atribuye al ad-quem, por falta de apreciación del documento que aparece al folio 110, lo

que indica inadvertencia, carencia absoluta de examen de tal documentación, para seguidamente sustentar el cargo en equivocada apreciación por parte del fallador del mismo documento, conceptos estos contradictorios, puesto que si la prueba no fue tenida en cuenta, tampoco pudo ser apreciada, aunque fuera de manera equivocada y si la apreció erradamente fue porque se la tuvo en cuenta, dualidad ésta antitética que no cabe dentro del mismo cargo.

El cargo es pues también inaceptable.

Tercer cargo

Se expresa el casacionista de la siguiente manera:

"Lo refiero a la indemnización por mora en consignar o pagar directamente las prestaciones sociales debidas al demandante al momento de terminar el contrato de trabajo.

"Para resolver por este concepto dijo el Tribunal lo siguiente: '(...) La empresa depositó oportunamente lo que debía (...)' (Fs. 119).

"Quiere ello decir, que, el Tribunal dio por establecido un hecho que no ocurrió. De donde incurrió en error de hecho que lo condujo a la infracción indirecta por falta de aplicación del inciso 1º e inciso 2º del art. 65 del C. S. del T.

"Demostración

"Aunque el Tribunal no motiva su conclusión en el sentido de que la empresa depositó oportunamente lo que debía, parece que se fundamentó en los documentos de Fs. 93 y 94, de los cuales en forma alguna se deduce el hecho que dio por cumplido el Tribunal.

"De tal manera que de la orden para consignar que obra a Fs. 94 y la consignación en sí hay una gran diferencia, hay mucha distancia.

"Se puede pues con meridiana claridad afirmar que, dentro de los autos no hay constancia por parte alguna en el sentido de que el Banco demandado a la terminación del contrato de trabajo hubiera cancelado las prestaciones sociales pendientes, puesto que, no hay constancia de pago directo, ni constancia de pago por consignación".

Se estudia el cargo

El planteamiento del cargo como está advertido, señala que el Tribunal "incurrió en error de hecho que lo condujo a infracción indirecta por falta de aplicación del inciso 1º e inciso 2º del art. 65 del C. S. T." Desde luego a través de la equivocada apreciación de la prueba en lo relacionado con la consignación de las prestaciones que corresponden al trabajador en el momento de la terminación del contrato de trabajo.

Debe entenderse este cargo en el sentido de que, aquella equivocada apreciación de pruebas que se le imputa, llevó al Tribunal a aplicar indebidamente el inciso segundo del artículo 65 del C. S. T., y como conclusión lógica a no aplicar el inciso primero del mismo artículo, relacionado con la indemnización moratoria.

En efecto, sobre este aspecto del pago de las prestaciones al trabajador dice así el Tribunal:

"En cuanto a cesantía y vacaciones, que también son objeto de reclamación, aunque en la última audiencia, pareció que el apelante no insistía en esos extremos de la demanda, cabe decir que está acreditado que el señor Aguirre recibió múltiples pagos parciales de cesantía, debidamente autorizados y que el saldo a su favor en la liquidación final fue consignado pocos días después de su renuncia, ante una Inspección de Policía, por vacancia judicial, junto con las vacaciones proporcionales del último lapso menor de un año servido, pues las demás fueron concedidas en tiempo oportunamente".

Ciertamente: el folio 93 contiene copia de la nota dirigida por el Banco Industrial Colombiano al señor Inspector 8º Municipal de Policía de Medellín por medio de la

cual solicitó autorización para consignar en el Banco Popular la cantidad de $ 2.450.98, por concepto de prestaciones debidas al señor Aguirre; el folio 94 copia del oficio número 1362 de 26 de diciembre de 1967 dirigido por el Inspector 8º Municipal de Policía de Medellín al señor Gerente del Banco Popular autorizando la consignación de los $ 2.450.98 por parte del Banco Industrial Colombiano como prestaciones para el señor Aguirre y por motivo de estar cerrados los Juzgados por vacaciones judiciales.

No aparece en el expediente constancia alguna de la fecha del recibo de tal consignación, ni por parte de la Inspección 8ª Municipal de Medellín ni por parte del juzgado del conocimiento. Solamente en el auto de fecha 12 de febrero de 1969 f. 95 v. se hace alusión al título del depósito efectuado el 26 de diciembre de 1967.

Tal providencia dice textualmente:

"Se accede a lo solicitado en el anterior memorial, en consecuencia, hágase entrega al doctor Pompilio Jaramillo, apoderado del demandante Humberto Aguirre, quien tiene poder para recibir, de la consignación que hizo por conducto de la Inspección Octava Municipal, el señor Jorge Hernán Echavarría H. por valor de $ 2.450.98, según título número 874264 de diciembre 26/67".

Y seguidamente en el mismo folio aparece la constancia de que el doctor Pompilio Jaramillo recibió el oficio 130 para el señor Inspector Octavo Municipal de Medellín, firmada el 12 de febrero de 1969.

En consecuencia, no hay ciertamente prueba, que ha debido presentar la parte demandada, de la fecha en que ese dinero o comprobante de depósito fue llevado al juzgado del conocimiento o estuvo a la disponibilidad del trabajador; aún más, ni siquiera se sabe cuándo fue llevado el título respectivo de depósito a la Inspección Octava Municipal de Policía.

En estas objetivas condiciones, es evidente el error de hecho en la apreciación de la prueba como pago en que incurrió el Tribunal, quien por consecuencia de tal estimación aplicó indebidamente el inciso 2º del artículo 65 del C. S. T. y dejó de aplicar como corolario el inciso 1º del mismo artículo, en punto a la indemnización moratoria.

Por este aspecto el cargo progresa y será casada parcialmente la sentencia materia del recurso.

Cuarto cargo

Este cargo presentado por vía directa, persigue los mismos fines del cargo anterior, y por ello queda relevada la Corte de entrar en el estudio de su planteamiento.

Consideraciones de instancia

Aparte de las observaciones efectuadas en el paso anterior de esta misma providencia cabe anotar que, el Banco demandado en la contestación de la demanda (f. 12) ofreció presentar la prueba del pago de las prestaciones debidas al señor Humberto Aguirre, como consignación ante el Inspector 8º Municipal de Policía, empero como está anotado antes, en parte alguna aparece esa presentación del título, que pusiera los dineros en él representados a disposición inmediata del actor del juicio.

Esa negligencia de la parte demandada la hace responsable del retardo y desvirtúa el concepto de buena fe en el pago de las prestaciones debidas al demandante, el cual siempre ha de ser en el lugar y tiempo debidos. Es decir, a la terminación del contrato y personalmente al trabajador o en la forma de consignación, si éste no recibe, pero siempre que esta consignación produzca el efecto de estar a disposición del beneficiario, para que tenga efecto liberatorio. Así lo ha explicado la Corte en reiterada jurisprudencia.

La sanción moratoria comprende desde el 19 de diciembre de 1967, fecha de la terminación del contrato de trabajo, hasta el 12 de febrero de 1969, pues el apoderado del demandante con poder para recibir, pidió la entrega del dinero la que le fue ordenada el 12 del mismo mes y éste recibió el ofi-

cio pertinente el mismo día, según recibo del folio 95 v., siendo por tanto este último día el del pago de tales prestaciones.

La indemnización por mora sobre un salario de $ 1.185, pesos mensuales corresponde a $ 39.50 por cada día de retardo, o sea la cantidad de: diez y seis mil quinientos cincuenta pesos con cincuenta centavos ($ 16.550.50) sobre cuatrocientos diez y nueve (419) días.

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, CASA PARCIALMENTE la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en este juicio, y en sede de instancia: REVOCA, el fallo de primer grado de fecha nueve de mayo de mil novecientos setenta, únicamente en cuanto absolvió a la parte demandada por indemnización moratoria, según lo expuesto en la parte motiva, y en su lugar RESUELVE: condénase al Banco Industrial Colombiano S. A., de Medellín, a pagar al demandante la cantidad de diez y seis mil quinientos cincuenta pesos con cincuenta centavos ($ 16.550.50) por el concepto arriba expresado.

No se casa en lo demás.

Con costas de primera y segunda instancia a favor de la parte demandante, en un 50%.

Sin costas en el recurso.

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

José Enrique Arboleda V., Miguel Angel García B., José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía O., Secretario.

LA CONVENCION COLECTIVA EN EL RECURSO DE CASACION

La Convención Colectiva de trabajo no es una declaración de voluntad soberana, ni la Constitución Nacional previene que sea manifestada en forma especial. Por otra parte no tiene carácter general. Es un contrato que obliga a las dos partes, al sindicato o sindicatos o los trabajadores y al patrono o patronos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., mayo veintisiete (27) de mil novecientos setenta y uno (1971).

(Magistrado Ponente: Doctor Jorge Gaviria Salazar).

(Acta número 27).

Ante el Juzgado 2º Municipal del Trabajo de Barranquilla, Pedro A. Castro Ramos, asistido de apoderado, demandó a la Empresa "Puertos de Colombia - Puerto Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla", para que mediante el procedimiento de un juicio laboral de mayor cuantía fuera condenada la Entidad a reintegrarlo y a pagarle los salarios correspondientes al lapso comprendido entre el 19 de marzo de 1962 y el 13 de mayo de 1969 (fecha de presentación del libelo), o la pensión vitalicia de jubilación plena a que tiene derecho por haber servido como "Herrero" más de quince años y, subsidiariamente, a pagarle pension de invalidez o pensión de jubilación proporcional por retiro sin justa causa.

El apoderado del actor relató como hechos los que se sintetizan a continuación:

1º Que Castro Ramos trabajó en las obras de Bocas de Ceniza, Empresa Puertos de Colombia, 13 años, 11 meses y 18 días, y en las "obras Hidráulicas - Distrito Obras Públicas Nacionales", 1 año y 11 meses, lo que da un total laborado de "15 años, 10 meses, 18 días servidos como herrero".

2º Que según consta en la Resolución número 137 de 9 de mayo de 1962 de las Obras de Bocas de Ceniza, Castro Ramos sufrió un accidente que no fue de trabajo que lo incapacitó para procurarse una remuneración mayor de 1/3 de la suma que devengaba, por lo cual se ordenó pagarle por invalidez permanente parcial la suma de $ 6.060.00. Esta Resolución fue aprobada por el Director de la División de Administración de la Empresa "Puertos de Colombia".

3º Que en el oficio DRI-35770 de 21 de noviembre de 1967, firmado por el ingeniero Jesús M. Alvarez, Jefe del Departamento de Relaciones Industriales, consta que el actor "fue retirado de acuerdo con lo establecido en el artículo 63, ordinal a) numeral 5º del Código S. del Trabajo (enfermedad)" pero que previamente no se oyó al trabajador ni a los dos representantes del Sindicato a que pertenecía, tal como lo disponen el artículo 115 ibídem, y la Convención Colectiva que regía cuando se produjo el despido.

4º Que el artículo 34 de la Convención vigente el día del retiro de Castro, ordena reintegrar al trabajador a las labores que venía desempeñando, pero que si quedare disminuída su capacidad laboral en un determinado porcentaje, la Administración del respectivo Terminal le buscará el oficio

que el asalariado pueda desempeñar, pero al tenor de la Resolución número 137 citada, en que consta la disminución de 2/3 de la capacidad laboral de su poderdante, le debe ser reconocida y pagada su pensión de invalidez, por cuanto no puede ya laborar.

5º Que en cuanto a la pensión como Herrero, con 15 años de servicios, el artículo 86 de la Convención de 1946 (ordinal 7º), dispone que se concederá de acuerdo con el Decreto 1850 de 1942, ley 49 de 1943, etc., quedando a salvo los derechos de los trabajadores referentes a reclamos, según el artículo 86 de la Convención de 1º de marzo de 1961.

6º Que como el retiro de Castro Ramos se produjo sin el lleno de los requisitos establecidos por el artículo 115 C. S. T. y el 44 de la Convención de enero 1º de 1961, obvio es concluir que fue despedido sin justa causa y por tanto tiene derecho al reconocimiento y pago de pensión proporcional con 15 años de servicio y 50 de edad.

7º Que teniendo en cuenta que la Empresa no dio cumplimiento a la citada convención en su artículo 34, le debe los salarios desde el día de su retiro y debe reintegrarlo a sus labores.

8º Que las pruebas que acompaña provienen todas de la Empresa demandada, luego hacen plena prueba.

El libelo fue contestado oportunamente y en la respuesta se negaron los hechos 3º, 4º, 6º y 7º. En relación con el primero se aceptó únicamente que el actor trabajó en Bocas de Ceniza durante 13 años, 11 meses y 8 días. Sobre el segundo, y el octavo, se dijo que podían ser ciertos. Finalmente, respecto al 5º se observó que "nada dice respecto al meollo del pleito, pues no se han probado servicios durante 15 años.

Durante la tramitación de esta instancia, el apoderado del demandante agregó a los autos copias de las sentencias de primero y segundo grado, de fechas 8 de abril de 1967 y 23 de mayo siguiente, proferidas en otro juicio seguido por Castro Ramos contra la misma Empresa que hoy demanda, y según las cuales esta fue absuelta de la súplica por pensión de jubilación "común o especial".

El Juzgado del conocimiento profirió sentencia en este juicio el 9 de mayo de 1970, mediante la cual declaró probada la excepción de cosa juzgada respecto a la petición de jubilación plena o proporcional (numeral 1º), absolvió a la demandada de todos los cargos de la demanda instaurada por Pedro Castro Ramos contra Puertos de Colombia - Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla (numeral 2º) y no hizo condena en costas (numeral 3º).

El Tribunal Superior de Barranquilla que revisó la sentencia por apelación que interpuso contra ella el apoderado del demandante, la confirmó en fallo de 13 de agosto de 1970.

El recurso

Contra la decisión del Tribunal interpuso recurso extraordinario de casación el procurador judicial del actor, que fue concedido por el ad-quem y admitido por la Corte.

En tiempo se sustentó el recurso y no se presentó escrito de oposición.

Aspira el recurrente, según el petitum de la demanda que denomina "alcance de la imputación", a que la Corte por medio de su Sala Laboral "infirme las sentencias de primera instancia del Juzgado 2º Laboral de fecha abril 8/67 y mayo 9/70, las sentencias de mayo 23/67 y agosto 13/70 del Honorable Tribunal Superior Sala Laboral de este Distrito Judicial", y en su lugar se ordene a favor de Pedro A. Castro Ramos, "pensión especial de jubilación por haber servido como 'herrero', subsidiariamente pensión de jubilación proporcional por retiro sin justa causa por ser mayor de sesenta años de edad; o bien pensión de invalidez como lo establece el artículo 17, inciso C de la Ley 6ª de 1945, o que de conformidad

con lo ordenado en el artículo 34 de la Convención (folios 29-48), y artículo 15, 1º y 2º del Decreto 2351 de 1965 pago de los salarios por el tiempo de mayo 19/62 que fue retirado al día que se le dé trabajo —artículo 64, 140 C. S. del Trabajo de mi poderdante (sic)".

Con esta finalidad formula un cargo, en el cual acusa "las sentencias recurridas por ser violatorias de la Ley sustantiva, por infracción directa de la Convención Colectiva de Trabajo de 1961 (folios 38-69) artículos 27 (h) 34, 44, 74, 81, 82 y concordantes; C. S. del Trabajo artículos: 1, 10, 13, 14, 16, 18, 19, 21, 55, 63, 64, 140, 273, 416, 467, 470, 471; Decreto 1600 de 1945, artículo 12; Ley 6ª de 1945, artículos 17 (c) 29, 36, 49. Artículos 57 del C. P. y Municipal; C. P. del Trabajo, artículos 50, 54, 32, 37, 83; Constitución Nacional artículos 10, 16, 20; Ley 171 de 1961; artículo 8; Decreto 2921 de 1948 artículo 7; artículos 10 y 16 del Decreto 2351 de 1965; Ley 49/43, artículo 6; Decreto 2340/46, artículo 8; Ley 64/46, artículo 13, artículo 5 Ley 91 de 1941, artículo 86 de la Convención de 1946 (folio 14)".

A continuación en un acápite denominado "Pruebas no apreciadas", dice el recurrente: "No se dio valor probatorio a lo expresado por la misma Empresa en su resolución número 137 de mayo 9/62 (folio 11), en la cual muy claramente se expresa que mi poderdante fue retirado por las causales que fija el artículo 63 del C. S. del Trabajo, ordinal a) numeral 5º pero a la vez viola, el mismo precepto legal invocado, pues no dio a mi poderdante el preaviso, ni cumplió con las obligaciones e indemnizaciones convencionales; artículo 5 Ley 91/41; artículo 86 de la Convención de 1946 (folio 14), al certificado del Sindicato (folio 15); a la copia de la partida de bautismo de mi poderdante (folio 18); Convención Colectiva de Trabajo de 1961 (folios 29-48); a las mismas sentencias de fecha abril 8/67 (folio 63 al 70) del Juzgado Segundo Laboral, y del Honorable Tribunal Superior Sala Laboral de este Distrito Judicial de mayo 23/67 (folios 71 al 74), pues en dichas sentencias mi poderdante acreditó; 15 años, 11 meses y 18 días trabajados como herrero; en las sentencias posteriores se afirma otra cosa; artículos 10, 16 del Decreto 2351 de 1965; artículos 1, 10, 13, 14, 16, 18, 19, 21, 55, 63, 64, 140, 271, 273, y concordantes del C. S. del Trabajo. La nueva demanda fue inscrita con fecha mayo 14/69 y radicada cuando aún no se habían vencido los dos (2) años de que habla el artículo 542, 543, del C. Judicial que es aplicable a los juicios laborales por mandato del artículo 145 del C. P. del Trabajo".

Hace en seguida algunos breves comentarios sobre el proceder de algunos falladores y a título de información acompaña copia autenticada de la sentencia de 30 de abril de 1970, dictada por el mismo Tribunal en el juicio que adelantó Nicolás de la Rosa de la Hoz contra Puertos de Colombia - Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla.

La Corte considera

1. En materia laboral admiten el recurso de casación las sentencias pronunciadas en segunda instancia en los juicios ordinarios por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial (artículo 59, Decreto E. 528 de 1964).

2. Esta regla general solo sufre una excepción, y es en el caso del recurso per saltum, que se interpone cumpliendo determinados requisitos contra la de primera instancia. En este caso, las partes, de común acuerdo, prescinden precisamente de que el Tribunal Superior del Distrito Judicial, conozca del juicio por apelación de la sentencia de primer grado, para que la Corte, Sala Laboral, en sede de casación y dentro de las normas que regulan el recurso extraordinario, compare la sentencia con la ley y decida si esta se ha violado o no.

3. El recurso extraordinario de casación solo puede interponerse en general contra el fallo de segundo grado que ha decidido la apelación o la consulta del primero, el cual a su vez ha resuelto las peticiones de la demanda con que se inició el juicio. Por tanto no pueden acusarse simultáneamente aquella sentencia y la proferida en distinto litigio, aún en el caso de haberse adelantado éste entre las mismas partes.

4. Ley "es una declaración de voluntad soberana manifestada en la forma prevenida en la Constitución Nacional. El carácter general de la ley es mandar, prohibir, permitir, o castigar" (artículo 4º C. C.).

La Convención Colectiva de Trabajo no es una declaración de voluntad soberana, ni la Constitución Nacional previene que sea manifestada en forma especial. Por otra parte no tiene carácter general. Es un contrato que obliga a las dos partes, el Sindicato o Sindicatos o los trabajadores y el patrono o patronos.

5. La infracción directa de la ley sustancial ocurre cuando el texto de la norma es absolutamente claro y a pesar de ello la sentencia contiene disposiciones en abierta pugna con ella por cualquiera de las siguientes razones: a) porque no la aplicó, debiendo hacerlo; b) porque la aplicó en forma incompleta; c) porque negó un derecho consagrado por la norma, o d) porque la aplicó a un hecho inexistente. La violación en estos casos es independiente de toda cuestión probatoria; no puede provenir de errores de hechos.

6. Al examinar el ataque encuentra la Sala que en él, contrariando claros preceptos procesales, se pretende la casación no solo de las sentencias de primera y segunda instancia que se dictaron en este juicio, sino también de las dictadas en otro y además se confunde la noción de ley sustancial con la de convención colectiva.

7. De otra parte el cargo carece de demostración, y acusándose el fallo del Tribunal de Barranquilla, por infracción directa de la ley, se hace descansar en la falta de apreciación de las pruebas que enuncia el casacionista, lo cual hace contradictorio el concepto de violación así planteado y la acusación contraria a la técnica del recurso que por lógica elemental excluye del quebrantamiento por vía directa la valoración de las situaciones fácticas.

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 13 de agosto de 1970, pronunciada por el Tribunal Superior de Barranquilla en el juicio de Pedro A. Castro Ramos contra Puertos de Colombia, Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla.

Sin costas en el recurso.

Cópiese, publíquese, 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 Y CONCILIACION

Artículos 2469 del C. C. y 20 y 78 del C. P. del T.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., mayo treinta y uno de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina).

(Acta número 27).

Con la presente sentencia se resuelve el recurso de casación interpuesto por el apoderado de la Compañía de Hilados y Tejidos Monserrate S. A., en liquidación, contra el fallo de nueve (9) de septiembre de mil novecientos setenta (1970), proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, en el juicio seguido por Carmen Solórzano D., contra la recurrente.

Antecedentes

El apoderado de la demandante solicitó que se hicieran las siguientes declaraciones y condenaciones:

"Primera. Que la sociedad demandada debe pagar a mi mandante Carmen Solórzano D., la pensión de jubilación a que tiene derecho, de conformidad con la ley:

"Segunda. Que es nula y sin valor ni efecto cualquier transacción que se pretenda alegar, para desconocer el pago de la pensión, de conformidad con los arts. 15 y 14 del C. S. del T.;

"Tercera. Que el trabajador no ha perdido el derecho a los aumentos decretados por las leyes a la pensión inicial los cuales deben serle reconocidos y pagados.

"Cuarta. Que los herèderos del trabajador no han perdido (sic) los derechos consagrados a su favor por las leyes sobre pensiones de jubilación.

"Quinta. Que la sociedad demandada debe ser condenada al pago de las agencias en derecho y costas de la presente acción, si se opone".

Como fundamento de las peticiones, el actor expuso los siguientes hechos:

"1º Carmen Solórzano D. prestó sus servicios como trabajadora a la sociedad demandada, Compañía de Hilados y Tejidos Monserrate S. A., hoy en liquidación.

"2º Trabajó durante 16 años, dos meses y 1 día.

"3º Tenía derecho a una pensión inicial de $ 181.80.

"4º La sociedad demandada reconoció el derecho a la pensión de mi mandante.

"5º La sociedad demandada, posteriormente al causarse el derecho, ofreció transacción sobre la pensión, sobre los derechos de los herederos y la asistencia médica de los Seguros Sociales que corresponden por ley a los pensionados.

"6º La pretendida transacción es nula, porque se trata de derechos ciertos, indiscutibles e irrenunciables.

"7º La pretendida transacción es nula porque desconoce derechos de terceros, ciertos, determinados e indiscutibles.

"8º El trabajador tiene derecho a los aumentos decretados por las leyes desde la fecha en que se le reconoció la pensión.

"9º La pensión debe reajustarse de conformidad con los aumentos que corresponden al trabajador".

El liquidador de la sociedad demandada dijo que no le constaban los hechos primero a cuarto del libelo, negó los señalados como quinto, sexto y séptimo, y manifestó atenerse a lo que se pruebe en el juicio en relación con los indicados como octavo y noveno. El mismo representante de la sociedad en liquidación, afirmó que a propuesta de la demandante se llegó a un acuerdo ante el Inspector Departamental de Asuntos Colectivos de Cundinamarca, el dos (2) de junio de mil novecientos sesenta y cuatro (1964), mediante el cual Carmen Solórzano D., recibió de la empresa la cantidad de veinte mil quinientos pesos ($ 20.500.00) a cambio de no percibir pensión de jubilación, y agregó el apoderado de la demandada que no existía nulidad de lo acordado porque eran inciertos los derechos de la reclamante y de sus presuntos herederos.

En la contestación de la demanda fueron propuestas las excepciones de transacción, prescripción de la acción y la genérica.

En demanda de reconvención se solicitó lo siguiente:

"1ª Que la señora Carmen Solórzano D. debe restituir a la "Compañía de Hilados y Tejidos Monserrate S. A. en liquidación", dentro del término que usted le señale, la suma de veinte mil quinientos pesos ($ 20.500.00) moneda corriente, que aquella recibió de ésta el día dos (2) de junio de mil novecientos sesenta y cuatro (1964), en razón de la transacción verificada entre las dos partes en cuanto a la pensión de jubilación exigida por la señora Carmen Solórzano D., a la Empresa dicha;

"2ª Que Carmen Solórzano D. debe pagar, dentro del término que usted le señale, a la "Compañía de Hilados y Tejidos Monserrate S. A., en liquidación", los intereses legales de la expresada suma de dinero, a partir del día dos (2) de junio de mil novecientos sesenta y cuatro (1964) fecha de su recibo por parte de la señora Carmen Solórzano D.;

"3ª Que la señora Carmen Solórzano D. deberá restituir a la "Compañía de Hilados y Tejidos Monserrate S. A., en liquidación", dentro del término que usted le señale, la suma de dos mil ciento un pesos con quince centavos ($ 2.101.15) m.c., que dicha señora Carmen Solórzano D. había recibido de la Empresa mencionada, por razón de anticipo de su cesantía parcial liquidada provisionalmente; suma esta de dinero de la cual la "Compañía de Hilados y Tejidos Monserrate S. A., en liquidación", la había exonerado, tomado esto como una de las bases de la transacción verificada el día dos (2) de junio de mil novecientos sesenta y cuatro (1964) ante el Inspector Departamental de Asuntos Colectivos de Cundinamarca";

El demandante en reconvención presentó los siguientes hechos:

"1º Según consta en el Acta de Transacción verificada el día dos (2) de junio de mil novecientos sesenta y cuatro (1964), ante el Inspector Departamental de Asuntos Colectivos de Cundinamarca, la señora Carmen Solórzano D. recibió de la "Compañía de Hilados y Tejidos Monserrate S. A., en liquidación", la suma de veinte mil quinientos pesos ($ 20.500.00) m. c., como resultado del acuerdo a que llegaron dichas partes en cuanto al posible derecho de pensión de jubilación a cargo de la Compañía y en beneficio de su ex-trabajadora Carmen Solórzano D.

"2º En desarrollo de esta misma Acta de Transacción, la "Compañía de Hilados y Tejidos Monserrate S. A., en liquidación", exoneró o liberó a su ex-trabajadora Carmen Solórzano D. de la obligación de restituírle la suma de dos mil ciento un pesos con quince centavos ($ 2.101.15) que le había pagado a ésta como anticipo de su cesantía parcial liquidada provisionalmente, reintegro o restitución a que estaba obligada la

señora Carmen Solórzano D. en favor de la "Compañía de Hilados y Tejidos Monserrate S. A., en liquidación", mediante amortizaciones graduales sucesivas desde la fecha en que empezase a recibir su pensión mensual de jubilación de dicha Empresa.

"3º No obstante el arreglo verificado con la señora Carmen Solórzano D. y el cual tuvo por fin principal ayudar a ésta a satisfacer necesidades económicas urgentes y de carácter inmediato, puesto que con dicha transacción la Empresa no recibía un beneficio positivo indudable, Carmen Solórzano D. ha presentado ante ese mismo Juzgado demanda para que se declare nula la transacción efectuada con la "Compañía de Hilados y Tejidos Monserrate S. A., en liquidación", el día dos (2) de junio de mil novecientos sesenta y cuatro (1964), ante el Inspector Departamental de Asuntos Colectivos de Cundinamarca y para que en su lugar se condene a esta Empresa a pagarle pensión de jubilación en cuantía inicial de ciento ochenta y un pesos con ochenta centavos ($ 181.80), con los aumentos decretados por leyes posteriores; como también para que se declare en la misma sentencia que los herederos de la señora Carmen Solórzano D. no han perdido los derechos consagrados a favor de ellos por las leyes sobre pensión de jubilación;

"4º En caso de que las peticiones formuladas por la señora Carmen Solórzano D. en su demanda contra "Compañía de Hilados y Tejidos Monserrate S. A., en liquidación", llegaren a ser aceptadas en su totalidad o por lo menos en parte, no habría razón alguna para que las súplicas hechas en la presente DEMANDA DE RECONVENCION no sean despachadas también favorablemente para dicha Compañía, pues lo contrario equivaldría a consagrar en beneficio de Carmen Solórzano D. un enriquecimiento indebido e injusto, con perjuicio evidente para la expresada Compañía".

La demanda de reconvención no fue contestada por parte legítima.

El Juez Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia de seis (6) de marzo de mil novecientos setenta (1970), declaró la excepción de cosa juzgada respecto a todas las súplicas de la demanda presentada por el apoderado de Carmen Solórzano D., y absolvió a ésta de las peticiones del libelo de reconvención. Condenó en costas a ambos demandantes.

El fallo de primer grado se apoya en la existencia y validez de la conciliación contenida en el documento que aparece al folio 18 del primer cuaderno. Como las partes no apelaron de la sentencia, el fallo llegó al Tribunal Superior por consulta.

El ad-quem en sentencia de fecha ya indicada, revocó la providencia de primer grado, declaró la nulidad del acta de folio 18, condenó a la entidad demandada a pagar a Carmen Solórzano pensión mensual vitalicia de jubilación, a razón de ciento ochenta y un pesos con ochenta centavos ($ 181.80), a partir de julio de mil novecientos sesenta y cuatro; consagró para la demandante principal y para sus herederos el derecho a gozar de todos los aumentos y prerrogativas que las leyes otorgan a los pensionados; declaró no probadas las excepciones propuestas, condenó a Carmen Solórzano a devolver a Compañía de Hilados y Tejidos Monserrate S. A., en liquidación, veinte mil quinientos pesos ($ 20.500.00) y a pagar los intereses legales sobre dicha cantidad, desde el dos (2) de junio de mil novecientos sesenta y cuatro (1964) hasta cuando se verifique el pago; ordenó descontar de la pensión el cinco por ciento (5%) en pago de la cesantía parcial recibida, descuento que operaría hasta el cuatro (4) de septiembre de mil novecientos sesenta y cinco (1965); y absolvió a ambas partes de las costas de las instancias.

La sentencia de segundo grado se apoya en la consideración de que el acuerdo relatado en el documento del folio 18, fue una transacción y no una conciliación, de lo cual derivó razones para considerar que no era lícita en el caso estudiado la transacción y para apoyar los demás pronunciamientos del fallo. Oportunamente interpuso recurso de casación el apoderado de la Compañía de Hilados y Tejidos Monserrate S. A., en liquidación.

El recurso

Pretende el casacionista mediante cargo único, que se infirme la sentencia de segunda instancia y que consecuencialmente se confirme la de primer grado.

El cargo

Con apoyo en los artículos 60 del decreto 528 de 1964 y 7º de la ley 16 de 1969, acusa el impugnador la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, por violación indirecta, por aplicación indebida del artículo 8º de la ley 171 de 1961, como consecuencia del error en que incurrió el sentenciador al apreciar el documento auténtico que obra al folio 18 del cuaderno principal, con infracción medio por interpretación errónea de los artículos 20 y 78 del Código de Procedimiento del Trabajo y 13, 14 y 15 del Código Sustantivo del Trabajo.

En la demostración del cargo, el casacionista afirma que el documento del folio 18 da cuenta de un acuerdo o convenio entre las partes, que incidentalmente fue llamado fórmula de transacción; alega que según los artículos 20 y 78 del Código Procesal del Trabajo, la conciliación es esencialmente un acuerdo amigable al que el Inspector o el Juez invitan, presencian y vigilan, del cual se deja cuando es prejudicial, constancia en un acta y dicho convenio produce los efectos de cosa juzgada; advierte que el error del ad-quem consistió en afirmar que un convenio o acuerdo amigable que consta en documento auténtico no puede calificarse como conciliación, sino que es una transacción, desconociendo la clara definición legal.

El impugnador asevera que las premisas erróneas llevaron al ad-quem a declarar impropiamente la nulidad del acta, como a negar la existencia de la conciliación por no haberse celebrado en audiencia pública, cuando en sentir del recurrente en casación, el acta da cuenta de esa audiencia.

Continúa el impugnador indicando la incidencia del error de apreciación de la prueba, en cuanto a los requisitos relativos a la transacción; y termina afirmando que el Tribunal olvidó los artículos 537, 538 y 540 del Código de Comercio que impone deberes a los liquidadores que los obligan a celebrar convenios o acuerdos para poder llegar a la liquidación de la sociedad.

La oposición

El apoderado de Carmen Solórzano D. alega que la demanda de casación no señala si la violación fue directa o indirecta, ni si la aplicación indebida ocurrió por falta de aplicación o por error de hecho o de derecho, concluyendo el opositor respecto al fondo, que no hubo violación alguna de la ley.

Alega el opositor que se reconoció en el juicio el trabajo de Carmen Solórzano y la pensión de jubilación a que tiene derecho, que no podía efectuarse transacción, que los derechos de los trabajadores son irrenunciables, que la pensión de jubilación de su poderdante era un derecho indiscutible, que se negociaron derechos de terceros, que nacen con la jubilación y no son espectativas como los derechos herenciales, de lo cual concluye que la transacción y el acta que la contiene son nulas.

Se observa

La demanda no contiene los defectos de técnica que le atribuye el opositor, pues claramente dice que la violación fue indirecta, que ocurrió por aplicación indebida, que hubo error en la apreciación de una prueba, y determina el error y señala la prueba mal apreciada. No es pues desestimable la demanda de casación.

Se considera

El artículo 2469 del Código Civil dice:

"La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual.

"No es transacción el acto que solo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa".

Según los artículos 20 y 78 del Código Procesal del Trabajo, la conciliación es un acuerdo amigable celebrado entre las partes, con intervención de funcionario competente quien la dirige, impulsa, controla y aprueba, que pone fin de manera total o parcial a una diferencia, y tiene fuerza de cosa juzgada.

El documento del folio 18 del cuaderno principal no da cuenta de un simple contrato celebrado entre las partes, sino que establece el acuerdo amigable a que llegaron las mismas sobre una pensión de jubilación, sobre su valor, y sobre todas las consecuencias que de ella pudieran derivarse, acuerdo que se logró delante de funcionario competente, quien se enteró de la diferencia entre las partes, de los derechos que a ellas correspondían, que vigiló la operación y la aprobó declarando que ella producía los efectos de cosa juzgada.

Aunque en el documento citado se hable varias veces de transacción, lo que claramente ocurrió fue una conciliación ante Inspector del Trabajo en audiencia de que da cuenta el mismo documento mencionado. Esto hace ver que el sentenciador de segundo grado incurrió en evidente error de hecho en la estimación del documento auténtico ya citado. Ese error de hecho hizo que el sentenciador desatendiera el efecto de cosa juzgada consagrado en el artículo 78 del Código Procesal del Trabajo, y aplicara indebidamente el artículo 8º de la ley 171 de 1961, para condenar al pago de la jubilación conciliada.

Por tales razones, debe casarse la sentencia de segunda instancia pronunciada en el juicio.

Consideraciones de instancia

Carmen Solórzano D. pidió, por medio de apoderado pensión mensual vitalicia de jubilación, por haber trabajado diez y seis años, seis meses y un día al servicio de la Compañía de Hilados y Tejidos Monserrate S. A., en liquidación, sin alegar otros hechos configurativos de ese derecho.

El artículo 8º de la ley 171 de 1961 concede derecho a pensión de jubilación después de servicios por más de quince años, pero exige que la empresa tenga un capital superior a $ 800.000.00, y si la terminación del contrato se produce por despido injusto la pensión se pagará desde que el trabajador cumpla 50 años de edad, pero si el retiro es voluntario, la pensión solamente se causa cuando el trabajador cumpla 60 años de edad.

En el caso presente no se demostró que Carmen Solórzano D. hubiese sido despedida injustamente, ni siquiera que hubiese existido despido, pues el contrato términó por cierre definitivo de la empresa. Por otra parte se acreditó que la demandante principal nació el año de 1913, luego no ha cumplido los sesenta años que requiere para tener derecho a la pensión de jubilación.

Los derechos que fueron objeto de la conciliación no eran ciertos porque no habían concurrido las circunstancias que les dan nacimiento, y aunque existieran, eran inciertos y discutibles en cuanto al monto futuro de ellos, pues las pensiones tienen valores ciertos e indiscutibles en cuanto se hayan cumplido los plazos en que se deben pagar, pero son valores inciertos y discutibles en su monto, por lo que hace al futuro.

El acuerdo de que da cuenta la copia de la audiencia que figura al folio 18, se produjo para resolver la diferencia del monto de la suma que debía recibir la demandante por una sola vez para que el liquidador, pudiera cumplir las obligaciones que le impone el Código de Comercio, especialmente el numeral 4º del artículo 540 de dicha obra.

La diferencia fue sometida a conciliación ante Inspector de Trabajo, quien se enteró de ella y de los derechos del trabajador. La misma acta da cuenta de que hubo durante la audiencia, varias propuestas o fórmulas y que se llegó finalmente a un acuerdo amigable que el Inspector aprobó cuando dijo que él producía los efectos de la cosa juzgada. La ley no exige para estos casos fórmulas sacramentales, y así como ha de

entenderse que hubo conciliación aunque en el acta equivocadamente se hubiese llamado transacción, también ha de tenerse por aprobada la conciliación por haber manifestado el inspector qué efecto producía el acuerdo, ya que en el caso de no aprobarlo habría hecho manifestación de que la diferencia quedaba pendiente.

Los derechos relativos a los herederos del jubilado no son ciertos mientras este no muera, pues los presuntos beneficiarios de esa pensión pueden desaparecer antes que el pensionado, por lo cual no es lícito hablar de derechos ciertos e indiscutibles de los beneficiarios, aunque ya exista la jubilación, porque es necesaria la muerte anterior del jubilado, para que ese derecho pase a los beneficiarios.

El derecho del jubilado a gozar de servicios médicos y drogas también es determinable pero no puede llamarse cierto y determinado mientras no se haya presentado la enfermedad que da el derecho, luego también esas garantías por un tiempo incierto, pueden ser materias de transacción y de conciliación.

El hecho que parece derivarse del acta del folio 18, de que Carmen Solórzano estaba recibiendo pensión, resulta de factores no determinados en el juicio, pues como ya se vio, las circunstancias determinantes de la jubilación no fueron establecidas en el proceso. Si por error, por razón de una convención especial o por otro motivo no demostrado, se le pagaba la pensión, no es posible al juzgador tener como cierto y determinado su derecho, cuando la razón de la obligatoriedad no se ha establecido.

Pero aunque realmente se le debiera la pensión de jubilación, se tendría que el derecho a ella en sí no era transigible ni conciliable, pero sí lo eran las pensiones futuras, las garantías anexas a ellas y los posibles derechos que a la muerte del jubilado pudieran surgir para terceros.

Como la sentencia de primera instancia declaró demostrada la excepción de cosa juzgada, habrá de mantenerse esa decisión que no fue apelada por el apoderado de la entidad demandada.

La condenación del Tribunal a la devolución del valor pagado por la conciliación y de sus intereses, no puede mantenerse porque ella fue consecuencia de la declaración del mismo ad-quem sobre la nulidad de la conciliación. Todo lo cual conforme al interés de la empresa en el presente recurso, lo cual se confirmó con la sentencia de primer grado que aquí se confirma.

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 TOTALMENTE la sentencia de nueve (9) de septiembre de mil novecientos setenta (1970), proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, en el juicio seguido por Carmen Solórzano D. contra la Compañía de Hilados y Tejidos Monserrate S. A. en liquidación; y obrando como Tribunal de instancia, confirma en todas sus partes la sentencia de seis (6) de marzo de mil novecientos setenta (1970), dictada por el Juez Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, en el Juicio mencionado.

Sin costas en la segunda instancia ni en el recurso de casación.

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.

COMPUTO DEL TIEMPO PARA JUBILACION

El requisito estudiado está constituído en el artículo 260 C. S. T. por el tiempo total de vinculación, computado en años calendarios y es erróneo el entendimiento de que hay que convertir el trabajo real a jornadas normales u ordinarias que completen, de esta suerte, 7.300 días o 20 años.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., dos de junio de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Doctor Juan Benavides Patrón).

(Acta número 27).

Manuel Salvador Vélez demandó, por medio de apoderado, a la Compañía de Deportes S. A., ambos de las generalidades que registran los autos, para que le pague la pensión de jubilación a que afirma tener derecho en razón de servicios dependientes prestados desde el 1º de junio de 1936 hasta el 29 de febrero de 1960, en oficio que desempeñaba durante los días sábados, domingos y festivos en que se realizaban carreras de caballos, últimamente en el Municipio de Itagüí, con un salario de sesenta pesos por reunión, para un promedio no inferior a cuatrocientos ochenta pesos al mes. El demandante manifestó, además, tener una edad de cincuenta y cinco años en 4 de diciembre de 1969 y que se le deben reconocer las costas del proceso, el cual sustenta en los artículos 22 y siguientes del Código del Trabajo, 260 de la misma obra, en la ley 7ª de 1967 y su decreto reglamentario y en las demás disposiciones concordantes.

La demandada se opuso a las pretensiones del libelo negando sus hechos principales y explicando que ella fue constituída, como sociedad, en agosto de 1944, por lo cual es imposible que le hubiesen prestado servicios en fecha anterior; que Vélez, cuando le trabajó, lo hizo en jornadas de cuatro horas semanales, por las que devengaba, en 1960, veinte pesos; que se retiró voluntariamente en febrero de ese año lo que no lo autoriza para reclamar jubilación, por tiempo que, graciosamente estimado, sería de quince años, en jornadas dominicales —se repite— de cuatro horas cada una. Además, el demandante es jubilado de la Compañía Colombiana de Tabaco, donde laboró durante cuarenta años y en pleito que anteriormente había promovido contra Deportes S. A., por la misma prestación, esta sociedad fue absuelta de todos los cargos por el Juzgado Primero Laboral de Medellín y, después, el Tribunal Superior declaró probada la excepción de inepta demanda.

Tramitada la controversia, el Juzgado Laboral del Circuito de Itagüí la desató, en fallo del 1º de julio de 1970, condenando a la demandada a pagar a favor del demandante Vélez una pensión vitalicia de jubilación de $ 495.00 mensuales, a partir del 5 de diciembre de 1969, con costas a cargo de la sociedad. Sus razones principales fueron las de servicios del actor, en distintos hipódromos, pero estimables respecto de la demandada, desde el 30 de junio de 1936 hasta el 29 de febrero de 1960, o sea durante 23 años y 8 meses, en jornadas que solo se cumplían en las fechas en que se realizaban carreras de caballos, mas sin que esto prive del derecho impetrado, que se ha instituído, en cumpliéndose los otros requi-

sitos de ley, para veinte años de servicios continuos o discontinuos. Y las referentes a edad pensionable, en la fecha indicada de 1969 y capital de la empresa. Por otra parte, no encontró obstáculo en la pensión de que disfruta Vélez en la Compañía Colombiana de Tabaco, por tratarse de contratos distintos, cumplidos en días y jornadas diferentes, ni en los fallos que invocó la empresa, que recayeron sobre otra acción, de pensión especial. En cuanto al salario, para liquidar la del presente juicio, no encontró prueba directa, mas habiéndose consolidado el derecho en diciembre de 1969 se valió del mínimo legal para entonces, conforme al decreto 1233 de 31 de julio del dicho año, en cifra de $ 16.50 diarios.

Apelada esta providencia por el apoderado de la empresa subió el negocio al Tribunal de Medellín, entidad que la revocó absolviendo, en su lugar, de los cargos del libelo inicial. Esta decisión obedeció fundamentalmente a exégesis sobre el artículo 260 C. S. T., en punto a los veinte años de servicios continuos o discontinuos que él requiere, pues, para el ad-quem, ellos deben consistir en 7.300 días, entre laborados y descansos legales, esto es, que "el servicio debe haberse prestado normalmente en todos los días hábiles de este período". Y el trabajador de la litis sirvió para la demandada y sus antecesoras en el negocio hípico por 23 años y 8 meses, en una misma empresa a través del tiempo, pero en jornadas dominicales y festivas que solo alcanzaron realmente a 1.587 días. La sentencia discurre adicionalmente sobre el sentido y la naturaleza de la jubilación y la forma de liquidarla a algunos servidores oficiales de tiempo incompleto.

Salvó su voto el Magistrado doctor Hernando Ramírez Aristizábal quien estimó errónea la interpretación de sus compañeros de Sala y rechazó que el derecho material obligue a convertir años en días, cuando de jubilación se trata, y observó que se habían desconocido el convenio para la jornada de autos y la forma como se computan los plazos legales.

Contra la sentencia del Tribunal interpuso el recurso de casación el apoderado del trabajador, y habiéndosele concedido por el ad-quem y recibido en legal forma por esta Sala se le va a resolver mediante el estudio de la correspondiente demanda y del escrito del opositor.

El recurrente persigue el quebranto del fallo mencionado para que la Corte, en sede de instancia, profiera las condenas impetradas en el escrito inicial. Al efecto formula cuatro cargos, los tres primeros por la vía directa y separadamente por los conceptos de infracción directa, falta de aplicación e interpretación errónea y el último a través de error de hecho en la apreciación de determinadas pruebas, ataques aquellos dentro de la causal primera de casación laboral conforme al artículo 60 del decreto 528 de 1964 y el cuarto con cita, en lo pertinente, del 7º de la ley 16 de 1969.

Como todos los cargos versan sobre los mismos preceptos legales, con igual incidencia, por caminos distintos, sobre la decisión judicial que se afirma violadora de la ley, la Sala contraerá el estudio al que estima formulado por el concepto debido, esto es, el de interpretación errónea, en razón del criterio de fondo del fallador y de que los otros motivos no pudieron darse, pues la absolución no obedeció a ignorancia de la ley, ni a rebeldía contra la misma, ni a que dejase de aplicársela a pesar de estimársela aplicable, ni a error de hecho sobre la cuestión fáctica del tiempo servido.

El ataque a considerar afirma interpretación errónea del artículo 260 C. S. T., en relación con el 59 del C. de R. P. y M., sobre cómputo de los plazos de años, pues el Tribunal entendió acerca del contenido, de aquel, y de modo equivocado, que consagra el derecho a jubilación cuando los veinte años que requiere se han servido en 7.300 días. Y lo que la norma protege son veinte años continuos o discontinuos de vinculación laboral, computados por el calendario común, entendimiento que el acusador refuerza con transcripciones del salvamento de voto del Magistrado Doctor Ramírez Aristizábal y, en otros apartes de su escrito, con referencia al artículo 158 C. S. T. conforme al cual la jornada ordinaria es la

que convengan las partes, y solo a falta de convenio la máxima legal.

A consecuencia de esa exégesis del Tribunal acerca del texto 260 referido, se desconoció el derecho impetrado en la litis, revocándose al efecto el fallo del a-quo, que lo había declarado, condenando por él, y absolviéndose, en su lugar, a la empresa.

Para el opositor, el Tribunal interpretó rectamente el artículo 260 C. S. T., porque la vinculación de autos fue para los festivos en que se efectuaron reuniones hípicas, laborando el demandante Vélez, en total, a través de las horas semanales correspondientes, tres años tan solo, exégesis que es la que consulta la justicia y la equidad, así como la naturaleza del derecho jubilatorio, según puede verse en comparación con situaciones de trabajadores que sí laboran los veinte años en jornadas completas. Además de que el demandante es jubilado de la Colombiana de Tabaco, para la que sí sirvió en la forma que justifica el derecho pretendido.

Se considera

El cargo y su solución en derecho se concretan a la recta interpretación del artículo 260 C. S. T., en punto a los veinte años continuos o discontinuos de servicios, que se requieren para el derecho jubilatorio, de la denominada pensión plena, pues no se controvierte que se trata de empresa obligada a esta prestación, en razón de su capital, ni que la vinculación duró en total más de veinte años, en tiempo servido a la demandada y a sus antecesoras, estimablemente, ni que el trabajador cumplió el 4 de diciembre de 1969, 55 años de edad. Sobre estos hechos se hallan acordes el Tribunal y el recurrente y la disparidad entre ambos radica, como se ha dicho, en que para el fallador —en decisión mayoritaria— "el servicio durante veinte años— continuo o discontinuo— debe haberse prestado normalmente en todos los días hábiles de este período, es decir, que los días laborados, más los descansos legales por razón de los mismos, alcancen a los 7.300 días que completan 20 años". Esta es la interpretación que se acusa como violadora del artículo 260 C. S. T., con la incidencia debidamente señalada.

Para la Sala el texto en cita, que consagra el derecho a jubilación —denominada plena o de valor equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados en el último año— en favor del trabajador que sirva a una misma empresa, de capital de $ 800.000.00 o más, cuando llegue a los 55 años de edad, si es varón, o a los 50, si es mujer, "después de veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este código", solo requiere, en punto al hecho últimamente expresado de los 20 años de servicios, que éstos sean continuos o discontinuos, esto es, que se presten de cualquiera de esas dos maneras, a una misma empresa, por ese tiempo total de vinculación, sin que la norma agregue, expresa ni implícitamente, que la labor cumplida tenga que serlo en jornadas de ocho horas diarias o de cuarenta y ocho semanales, ni, menos, como lo entendió el fallador de autos, en días hábiles, de jornada "normal", que sumados a los descansos legales completen los 7.300 días de veinte años en total. El precepto únicamente requiere, acerca de esta condición generadora, 20 años de servicios continuos o discontinuos y ello solo puede referirse al tiempo de vinculación laboral, entendido en términos de años, como lo dice el legislador, lo cual determina cómputo por el calendario, que es el sentido que siempre ha tenido la prestación en examen en el derecho colombiano y en el común de las gentes, y es el que impone el Código de Régimen Político y Municipal, como lo advierten el Magistrado que salvó su voto y el acusador. En ninguna parte el Código Sustantivo del Trabajo ordena que esos años deban liquidarse en razón de la jornada de 8 horas diarias y solo para ésta o para las 48 semanales, también de registro legal, e interpretarla de esta suerte es equivocar su entendimiento, a través de una exigencia no expresada por el legislador.

Tampoco cabe aducir, como implícito, ese elemento de la jornada ordinaria, que se piensa normal, porque según el artículo 158 C. S. T., que también se ha invocado por

el acusador, por jornada ordinaria la ley entiende la que convengan las partes y solo a falta de convenio, la máxima legal, que puede consistir en número diferente de horas, según las diversas actividades que contempla el legislador, a ninguna de las cuales está condicionado el derecho jubilatorio en examen, ni motivo alguno pertinente impone la conversión de las horas trabajadas en días completos o en horas normales o hábiles de trabajo. Sobre este particular, para la Sala, en tesis general o con las salvedades sobre mínimo de ley, la labor que se cumpla convencionalmente en horario inferior al legal ordinario repercutirá en el salario pactado y, a través de él, sobre la cuantía de la pensión, en su caso, pero ello no autoriza a convertir los veinte años de ley en 7.300 días "completos" o laborables en jornadas de 8 horas, con sus descansos legales. Repercusión que, de otra parte, desvirtúa los temores de inequidad, que asaltaron al fallador, respecto de trabajadores de jornadas distintas, durante 20 años, y que resultan igualmente jubilados, pero con pensiones de valor también diferente, en razón de los salarios devengados y referidos a las jornadas cumplidas, y con las salvedades a que se ha aludido.

Puede agregarse que, ciertamente, como lo aduce el fallo recurrido, el artículo 27 del decreto 3135 de 1968 consagra un sistema de cómputo de horas de trabajo real para calcular el tiempo de servicio que da derecho a pensión de jubilación; mas, aparte de que esta es una regla especial para trabajadores oficiales de jornada incompleta, que no puede extenderse a situaciones que ella no contempla, tampoco fue expedida para aclarar el ordenamiento 260 C.S.T. ni, menos, para imponer de modo general el criterio discutido acerca de que los 20 años de servicios deben ser los 7.300 días de la exégesis del ad-quem o de conversión del trabajo real. Por el contrario, el precepto indicado de 1968 registra los veinte años continuos o discontinuos de servicios con el criterio general de que ellos se refieren a la vinculación en total y solo exceptúa, en su campo propio de aplicación, aquellas actividades que por su naturaleza así lo reclamen y la ley las determine expresamente, instituyendo, además, en su parágrafo primero, el cómputo como jornadas completas de trabajo de las de cuatro horas o más y la conversión de las horas de trabajo real cuando las de la respectiva tarea o empleo no lleguen a ese límite. Mas para los trabajadores del ámbito del Código Laboral, como el de autos, ni tales reglas son extensivas ni es posible criterio distinto del expuesto en esta decisión, frente al artículo 197 de su régimen propio, según el cual "los trabajadores tienen derecho a las prestaciones y garantías que les correspondan, **cualquiera que sea la duración de la jornada**". (Se subraya).

Para la Sala, en conclusión, el requisito estudiado está constituído, en el artículo 260 C. S. T., por el tiempo total de vinculación, computado en años calendarios y es erróneo el entendimiento de que hay que convertir el trabajo real a jornadas normales u ordinarias que completen, de esta suerte, 7.300 días o 20 años.

Prospera, en consecuencia, la acusación y para la resolución de instancia bastarán las consideraciones expuestas, por tratarse de un asunto de derecho, en el que no se controvierten las cuestiones fácticas, que encontrándose probadas en sus condiciones generadoras, deben producir el reconocimiento impetrado en la litis, en la forma como lo despachó el fallador de primera instancia.

Acerca del hecho del salario, que el a-quo no encontró probado en su cuantía —y que realmente no lo está— remitiéndose por ello al mínimo de $ 16.50, que corresponde al lugar y a la actividad de autos, también se comparte la definición judicial por ajustarse al decreto 1238 de 1969, vigente en la fecha en que se causó el derecho, esto es, el 4 de diciembre del dicho año.

Se expresa finalmente, asimismo con el juzgador de primera instancia, que el disfrute de una pensión, por Vélez, de la Compañía Colombiana de Tabaco, en razón de los servicios que le prestó a esta sociedad,

no frustra la acción de la presente litis, que se genera en sus hechos propios, en una vinculación de trabajo diferente de aquella y lícitamente contemplada, como coexistencia de contratos por el artículo 26 del Código de la materia. Como tampoco la frustra la decisión en juicio anterior de una acción distinta, que no configura el fenómeno de cosa juzgada.

La confirmación del fallo del Juzgado conlleva la de las costas que impuso.

En mérito de todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA la sentencia de 16 de septiembre de 1970, del Tribunal Superior de Medellín, objeto del presente recurso, y en decisión de instancia CONFIRMA el fallo del a-quo proferido por el Juzgado Laboral del Circuito de Itagüí el 1º de julio del mismo año, por medio del cual condenó a la Compañía de Deportes S. A. a pagar a favor del demandante Manuel Salvador Vélez una pensión mensual vitalicia de jubilación de cuatrocientos noventa y cinco pesos ($ 495.00), a partir del 5 de diciembre de 1969.

Las costas del segundo grado para la dicha sociedad. Sin costas en el presente recurso.

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.

SUSTITUCION PATRONAL

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., junio cuatro de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Doctor José Enrique Arboleda Valencia).

(Acta número 23).

Juan José Aramburo Arango instauró demanda laboral contra Siemens Colombiana S. A. con el fin de que fuese condenada de acuerdo con las siguientes peticiones:

"Petición principal. Reconocimiento de la pensión de jubilación, sanción a que se refiere el Artículo 8º de la Ley 171 de 1961, por despido sin justa causa luego de diez (10) años de servicio, el reconocimiento del reajuste o aumento del valor de la indemnización del contrato de trabajo, sobre la suma erróneamente liquidada por la empresa y las costas y gastos del juicio.

"Peticiones subsidiarias. El reconocimiento del reajuste o aumento del valor de la indemnización del contrato de trabajo sobre la suma erróneamente liquidada por la empresa y los gastos y costas del juicio".

Afirmó como fundamentos de hecho: que desde el 1º de febrero de 1956 hasta el 16 de diciembre de 1960 prestó sus servicios como técnico en el ramo de telefonía a Heriberto Schwartau, concesionario en la ciudad de Medellín de los artefactos telefónicos y eléctricos de la marca "Siemens"; que en la fecha últimamente indicada la Siemens Colombiana S. A. asumió directamente la explotación comercial de los productos de que era concesionario exclusivo Schwartau, "la que continuó con la misma empresa comercial, el mismo giro de negocios, ocupando inclusive el mismo local comercial y con la misma nómina de empleados a su servicio, entre los cuales se encontró el suscrito"; que "retirado de la explotación comercial don Heriberto Scwartau no tuvo con la nueva entidad patronal modificación a mi contrato de trabajo y forma de operación y continué prestando mis servicios técnicos en la misma forma ya prescrita, teniendo como inmediatos superiores de la sociedad a los señores Werner Eyssele y Alfred Dissinger", que "con la nueva entidad patronal, mi última remuneración fue de tres mil doscientos pesos mensuales ($ 3.200.00); que la mencionada sociedad le dio por terminado en forma unilateral e injusta su contrato de trabajo por carta de 31 de octubre de 1968 y le liquidó y pagó sus prestaciones sociales, además de una indemnización por ese despido injusto de $ 19.466.00, conforme al Decreto 2351 de 1965. Pero que esta indemnización se le satisfizo únicamente por el lapso servido a la Siemens Colombiana S. A. y no por el laborado a Schwartau, a quien sustituyó aquella como patrono, razón por la cual se le adeuda la parte de indemnización correspondiente a 4 años, 10 meses. Y que, además, como el tiempo trabajado a los dos patronos dichos pasa de 10 años, debe reconocérsele también la pensión proporcional especial señalada en la ley 171 de 1961, por haber sido injusto el despido.

La empresa descorrió el traslado de la demanda, aceptando solo una vinculación laboral, la celebrada con ella a partir del 16 de diciembre de 1960 y negando los hechos relacionados con la substitución patronal sostenida por el actor; aceptó como cierta la última remuneración de $ 3.200.00 el pago de prestaciones sociales y la indemnización de $ 19.466.55. Se opuso al despacho favorable de las súplicas de la deman-

da, las que, dice, "resultan improcedentes... por cuanto no se configura el fenómeno de la sustitución patronal entre el comerciante independiente Heriberto Schwartau y la sociedad demandada, en los términos claros y precisos del artículo 67 del C. S. del T...."

Decidió el litigio en primera instancia el Juzgado Sexto Laboral de Medellín con sentencia de 19 de agosto de 1970, cuya parte resolutiva es del tenor que sigue:

"CONDENASE a la sociedad Siemens Colombiana S. A. domiciliada en Bogotá y en Medellín, representada por su gerente Carl Mathías Von Trauttmans Dorff como gerente para la ciudad de Medellín, de quien son suplentes primero y segundo José María Ossa y Alfred Dissinger, o de quienes hagan sus veces a pagar al señor Juan José Aramburo Arango, lo siguiente:

"1º Mil quinientos treinta y dos pesos m.l. ($ 1.532.00) mensuales como pensión de jubilación-sanción a partir de la fecha en que el beneficiario acredite haber cumplido sesenta años de edad.

"2º Veintitrés mil ochocientos treinta pesos con sesenta centavos ($ 23.830.60), por concepto de reajuste de la indemnización por despido unilateral e injusto.

"Quedan resueltas implícitamente las excepciones propuestas.

"Consúltese si no fuere apelado".

Por virtud del recurso de alzada conoció en segundo grado el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, que lo desató, mediante fallo de 16 de octubre de 1970, con las siguientes decisiones:

"Primero. CONDENASE a la sociedad "Siemens Colombiana S. A., domiciliada en Bogotá y con sucursal en Medellín, representada por el señor Carl Mathias Von Trauttmans como su Gerente para la ciudad de Medellín, de quien son suplentes primero y segundo los señores José María Ossa Ocampo y Alfred Dissinger, o por quienes hagan sus veces, a pagar al señor Juan José Aramburo Arango los siguientes conceptos:

"a) La cantidad de veintidós mil novecientos treinta y tres pesos con treinta y nueve centavos ($ 22.933.39) m.l. por REAJUSTE DE LA INDEMNIZACION POR DESPIDO UNILATERAL E INJUSTO;

"b) La cantidad de mil quinientos treinta pesos m.l. ($ 1.530.00) m.l. mensuales como PENSION PROPORCIONAL MENSUAL VITALICIA DE JUBILACION o PENSION-SANCION, a partir de la fecha en que el beneficiario señor Juan José Aramburo Arango acredite en forma fehaciente y legal haber cumplido sesenta (60) años de edad.

"Segundo. CONDENASE a la misma Compañía mencionada en el numeral anterior a pagar al demandante señor Aramburo Arango las costas de la primera instancia del juicio.

"En los términos anteriores queda revocada, CONFIRMADA Y MODIFICADA en parte la sentencia de fecha 19 de agosto del presente año, proferida por el señor Juez Sexto Laboral del Circuito de Medellín".

Contra esta sentencia interpuso la parte demandada recurso de casación y por su apoderado plantó la respectiva demanda, replicada en su oportunidad por el demandante, en la cual pide la infirmación de aquella y que la Sala, en función de instancia, revoque las condenaciones hechas por el a-quo y absuelva de todos los cargos a la Siemens Colombiana S. A.

Plantea para conseguir este fin los cargos que se estudiarán a continuación:

Sostiene el primer cargo "violación indirecta de los artículos 8º, numeral 4º, ordinal d), del Decreto 2351 de 1965 y 8º de la ley 171 de 1961, preceptos que subrogaron los artículos 64 y 267 del C. S. T., en relación con los artículos 67 y 68 del mismo cuerpo legal, a consecuencia de errores de hecho por errónea interpretación de unas pruebas y falta de apreciación de otra".

Los medios probatorios no estimados y los apreciados con error los singulariza así el recurrente:

"En efecto, el Tribunal incurrió en falta de apreciación del documento de folios 22 a 31 expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá sobre constitución, existencia y representación de la Siemens Colombiana Ltda., persona jurídica que fue transformada en sociedad anónima.

"De este certificado se deduce, sin mayor esfuerzo dialéctico, que son personas distintas la Siemens Colombiana S. A. y el señor Heriberto Schwartau, de lo cual no puede concluirse como lo hizo la sentencia impugnada que la sociedad demandada sustituyó a la mencionada firma comercial.

"De otra parte, el ad-quem apreció en forma equivocada el documento de folio 32 expedido por la Cámara de Comercio de Medellín, mediante la cual se da fe que el señor Heriberto Schwartau estuvo registrado hasta el año de 1961 y en cambio, el mismo Tribunal concluye que se operó una sustitución patronal el 16 de diciembre de 1960, cuando el actor Aramburo Arango se vinculó a la Siemens Colombiana Ltda.

"Este razonamiento es contrario a las reglas más elementales de la lógica y el buen sentido. Si el señor Heriberto Shwartau continuaba agenciando o representando distintas firmas comerciales en el giro de sus negocios mal puede llegarse a la conclusión, como lo hizo la sentencia recurrida, partir de la premisa errónea de que el 16 de diciembre de 1960 se había operado el fenómeno de la sustitución patronal, ya que era físicamente imposible de que hubiese cambio de un patrono por otro, presupuesto que exige el artículo 67 del C. S. T.

"Y también se incurrió en la misma valoración errónea al no aceptar el Tribunal fallador el alcance y significado del contrato escrito de trabajo, suscrito entre las partes el 16 de diciembre de 1968 y que registra el plenario a folios 73 y 74".

Los errores de hecho que imputa a la sentencia son estos:

"a) No dar por probado, estándolo, contra todas las evidencias procesales, que la firma comercial independiente de Heriberto Schwartau fue una persona distinta de la Siemens Colombiana Ltda., transformada posteriormente, en la Siemens Colombiana S. A.

"b) No dar por demostrado, estándolo, que la firma comercial independiente de Heriberto Schwartau figuró inscrito en el Registro Público de Comercio hasta el año de 1961, como "propietario de un establecimiento dedicado a las representaciones extranjeras".

"c) Dar por probado, sin estarlo, que la firma comercial de Heriberto Schwartau como representante independiente fue sustituída por la Siemens Colombiana Ltda., el 16 de diciembre de 1960, fecha en la cual se vinculó el demandante Juan José Aramburo Arango como trabajador subordinado; y,

"d) Dar por establecido, sin estarlo, que por el fenómeno de la sustitución patronal el señor Juan José Aramburo Arango prestó servicios a la Siemens Colombiana S. A. desde el 1º de febrero de 1956 y no desde el 16 de diciembre de 1960, como se encuentra registrado en el contrato de folios 73 a 74 del expediente".

Para resolver la Sala considera

El punto básico por resolver es el relativo a la sustitución patronal hallada por el sentenciador y que se efectuó entre Heriberto Schwartau patrono sustituído y Siemens Colombiana S. A., patrono sustituyente. A esa conclusión llegó el Tribunal mediante los argumentos que se trasladan en seguida:

"Conforme a este artículo, para que exista **sustitución patronal** deben reunirse, pues, estos tres elementos: cambio de patrono, continuidad de la empresa y continuidad del trabajador en los servicios, ya que solo así se entiende que exista también continuidad de la relación de trabajo. En el caso de autos y respecto del demandante señor Juan José Aramburo Arango, el **cambio de patrono** que éste tuvo es asunto plenamente comprobado, por haber laborado primero al servicio del señor Heriberto Schwartau desde el 1º de febrero de 1956,

hasta el 15 de diciembre de 1960, y después, desde el 16 de diciembre de esta última fecha 1960 y sin solución de continuidad con la Sociedad denominada en ese entonces Siemens Colombiana Ltda., hoy Siemens Colombiana S. A. (por la transformación y el cambio de razón social que tuvo esta Compañía desde diciembre de 1964), hasta el 31 de octubre de 1968, como ya se vio. Según se deduce de los testimonios rendidos por el propio patrono anterior, Sr. Schwartau, y por la señorita Carlota Botero Ochoa, principalmente, para no citar los demás deponentes, que también aparecen sabedores del asunto, al dejar de ser concesionario de Antioquia en Medellín y en todo el Departamento de Antioquia don Heriberto Schwartau, en diciembre de 1960, para hacerse cargo de sus ventas y operaciones comerciales la misma Compañía directamente, se sabe que la mayor parte del personal especializado y con buena experiencia que venía trabajando con dicho señor en cuestiones de electricidad y telefonía, por su propia voluntad y no por imposición del antiguo ni del nuevo patrono, pasó a trabajar con la Siemens Colombiana Ltda., para lo cual se convino en que, previa recomendación del señor Schwartau sobre los empleados o trabajadores que eran eficientes y aptos para el desempeño de su oficio, dicha Compañía entraría a ocuparlos, celebrando con ellos nuevos contratos de trabajo, ya que otra de las condiciones convenidas fue la de que el señor Schwartau les liquidaría y les pagaría sus prestaciones sociales respectivas causadas hasta el último día en que apareciesen laborando a su servicio, o sea hasta el 15 de diciembre de 1960, si se tiene en cuenta que con fecha 16 de diciembre de ese mismo año fue firmado el nuevo contrato de trabajo del actor con la Compañía demandada. Significaba ello que el señor Schwartau entregaba a paz y salvo o libres por todo concepto de prestaciones sociales causadas hasta la fecha a los empleados o trabajadores que por su propia y libre voluntad quisiesen continuar laborando con el nuevo patrono, la Sociedad Siemens Colombiana Ltda., como ocurrió entre otros casos con el señor Juan José Aramburo Arango. En esta forma han quedado establecidos o demostrados hasta ahora dos de los requisitos fundamentales de la sustitución patronal, a saber: el cambio de patrono (el señor Heriberto Schwartau, patrono sustituído y la Sociedad "Siemens Colombiana Ltda.", en ese entonces patrono sustituto); y la continuidad del trabajador demandante, señor Juan José Aramburo Arango, con el nuevo patrono enunciado.

"Falta por averiguar la continuidad de la empresa, de acuerdo con lo que debe entenderse legalmente por dicho fenómeno jurídico-económico para los fines de este litigio.

"Ninguno de los testigos ha discutido ni ha puesto en duda que el señor Heriberto Schwartau tuvo organizada en forma personal y por sí solo una empresa consistente en la representación de casas o firmas extranjeras para la explotación de diversos ramos comerciales, entre ellos como uno de los principales o más importantes el relacionado con la representación como concesionario exclusivo para Medellín y todo el Departamento de Antioquia, de la Siemens Colombiana, a fin de distribuir sus productos, que eran los del ramo telefónico y del ramo eléctrico, es decir plantas telefónicas, teléfonos, cables telefónicos, y también por el ramo eléctrico generadores, motores, etc. Al cesar en sus funciones como concesionario exclusivo de la Compañía Siemens en el Departamento de Antioquia, el señor Heriberto Schwartau por mutuo acuerdo con la misma, ésta asumió directamente la explotación del negocio, comprándole a aquel la mercancía que había disponible para la venta en ese momento y que era de propiedad de él, y hasta tomándole en arrendamiento el local donde funcionaba el negocio en la ciudad de Medellín y el cual era asimismo de propiedad del señor Schwartau; hasta el punto de que dicho señor pudo afirmar en su declaración (fs. 44 vto.) que "La Siemens continuó con el mismo giro de negocios que yo tenía", aspecto al cual se refieren también con idénticos términos los testigos Carlos Leonel Vélez Velásquez (fs. 35), León Jaramillo Toro (fs. 45) y Carlota Botero Ochoa (fs. 53) quienes se expresan así sobre este punto". (Transcribe aquí lo sustancial de tales deposiciones).

Muestra lo transcrito que los elementos que configuran la sustitución patronal los halló probados el juzgador de segundo grado con los testimonios que analiza y como éstos no pueden ser reexaminados por la Sala (y por eso su estimación no fue atacada por el casacionista), en virtud de las restricciones impuestas por la ley 16 de 1969, es claro que los fundamentos de la sentencia en este punto básico son inmodificables.

No obstante, si se estudian las pruebas que el impugnante singulariza, tampoco resulta evidente o manifiesto el error de hecho de que acusa a la sentencia, pues el documento de fs. 22 a 31 "expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá sobre constitución, existencia y representación de la Siemens Colombiana Ltda., persona jurídica que fue transformada en sociedad anónima", es prueba eficaz de tales hechos; pero en cosa alguna alude, ni puede aludir, al suceso fundamental de que esa Sociedad hubiese sustituído a Heriberto Schwartau como patrono del demandante.

Ocurre lo propio con el documento de f. 32 "expedido por la Cámara de Comercio de Medellín, mediante la cual se da fe que el señor Heriberto Schwartau estuvo registrado hasta el año de 1961", como propietario de un establecimiento dedicado a las representaciones extranjeras, venta de artículos eléctricos, telefónicos, etc.", pues de la circunstancia de que dicho señor no hubiese cancelado su registro comercial en aquella Cámara en 1960, no puede deducirse que no hubiese efectuado la negociación con la Siemens de que da cuenta la sentencia acusada y de la que resultó la sustitución patronal que se discute, en este último año. La inscripción en el Registro Público de Comercio establece que el comerciante figura en él como tal; pero no prueba en contra de la transferencia que haya podido hacer, a cualquier título, parcial o totalmente, de su establecimiento o negocio, durante la vigencia de la inscripción.

Alega, por último, el casacionista que "también se incurrió en la misma valoración errónea al no aceptar el Tribunal fallador el alcance y significado del contrato escrito de trabajo suscrito por las partes el 16 de diciembre de 1968 y que registra el plenario a folios 73 y 74"; pero sin indicar cuál fue ese "alcance y significado" de dicho contrato como prueba de la inexistencia de la sustitución patronal que discute, lo que impide a la Sala considerarlo.

En consecuencia, no prospera el cargo.

El segundo afirma que "la sentencia viola, por interpretación errónea, los artículos 67 y 68 del C. S. T., violación que condujo al Tribunal a aplicar indebidamente los artículos 8º, numeral 4º, ordinal d), del Decreto 2351 de 1965 y 8º de la ley 171 de 1961, en relación con el artículo 1º de la ley 48 de 1968".

Como sustentación de este ataque trae el impugnante el siguiente razonamiento:

"Demostración

"Dijo el Tribunal para acceder a las pretensiones sobre indemnización por despido ilegal e injusto y pensión sanción:

" 'Conforme a este artículo, para que exista **sustitución patronal** deben reunirse, pues, estos tres elementos: cambio de patrono, continuidad de la empresa y continuidad del trabajador en los servicios, ya que solo así se entiende que exista también continuidad de relación de trabajo. En el caso de autos y respecto del demandante señor Juan José Aramburo Arango, el **cambio de patrono** que este túvo es asunto plenamente comprobado, por haber laborado primero al servicio del señor Heriberto Schwartau desde el 1º de febrero de 1956 hasta el 15 de diciembre de 1960, y después, desde el 16 de diciembre de esta última fecha 1960 y sin solución de continuidad con la sociedad denominada en ese entonces Siemens Colombiana Ltda., hoy Siemens Colombiana S. A.' ".

"Y luego expresa:

" 'Conforme al art. 53 del Decreto 2127 de 1945 reglamentario de la ley 6ª del mismo año, anterior al C. C. T. 'La sustitución puede ser total o parcial, teniéndose como parcial la que se refiere a una porción del negocio o empresa, susceptible de ser con-

siderada o manejada como unidad económica independiente', diferenciación que no aparece reproducida en el Capítulo VII del Título 1º, parte 1ª del C. S. T. que es el que trata de la sustitución de patronos. Pero ello no significa que dicha sustitución total o parcial no pueda ser admitida doctrinariamente, como así lo han manifestado en sentido positivo varios Tribunales del país y algunos tratadistas del Derecho del Trabajo, entre ellos el doctor Guillermo Camacho Henríquez'.

"El Tribunal como se lee en los párrafos transcritos, considera que debe aceptarse la sustitución parcial de la empresa o establecimiento, cuando el artículo 67 del C. S. T. simplemente estatuye 'todo cambio de un patrono por otro', sin formular la distinción errónea que le da el intérprete a la norma invocada en la decisión del conflicto.

"Ahora bien, la invocación del artículo 53 del Decreto 2127 de 1945, reglamentario de la ley 6ª del mismo año, solo demuestra de modo palmario el alcance erróneo que le dio el Tribunal, al artículo 67 del C. S. T., porque su no reproducción en el actual Código explica que el pensamiento correcto de los autores del estatuto laboral fue el de que no tuviese consagración legal la sustitución parcial, hecho que tampoco ocurrió en el asunto sub-judice conforme lo acepta el mismo fallador.

"Mas la interpretación correcta es la que se deja enunciada y no la que hace el Tribunal al exigir requisitos que no trae la ley.

"Como se ve el fallador ha desempeñado una función mas de legislador que de juzgador, lo cual quebranta principios esenciales consagrados en nuestra Carta Política.

"Y la interpretación errónea de los artículos 67 y 68 del C. S. T., llevó al Tribunal a aplicar indebidamente los artículos 8º numeral 4º ordinal d) del Decreto 2351 de 1965 y 8º de la ley 171 de 1961 y como consecuencia de ello condenó a la sociedad demandada al pago de la indemnización por despido y a la pensión-sanción".

La Sala considera

Sabido es que el cargo formulado por quebranto directo o por interpretación errónea de una norma legal, conlleva necesariamente acuerdo entre el casacionista y el sentenciador respecto de los hechos fundamentales de la acción y vióse ya por la contestación de la demanda y por el estudio del cargo anterior, que la demandada disiente en forma absoluta del Tribunal sobre la existencia de una sustitución de patronos, base de las condenas proferidas en la sentencia.

Pero, además, no es equivocada la tesis sostenida por el fallo impugnado y así esta Sala en el suyo de 15 de diciembre de 1962, publicado en el Tomo C., números 2261, 2262, 2263, y 2264 Pág. 806 de la Gaceta Judicial, asentó:

"El sentenciador dio por establecida la sustitución patronal con base en el hecho de que el demandante prestó sus servicios sin solución de continuidad, en iguales condiciones de trabajo a "Acerías Paz del Río S. A. y a "Cuéllar Serrano Gómez y Cía. Ltda." hecho para cuya demostración la ley no exige prueba ad substantiam actus.

"Como se observó al examinar el cargo anterior, la sustitución patronal puede limitarse a una determinada parte del negocio o explotación, subsistiendo en las demás actividades, la empresa o patrono sustituído ya se trate de personas naturales o jurídicas. Y si son de esta última clase no es necesario, de consiguiente, que haya fusión o traspaso de patrimonio o capital social".

Por lo tanto, 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 impugnada.

Con costas a cargo del recurrente.

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

José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García, José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario

RECTO SENTIDO DEL ARTICULO 65 DEL CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO

Al proceder en esta forma, (condena desde la fecha en que se notificó el auto admisorio del libelo), el ad-quem no tuvo en cuenta el recto sentido del artículo 65, que impone la sanción por mora al patrono que no cancele al trabajador a la terminación del contrato, los salarios y prestaciones debidos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., junio cuatro (4) de mil novecientos setenta y uno (1971).

(Magistrado Ponente: Doctor Jorge Gaviria Salazar).

(Acta número 27).

Se procede a decidir el recurso de casación interpuesto por el apoderado de **Francisco García Díaz**, contra la sentencia de fecha 27 de noviembre de 1969, proferida por el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín** en el juicio que aquel adelantó contra **Alberto Muñoz Duque** y **Hernán Ramírez Duque.**

Antecedentes

Francisco García Díaz demandó a Hernán Ramírez Duque y a Alberto Muñoz Duque, cuyo domicilio en relación con el último dijo ignorar, para que previos los trámites de un juicio ordinario laboral, se hicieran las siguientes declaraciones:

a) Que los demandados como propietarios de la Hacienda "Bleo", hoy el Sol, están solidariamente obligados a pagarle los salarios y prestaciones de todo orden indemnizaciones por mora en el pago de aquellos y por terminación sin causa legal del contrato de trabajo así como las demás que resultaren probadas una vez ejecutoriada la sentencia respectiva.

b) Que igualmente están solidariamente obligados a pagarle los gastos y costas del juicio y,

c) Todas las otras sumas que por concepto de salarios, prestaciones e indemnizaciones resultaren probadas en el curso del litigio.

Indicó como hechos de sus pretensiones los siguientes:

"1º Estuve al servicio de los señores Doctores Hernán Ramírez Duque y Alberto Muñoz Duque en hacienda de su propiedad conocida como Bledo o Bleo hoy "El Sol", situada en esta jurisdicción, durante el lapso comprendido entre el mes de abril de 1965 y el 30 de abril de este año.

"2º En la última fecha fui despedido unilateralmente y sin causa alguna legal.

"3º La labor desarrollada consistía, por modo general, en la propiedad que requiere la total atención de una finca ganadera de aproximadamente 1.000 hts. de terreno, en regular estado de explotación y para montar y cultivos varios, así por ej.: lidia y atención de unas doscientas cabezas de

ganado; cuidado a los pastos y cercas, vigilancia de ocho o nueve trabajadores y su pago, siembra y recolección de cosechas, tumbas de montaña para nuevos cultivos, pues los patronos apenas si daban vuelta cada seis meses o cada año.

"4º Como remuneración de la labor descrita en el hecho anterior se estipuló la suma de mil pesos ($ 1.000.00) mensuales, libres de alimentación o comida y de vivienda que se comprometieron, igualmente a proporcionarme, producidos de gallinero y corral de puercos, también computables sobre la suma anterior y, posteriormente, una parcela de cerca de cincuenta y cuatro (54) hts. para que me encargara de desterrar unos colonos establecidos de tiempo atrás en la finca, conforme estipulación verbal ocurrida en agosto del año pasado.

"5º Al momento del despido me quedaron a deber la totalidad de los sueldos correspondientes a todo el tiempo servido, la parcela convenida como sobrerremuneración por el arreglo con los colonos y la totalidad de las prestaciones computadas sobre la suma estipulada y las especies. Es de advertir que durante ese tiempo pude subsistir por los producidos de las porquerizas y los gallineros que me dejaban unos ochocientos pesos mensuales ($ 800.00) y que dos o tres mil ($ 2.000.000 o $ 3.000.00) que recibí de mis patronos fueron actos de sus propias liberalidades, no pago de salarios ni sueldos, el cual siempre evadieron hacerme".

Como fundamento legal de lo pedido indicó los artículos 24 y ss. del C. S. T., el Decreto 2351 de 1965 y en cuanto a procedimiento se atuvo a los artículos 25, 80 y ss. y concordantes del C. P. T.

En la misma demanda constituyó apoderado y este aceptó el poder y coadyuvó el libelo.

Notificado el auto admisorio de la demanda, proferido por el Juzgado Civil Municipal de Caucasia, aquella fue contestada por Alberto Muñoz Duque, quien en el respectivo escrito constituyó apoderado el cual coadyuvó la respuesta, y en ella se opuso a que se hicieran las declaraciones solicitadas, propuso las excepciones de prescripción, petición antes de tiempo y de modo indebido, compensación, ilegitimidad de la personería tanto sustantiva como adjetiva de la parte demandada, pago y la genérica.

En relación con los hechos dijo:

"Al primero: Que se pruebe.

"Al segundo: El demandante fue detenido a raíz de una investigación penal que se siguió inicialmente por la Inspección Departamental de Policía de Bijagual, y a raíz de la detención preventiva que duró más de ocho días e incluso más de 15, hubo que prescindir de sus servicios.

"Al tercero: No es cierto, y debe probarse, pues solo se consiguió para las labores normales de Mayordomo de la finca.

"Al cuarto: El sueldo convenido fue el de seiscientos pesos mensuales, y no de mil, y lo afirmado por el demandante en cuanto a salario en especie, no es cierto, ni tampoco se le concedió participación ninguna. El sueldo convenido lo deducía el demandante de los dineros que sobraban al pagar los gastos de la finca, los cuales se le enviaban de Medellín, y además mi cliente, y para deducirle del sueldo asignado, pagaba los mercados, y demás artículos que el señor Actor estaba autorizado para retirar de las tiendas que poseen los señores Arturo Jiménez y José Vásquez, en el corregimiento de Bijagual.

"Al quinto: Ya se dijo que lo único que se convino pagar al demandante fue $ 600 mensuales, los cuales se le cancelaron oportunamente, y lo demás no es cierto. En cuanto a prestaciones sociales no se le niegan, y esperamos que la justicia penal decida sobre la investigación, para ver la justicia del reclamo, pues la ley permite su retención en estos casos. Sin embargo, y para evitar los riesgos del art. 65 del C. S. T. haremos consignación sobre la suma de dinero que se cree deber al extrabajador".

Posteriormente el otro demandado Hernán Ramírez Duque contestó la demanda, por medio de apoderado, manifestando que lo hacía en los mismos términos en que la había respondido Muñoz Duque.

El Juzgado, una vez rituada la instancia en legal forma, le puso fin en sentencia de fecha 17 de octubre de 1969, mediante la cual condenó a los demandados a pagar al actor la suma de dos mil pesos ($ 2.000.00) por salarios y prestaciones (numeral 1º) los absolvió de los demás cargos del libelo (numeral 2º) y no hizo condena en costas (numeral 3º).

Contra la anterior providencia interpuso recurso de apelación el apoderado del demandante y el Tribunal Superior de Medellín en fallo de 7 de noviembre de 1969 revocó lo resuelto por el inferior y dispuso:

"Primero. Se declara no probada la tacha formulada a los testigos de que se habla en el numeral cuarto de la relación de pruebas de la parte demandada (respuesta al libelo).

"Segundo. Declárase establecida en juicio la excepción perentoria temporal de petición antes de tiempo, en lo que hace alusión al pago por el auxilio de cesantía, indemnización por despido injusto, y prima de servicios proporcional por el tiempo laborado entre el primero de enero de mil novecientos sesenta y ocho y el treinta de abril del mismo año.

"Tercero. Se condena solidariamente, a los demandados Doctores Hernán Ramírez Duque y Alberto Muñoz Duque, a pagar en favor del actor Francisco García Díaz, diez días después de la ejecutoria de este fallo, las siguientes cantidades de dinero: a) Novecientos pesos ($900.00) por concepto de vacaciones; b) Un mil quinientos pesos ($ 1.500.00) por primas de servicios; y c) Cuatrocientos sesenta pesos ($ 460.00) por concepto de indemnización moratoria.

"Cuarto. Declárase probada la excepción de pago parcial hasta la cantidad de dos mil pesos ($ 2.000.00), que fueron consignados por la parte demandante y retirados por el actor. En consecuencia, del monto total a que asciende la condena se descontará esta cantidad.

"Quinto. Se declaran no probadas las restantes excepciones invocadas.

"Sexto. La parte demandada pagará las costas de primera instancia en un cincuenta por ciento (50%), que serán tasadas por el señor Juez de primera instancia".

No impuso costas en la instancia.

El recurso

El apoderado del actor interpuso en tiempo, contra la resolución del Tribunal, recurso extraordinario de casación que fue concedido y posteriormente admitido por la Corte.

El recurrente presentó en tiempo la demanda de casación y el apoderado de los demandados se hizo presente en el trámite del recurso para replicarla.

Como motivo de casación se invocó" el primero, consignado en los artículos 60 del D. E. número 528 de 1964 y 23 y 7º de las leyes números 16 de 1958 y 1969", que el acusador transcribió.

El alcance de la impugnación, o petitum de la demanda, que el recurrente denomina "peticiones", está concebido en los siguientes términos:

"Entiendo haber demostrado que el sentenciador de segundo grado incurrió en el motivo de casación aducido, respetuosamente, en mi carácter apoderado (sic) del demandante señor García Díaz para todo el juicio y, especialmente, para demandar la sentencia de que nos hemos ocupado, me permito pedir a la H. Corte la casación parcial del fallo para que, en el que lo reemplace, condene a los demandados al pago de los salarios debidos al trabajador demandante, la suma de veinte pesos diarios desde la fecha del despido y hasta la de la solución total de sus obligaciones o, en subsi-

dio, hasta la de la supuesta consignación de los que aquellos creyeron deberle, la indemnización por despido unilateral y sin causa justificativa, las cesantías y la prima proporcional por el último semestre servido. Además, las costas de este recurso".

En el entendimiento de que el recurrente, cuando habla del fallo que reemplace al del ad-quem, se refiere al que dicte la Corte como Tribunal de instancia, en reemplazo del de primer grado, en caso de prosperar el recurso, la Sala procede a estudiar los cargos formulados por el impugnante.

Primer cargo

Se enuncia por el casacionista, en la siguiente forma:

"Violación expresa (Directa por falta de aplicación) de los artículos 1757 del C. C. (medio) y 27 del Código Sustantivo del Trabajo".

En su desarrollo, y con cita de tratadista colombiano, el acusador sostiene que cada parte debe probar los presupuestos de la ley sustancial que la favorezca, tal como lo ordena el inciso primero del artículo 1757 del C. C. que transcribe, y dice que en este caso "es ley sustancial favorecedora de las pretensiones del actor, el artículo 27 del Código Sustantivo del Trabajo", del siguiente tenor: "Remuneración del trabajo-todo trabajo dependiente debe ser remunerado.

Continúa expresando que "sus presupuestos, actividad personal del trabajador demandante —bajo continuada subordinación y dependencia del patrono demandado— mediante retribución, que se presume ocurre en toda relación de trabajo personal, fueron dados por establecidos en el fallo acusado cuando ocurre como sigue: "... "Quiere decirse que la relación laboral se desarrolló del 30 de abril de 1965 a la misma fecha de 1968. "No se logró establecer la suma de dinero que el extrabajador dice haber pactado con los beneficiarios del servicio, y por tanto, se aceptará el de seiscientos pesos mensuales de que habla la respuesta del libelo, ya que constituye prueba de confesión de acuerdo con el artículo 607 del Código Judicial, aplicable por analogía (sic) en las materias laborales".

En seguida dice el recurrente, que de conformidad con los artículos 1757 del C. C. 625 del C. J. y 51 del C. P. L., establecida la "obligación remuneratoria del demandado al actor, correspondía a aquel probar su extinción por los medios de convicción que son los establecidos por la ley", pero que esto no ocurrió porque el Tribunal, para afirmar lo contrario, expuso la opinión de que "todo parece indicar que dadas sus funciones de administrador de la finca, podían cubrirse con los producidos de lo mismo el salario en dinero".

Hace en seguida el recurrente una serie de disquisiciones sobre la locución "parece, que emplea el Tribunal en su fallo y expresa que el sentenciador lo que dijo fue que el salario "pudo pagarse luego se pagó", y que ni una ni otra opinión o creencia y posibilidad, tan "particulares", significan o demuestran la conclusión del sentenciador, sino una postura mental "del fallador contumaz a la aplicación del artículo 27 del C. S. T., y por de medio del artículo 1757 del C. C. a hechos que lo reclamaban, y pedían la condenación en la forma pretendida por el actor a sus salarios".

El opositor replica este ataque diciendo que el cargo está deficientemente formulado, frente a la técnica que exige el planteamiento de la casación, por no contener la proposición jurídica completa o de derecho sustancial que ampararía el derecho demandado, ya que el artículo 1757 del C. C. es una disposición general reguladora del "omus probandi", y el 27 del C. S. T., es solo enunciativo del principio de que la remuneración es ínsita y consecuencia correlativa de todo trabajo dependiente y una de las tantas reglas generales del contrato de trabajo.

Se considera

De conformidad con el petitum de la demanda extraordinaria, el casacionista aspira a que como consecuencia del quebranta-

miento parcial del fallo impugnado, la Sala revoque la providencia del a-quo, que absolvió a los demandados del pago de salarios insolutos y conforme a sus pedimentos, condene a estos en cuantía de $ 21.600, o sea a 36 mensualidades, a razón de $ 600.00 cada una.

El Tribunal al absolver por este extremo del litigio, no hizo otra cosa que declarar que los demandados habían cumplido con la obligación que les impone el numeral 4º del artículo 57 del C. S. T. y los artículos 132, 134, 138 y 139 ibídem, y sobre la base de que dio por probado que las partes habían convenido un salario de $ 600.00 mensuales, tal como se confesó en la contestación de libelo.

De esta suerte, si el ad-quem, al absolver, como se dijo de esta pretensión, hubiera incurrido en violación de normas legales sustanciales, las quebrantadas en primer término, y en forma fundamental, habrían sido las disposiciones antes citadas, que en relación con el salario, consagran y reglan el derecho impetrado por el actor en el juicio.

Frente a esta circunstancia, se encuentra, que el recurrente como disposición sustancial violada por el Tribunal indica el artículo 27 C. S. T., solamente, pero no dice que se hubieren infringido los ordenamientos de la ley que consagran los derechos materiales respecto de los cuales, y para el caso que se estudia, se trabó la litis y que deberían ser tutelados en la decisión de instancia de la Corte que prosiguiese a la quiebra en su caso por este aspecto, del fallo acusado. Aparece así el cargo, formulando una proposición jurídica incompleta, que lo hace inestimable.

Segundo cargo

Lo formula así el recurrente:

"Por inobservancia del artículo 27 del C. C., el fallador interpretó mal y aplicó indebidamente el artículo 65 del C. S. del T.".

En el desarrollo del cargo el acusador después de transcribir el aparte respectivo de la sentencia del ad-quem, hace igual cosa con el artículo 65 del C. S. T., y con el 27 del C. C. y dice que la confrontación del fallo con estas disposiciones deja en evidencia el craso error del fallador, porque si este sostiene que la mora corre a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda al doctor Alberto Muñoz Duque, está desconociendo el primer inciso del artículo 65 C. S. T., que "consagra el principio universal del derecho en cuya virtud, la exigibilidad de las obligaciones determina su cumplimiento y el no satisfacerlas en su nacimiento, para el caso a la terminación, de la relación laboral de los demandados con el actor García Díaz, hecho ocurrido el 30 de abril de ese mismo año de 1968, conlleva sanción moratoria".

Es errónea pues, dice el impugnante, por desatención del texto claro de la disposición citada, su interpretación por parte del Tribunal, e indebida su aplicación, pues, a causa o con ocasión de aquella, la aplicó a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda cuando debió hacerlo desde la fecha de terminación del contrato, como era lo correcto.

Respecto a este cargo observa el opositor que él adolece como el anterior de falta de técnica pues dice, se acusa la sentencia por dos motivos de casación diferentes, o sea interpretación errónea del artículo 65 C. S. T. e indebida aplicación del mismo, y según el replicante, es regla elemental por el rigorismo del recurso, que en un solo ataque no se pueden involucrar diferentes conceptos de violación.

Dice también que el corto tiempo transcurrido entre la fecha de la terminación del contrato y aquella desde la cual condenó el Tribunal al pago de indemnización moratoria, bien puede entenderse como plazo prudencial, máxime cuando el trabajador por la posible comisión de un delito dejó de trabajar y fue privado de la libertad, teniendo ese ilícito fundada incidencia en

la perdida, o por lo menos, retención del valor de los derechos del asalariado.

Se estudia

El Tribunal luego de dejar sentadas las bases para la condena por vacaciones en cuantía de $ 900.00 y de primas de servicio, por la suma de $ 1.500 exceptuando la proporcional al último semestre sobre la que no se pronunció en el fondo, se expresó así en relación con la indemnización moratoria:

"Como los demandados alegan que se vieron en la necesidad de poner fin a la relación laboral con el actor por causa del encarcelamiento que este sufrió el día 30 de abril de 1968, se tomará en cuenta para la indemnización moratoria de que habla el artículo 65 del C. S. del Trabajo, la fecha de la notificación del auto admisorio de la demanda al doctor Alberto Muñoz Duque, o sea, el día 26 de julio de 1968. Y como la parte demandada solo vino a hacer la consignación el día 20 de agosto de 1968, adeuda por este concepto al actor, la cantidad de cuatrocientos sesenta pesos ($ 460.00)".

No se discuten los hechos básicos del litigio consistentes en la existencia del contrato de trabajo entre Francisco García Díaz, de una parte, y Alberto Muñoz Duque y Hernán Ramírez Duque, de otra, la duración del vínculo, su terminación que ocurrió el 30 de abril de 1968 y el salario devengado por el actor que fue de $ 600.00 mensuales.

Tampoco existe divergencia respecto a las deudas laborales por vacaciones y primas de servicio correspondientes a los años de 1965, 1966, y 1967, ni que el 20 de agosto de 1968, los demandados consignaron lo que creían deber a su ex-trabajador.

En estas circunstancias el cargo por la vía directa de la ley, interpretación errónea del artículo 65 C. S. T. y consecuencial aplicación indebida de la misma disposición, está técnicamente formulado.

Así las cosas, encuentra la Sala que el Tribunal, en la sentencia acusada, teniendo en cuenta que solo hasta el 20 de agosto de 1968, se había verificado la consignación de lo que estimaron deber a García sus patronos, y que por otra parte antes de esa fecha no se habían cancelado lo referente a vacaciones y primas de servicio, dio aplicación al artículo 65 C. S. T., pero lo limitó en sus efectos y solo produjo la condena desde la fecha en que se notificó el auto admisorio del libelo a uno de los demandados solidariamente, el señor Alberto Muñoz Duque, dando como razón que éste y Hernán Ramírez, habían alegado "que se vieron en la necesidad de poner fin a la relación laboral con el actor por causa del encarcelamiento que este sufrió el 30 de abril de 1968".

Al proceder en esta forma, el ad-quem, no tuvo en cuenta el recto sentido del artículo 65 citado, que impone la sanción por mora al patrono que no cancela al trabajador a la terminación del contrato, los salarios y prestaciones debidos consideró que en casos como el sub-lite, en donde existía una investigación penal por el delito de abigeato continuado, la sanción por mora no se causaba sino desde la notificación del auto admisorio, de la demanda.

Si bien es cierto que el derecho de retención consagrado en el artículo 250 del C. S. T., exime del pago al momento de la terminación del contrato, y mientras se resuelve la investigación penal, también lo es que respecto a vacaciones, primas y otras prestaciones, no existe tal derecho, lo que hace que la interpretación del Tribunal errónea en sí misma respecto del artículo 65 ibídem, condujo a la aplicación indebida de la misma norma, por cuanto al trabajador se le debían prestaciones no retenibles.

El cargo prospera, y en consecuencia, la Corte, Sala Laboral, convertida en Tribunal de instancia, revocará el numeral 2º de la sentencia del a-quo, en cuanto por él se absolvió de indemnización moratoria a los demandados, para condenarlos solidariamente por este concepto desde el 30 de abril de 1968 fecha de terminación del contrato hasta el 20 de agosto del mismo año, en que se verificó la consignación a que se ha hecho mención, de conformidad con los

hechos no discutidos en el litigio y relacionados al estudiar este ataque.

Tercer cargo

Se formula este ataque de la siguiente manera:

"Violación indirecta por aplicación indebida del artículo 65 del C. S. del T., a causa de error manifiesto de hecho".

Dice el recurrente que en el fallo acusado se admite o da como probado que la parte demandada vino a hacer la consignación el día 20 de agosto de 1968, pero por error manifiesto de hecho, proveniente de la falta de apreciación de la confesión de esa parte hecha en la contestación del libelo "contenida en la oferta de ella, le dio al hecho efectos liberatorios propios del pago de que carece por condicionada y ayuna de animus solvendi".

En apoyo de este aserto transcribe en parte la contestación del hecho 5º de la demanda y del numeral 6º de la petición de pruebas, uniendo las dos transcripciones en forma que da la impresión de que son una sola manifestación sobre el precitado hecho.

Dice luego que si la consignación o depósito "fue para evitar los riesgos del artículo 65 del C. S. del T. como llaman los patronos la sanción del incumplimiento de sus obligaciones para con los trabajadores destinada a responder por las prestaciones sociales del señor García Díaz y condicionada al evento adverso de la litis o favorable del negocio penal, y viene así probado por la confesión mencionada que dejó de atender el H. Tribunal no podía darle los efectos liberatorios que le asignó, en fin tenerla como verdadero pago por consignación, medio liberatorio de las obligaciones a cargo (sic) de los doctores Muñoz y Ramírez Duque. Más se los dio, precisamente, porque no tuvo en cuenta el aludido medio de convicción, aplicando indebidamente el artículo 65 del C. S. del T., por limitación de sus efectos a la fecha del Depósito".

El opositor al referirse a este cargo expresa que al concretar el ataque se peca contra la técnica por cuanto el Tribunal sí apreció la prueba a que alude el recurrente y que tan evidente es esto que dio a la consignación "total efecto liberatorio". Que si se hubiera cometido el error de hecho lo habría sido por mala apreciación de la prueba y no por falta de estimación de la misma.

Se considera

En este cargo el recurrente sostiene que los demandados no consignaron para pagar lo que creían deber al actor, sino para evitar los riesgos del artículo 65 C. S. T., y que, además, condicionaron el acto a determinado resultado de la investigación penal o a la decisión del juicio laboral, y considera que lo dicho al contestar la demanda constituye confesión.

La manifestación de una parte de ser cierto el hecho que lo perjudica afirmado por la otra, es lo que constituye confesión y se da este fenómeno en la contestación del libelo, cuando el demandado, al contestar los hechos del mismo los acepta total o parcialmente, siempre y cuando lo perjudiquen.

La manifestación de autos, hecha por los demandados, no se reviste de por sí el carácter de confesión, como tampoco, el aviso, en el capítulo de pruebas, de que aquellos harían una consignación por dos mil pesos ($ 2.000.00).

Al examinar la contestación del hecho quinto (5º) de la demanda, encuentra la Sala, que allí vuelve a expresarse que lo único que se convino con el demandante fue pagarle seiscientos pesos ($ 600.00) mensuales y que, en general, sin concretar cuáles son, las prestaciones sociales no se le niegan.

En cuanto al argumento de que los demandados ofrecieron consignar lo que creían deber por prestaciones, solo para evitar los riesgos del artículo 65 C. S. T. y que el depósito que avisaron fue condicionado, en manera alguna desvirtúa, en el sub-lite,

el valor liberatorio de la consignación hecha oportunamente, porque se observa que en el plenario aparece que el Juez tuvo como prueba, sin reservas ni condiciones, "la consignación de dos mil pesos ($ 2.000.00) que avisa el demandado para responder sus prestaciones sociales al demandante", y que el auto respectivo quedó en firme sin que fuera reclamado.

Además la cantidad de $ 2.000.00 depositada en la Caja Agraria fue solicitada por el apoderado del trabajador, hoy recurrente, y existe constancia del recibo del título de depósito, el 11 de julio de 1969 (folios 25 y 26).

Por lo dicho el error de hecho imputado al Tribunal, no existió y en consecuencia el cargo se desestima.

Cuarto cargo

El recurrente lo enuncia así:

"Por violación expresa o falta de aplicación, del parágrafo del artículo 7º del D. 2351 de 1965, el fallador aplicó indebidamente en la sentencia acusada el numeral 5º del literal A) de la precitada disposición y los artículos 250 y 306, mismo literal del Código Sustantivo del Trabajo, dejando como consecuencia de aplicar, también, los artículos 8º numerales 1º, 2º y 4º, literales A) y B) del mismo D. 2351 de 1965 y 249 del C. S. del T. y aplicó mal, además, el numeral 7º del literal A) del ya citado D. 2351 de 1965 con consecuente falta de aplicación de los artículos 8º, numerales 1º, 2º y 4º literales A) y B) del mismo Decreto y del artículo 249 del C. S. del T.

Dice en el desarrollo del cargo, que en el hecho 2º de su escrito de demanda, afirmó el actor que, "2º En la última fecha —se refiere al día 30 de abril de 1968— fui despedido unilateralmente y sin causa alguna legal" y que en la contestación del mismo dijeron los demandados:

"Al hecho segundo: El demandante fue detenido a raíz de una investigación penal que se signó inicialmente por la Inspección Departamental de Policía de Bijagual, y a raíz de la detención preventiva que dura más de ocho días e incluso más de 15 (sic), hubo que prescindir de sus servicios".

Expone luego el casacionista que así, es claro que el motivo que tuvieron los patronos de García Díaz para despedirlo fue ser detención preventiva por el lapso indicado; que la confesión de la parte demandada lo acredita plenamente sin que contra ella se pueda probar sino por eventos de error o dolo que no aparecen, y así lo estimó el fallador.

Transcribe en seguida el recurrente el parágrafo del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, y jurisprudencia de la Corte, para significar que durante el juicio no se puede invocar válidamente una causal distinta en relación con la terminación del contrato.

Agrega en seguida el impugnante:

"Si como está evidentemente probado y lo acepta el fallo acusado, según se vio, la causa del despido de García Díaz fue su "Encarcelamiento o detención preventiva superior a los ocho días y aún a los quince, ni sus patronos ni mucho menos el H. Tribunal podían invocar válidamente causales distintas de ella para justificar su despido y retención de cesantía primas. De allí que al fundar la excepción declarada de petición antes de tiempo en invocación de supuesto acto inmoral o delictuosos, dejó de aplicar el parágrafo citado, esto es lo infringió en forma directa y expresa y también directamente, por aplicación indebida erró al darle efectos al numeral 5º del literal A) del Art. 7º del D. 2351 de 1965 y los artículos 250 y 306, mismo literal, del Código Sustantivo del Trabajo, dejando, como consecuencia de aplicar, también, los artículos 8º, numerales 1º, 2º y 4º literales A) y B) del mismo D. citado y 249 del C. S. del T. razón por la cual se abstuvo en el fallo de condenar al auxilio de marcha, a las cesantías y prima proporcional del año de 1968, primer semestre.

Es más: aún con acatamiento del parágrafo repetidamente citado y concretado el

examen de la legalidad del fallo que niega por extemporáneas las pretensiones al auxilio de marcha, las cesantías y la prima proporcional al último semestre servido por el trabajador demandante, se tiene, también, la aplicación indebida del numeral 7º del literal A) del art. 7º del tantas veces citado D. 2351 de 1965, y la consecuente falta de aplicación de los artículos 8º numerales 1º, 2º y 4º literales A) y B) del mismo Decreto y del Artículo 249 del C. S. del T.

5. En efecto,

"...

"El actor fue encarcelado el día 30 de abril de 1968, por la Inspección de Policía del Corregimiento de Bijagual, y puesto posteriormente a órdenes del Juzgado Penal Municipal de Caucasia, en donde el 30 de mayo del mismo año se le resolvió la situación jurídica dejándolo en libertad, pues no hubo mérito para dictarle auto de detención", según los motivos del fallador, lo cual quiere decir que el demandante nunca estuvo DETENIDO en los términos del art. 49 del D. 1358 de 1964, sobre régimen de detención, captura y libertad del procesado. Fue sencillamente RETENIDO y privado de su libertad contra la contitución (sic) y leyes de la República que garantizan aquella y éstas cuando mandan al Juez en su desarrollo, definir la situación del sindicado a más tardar dentro de los quince días siguientes a su captura o privación efectiva de la libertad.

"6. Ahora bien:

"El citado numeral 7º del literal A) del Art. 7º del D. 2351 de 1965, es del siguiente contenido:

"Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo:

...

"A) Por parte del patrono:

...

"7. La detención preventiva del trabajador por más de treinta días..." (Destaco).

"En fin, si como se vio no hubo detención preventiva del trabajador sino retención por lapso que no excedió los 30 días, la anterior disposición fue aplicada a presupuestos que la rechazaban, esto es indebidamente, con las consecuencias ya indicadas de falta de aplicación de las adecuadas, por lo cual el fallo acusado debe ser casado con fallo condenatorio del demandado al pago de la indemnización por despido unilateral sin causa justificada del trabajador y a la prima proporcional al último semestre servido".

El opositor sostiene a su vez que el cargo no se ajusta a la técnica "porque pretende que el sentenciador violó por infracción directa varias normas y dejó de aplicar otras, pero al sustentar la acusación se ve forzado a referirse a cuestiones fácticas ya a su prueba, lo cual no es admisible..."

Se considera

En este confuso ataque el acusador expresa que en la sentencia objeto del recurso se aplicó indebidamente el numeral 5º del literal a) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 y los artículos 250 y 306 del C. S. T., y que a consecuencia de esta violación dejó de aplicar los artículos 8º, numerales 1º, 2º y 4º literales a) y b) del citado Decreto y 249 del C. S. T., en forma contraria a derecho el numeral 7º literal a) de aquel.

Esta forma de acusación podría aceptarse porque la aplicación indebida de la ley puede dar lugar a que deje de observarse otro de sús mandatos o que por causa de la misma violación se apliquen equivocadamente otras de sus disposiciones.

Ocurre empero que el recurrente, hace aquellas censuras a la sentencia como consecuencia de que el Tribunal violó expresamente, es decir, por infracción directa, el parágrafo del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, o porque no le dio aplicación "falta de aplicación"— y esta es una modalidad de la aplicación indebida de la ley.

Entonces, en el cargo se acumulan motivos distintos de casación en forma contraria a la técnica del recurso.

A la Corte en este caso no le es dado escoger si la violación de la ley fue por infracción directa o por aplicación indebida.

De otra parte, se observa, que la censura descansa precisamente y en especial en la confesión hecha por los demandados al contestar el libelo, y entonces, como el ataque se ha hecho por violación directa de la ley, no puede estimarse, por cuanto, es incompatible con cuestiones fácticas.

El cargo en consecuencia se desestima.

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 segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio que adelantó Francisco García Díaz contra Alberto Muñoz Duque y Hernán Ramírez Duque, en cuanto por ella se condenó a los demandados a pagar al actor, indemnización moratoria solo desde el 26 de junio de 1968, y como Tribunal de instancia revoca en este punto lo dispuesto por el numeral 2º de la sentencia de primer grado, de fecha 17 de octubre de 1969 y condena a los demandados solidariamente a pagar por concepto de indemnización moratoria al señor Francisco García Díaz, la suma de dos mil doscientos pesos ($ 2.200.00) NO LA CASA en lo demás.

Sin costas en el recurso.

Cópiese, publíquese, 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.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TERMINACION DEL CONTRATO DE TRABAJO POR CLAUSURA DE LA EMPRESA

Cuando la ley ha señalado ciertas formalidades previas a la terminación del contrato de trabajo, es necesario que ellas se cumplan para que el vínculo contractual termine en forma legal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., ocho de junio de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Doctor José Eduardo Gnecco C.).

(Acta número 23).

José Ernesto Haya Bravo, mayor, vecino de Cali, demandó por medio de apoderado judicial a "**Central Automotor Limitada**" persona jurídica domiciliada en Cali, para que mediante los trámites de un juicio ordinario laboral se la condenara a lo siguiente: a reintegrarle a la empresa en las mismas condiciones de empleo de que gozaba al momento del despido y al pago de los salarios dejados de percibir, o al pago de la indemnización por la terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa; a que se le reconozca el derecho a la pensión proporcional de jubilación y se ordene su pago en cuantía de $ 693.00 mensuales a partir del ocho (8) de enero de 1969, fecha en que cumple cincuenta años de edad; a pagarle la indemnización y las costas del juicio.

Los hechos de la demanda pueden sintetizarse así: José Ernesto Haya Bravo celebró un contrato de trabajo con "Central Automotor Limitada" el 1º de septiembre de 1957, prestando sus servicios durante once años, veintiocho días, sin interrupción, hasta el 28 de septiembre de 1968, siendo su último sueldo mensual de un mil doscientos sesenta pesos ($ 1.260.00). El 27 de septiembre de 1968 la sociedad demandada informó al demandante que el 28 de septiembre siguiente quedaría terminado el contrato de trabajo por clausura definitiva de la empresa; antes, el 6 de mayo del mismo año, le informó que había solicitado permiso para el cierre definitivo, pero en dicha fecha no estaba autorizada la clausura; el patrono no cumplió lo establecido en el artículo 466 del Código Sustantivo del Trabajo, pues dio el aviso de terminación del contrato con un día de antelación, ni manifestó ninguna de las quince causales señaladas en el literal A) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, ni garantizó a juicio del Ministerio de Trabajo la correspondiente indemnización consagrada en el artículo 8º del mismo Decreto y el numeral 5º del artículo 13 del Decreto 1373 de 1966. El 28 de septiembre de 1968 la empresa se encontraba en plena actividad comercial y con trabajadores a su servicio.

El apoderado de "Central Automotor Limitada" al contestar la demanda aceptó unos hechos, negó otros y se opuso a las peticiones en ella contenidas, como hechos y razones de la defensa expuso principalmente los siguientes: Debido a la mala situación de la Empresa provocada por la suspensión de importaciones de vehículos automotores y de repuestos como consecuencia de medidas gubernamentales, se vio obligada a retirar paulatinamente a algunos trabajadores, sesenta y tres (63) en

total desde enero de 1967 a diciembre de 1968. Mediante los trámites previstos en los artículos 40 del Decreto 2351 de 1965 y 13 del Decreto 1373 de 1966, el Ministerio del Trabajo dictó las Resoluciones 26 DJ de 31 de julio de 1968 y 28 DJ de 14 de agosto del mismo año, por medio de las cuales se autorizó la liquidación o clausura definitiva de la empresa; estas resoluciones se notificaron oportunamente a los trabajadores, quienes interpusieron los recursos legales, y en la actualidad se encuentran ejecutoriadas. Central Automotor Limitada, autorizada legalmente para clausurar labores, liquidar sus actividades y proceder al cierre definitivo, a partir del 28 de septiembre de 1968 no tuvo necesidad de algunos departamentos, y así lo comunicó a los trabajadores en carta del 27 del mismo mes.

Cumplido el trámite de la primera instancia, el Juez 4º Laboral del Circuito Judicial de Cali, quien conoció del juicio, dictó sentencia por medio de la cual condenó a Central Automotor Limitada a pagar a José Ernesto Haya Bravo la suma de doce mil ochocientos noventa y nueve pesos con 39/100 ($ 12.899.39) por concepto de indemnización por despido unilateral e injusto; se inhibió de fallar la petición de pensión de jubilación y absolvió a la sociedad demandada de las demás peticiones que dieron origen al juicio. Las costas las hizo de cargo de la parte demandada.

Apeló el apoderado de Central Automotor Limitada. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala Laboral, al decidir la alzada, revocó la condena por concepto de indemnización por despido unilateral e injusto y la inhibición de fallar la petición de pensión de jubilación y en su lugar condenó a Central Automotor Limitada a pagar a José Ernesto Haya Bravo la suma de un mil doscientos veinte pesos ($ 1.220) como indemnización del preaviso de que se habla en el ordinal 3º del artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo; confirmó la absolución de los demás cargos de la demanda y la condena en costas y no condenó por estas últimas en la instancia.

Recurrió en casación el apoderado de José Ernesto Haya Bravo.

Concedido por el Tribunal Superior, el recurso fue admitido por esta Corporación. Habiendo llegado la oportunidad legal, se decidirá previo el estudio de la demanda de casación y de la correspondiente réplica del opositor.

Alcance de la impugnación

Pretende que se "Case parcialmente la sentencia acusada en cuanto al numeral 1º) condenó a la sociedad demandada a pagar a José Ernesto Haya Bravo la 'indemnización del preaviso' y que en función de instancia se confirme el numeral 1º) de la parte resolutiva del fallo de primera instancia, o sea, que se acceda a la indemnización por despido ilegal que consagra el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965 en cuantía de $ 12.899.39".

Como fundamento en la causal primera de casación formula el siguiente

Cargo único

"La sentencia acusada viola, por interpretación errónea, los artículos 6º del Decreto 2351 de 1965, 61 del Código Sustantivo del Trabajo, 51 y 466 del mismo Código, 40 del Decreto 2351 de 1965 y 13 del Decreto Reglamentario 1373 de 1966, violación que condujo al Tribunal a no aplicar el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965".

Al sustentar el cargo, el recurrente transcribe apartes del fallo de segunda instancia y dice que el Tribunal Superior considera que cuando el contrato de trabajo termina por clausura definitiva de la empresa, el patrono debe dar aviso al trabajador en los términos del artículo 51 del C. S. del T. en virtud de lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 61 del mismo Código, pero que, interpretando dichas normas erróneamente, llega a la conclusión de que la omisión de dicho aviso no invalida el despido, sino que acarrea al patrono la obligación de pagar la indemnización a que se refiere el ordinal 3º del artículo 51 ibídem. Agrega que la interpretación correcta de dichas disposiciones consiste en que: "Cuando el patrono recibe autorización para clausurar definitivamente la empresa debe dar aviso a sus trabajadores con un mes de antelación, como lo dispone el artículo 466 del C. S. T. y lo

consagra el inciso 2º del artículo 61 ibídem, que el fallador considera vigente. Si omite este preaviso, que es 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.

El opositor observa, en primer término, que el interés jurídico de la parte demandante quedó concretada en la suma de $ 12.899.39, pues se conformó con la condena sobre indemnización por despido injusto y las observaciones sobre las demás peticiones, al no apelar del fallo de primer grado. Cita varias jurisprudencias de esta Corporación y pide que el recurso sea rechazado y en su lugar se profiera decisión inhibitoria.

Argumenta luego, para el caso de que no se acceda a la anterior solicitud, que la acusación no se compadece con la técnica del recurso, pues está de por medio una cuestión de hecho, cual es la de "que la interpretación de las normas legales que se citan en el cargo se apoyó en elementos fácticos, tales como las resoluciones proferidas por la Regional del Trabajo del Valle, la carta de terminación del contrato del 27 de septiembre de 1968, etc. Más aún, tales probanzas aparecen mencionadas en la transcripción que hace el recurrente de la sentencia".

Refiriéndose al fondo de la acusación, dice que si no se encuentra vigente el numeral 2º del artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo, como lo reconoció esta Sala en sentencia de veintiséis (26) de febrero de mil novecientos setenta y uno (1971) Luis Arturo Vallejo contra Central Automotor Limitada, la empresa demandada no puede ser condenada a pagar una indemnización por incumplimiento de una disposición derogada, que disponía dar aviso a los trabajadores del cierre de la empresa con una antelación de treinta días. Comenta la jurisprudencia contenida en el referido fallo de esta Corporación en cuanto considera vigente el artículo 466 del Código Sustantivo del Trabajo y manifiesta que no la comparte, pues a su juicio fue derogado, conjuntamente con el numeral 2º del artículo 61 ibídem, por el artículo 42 del Decreto 2351 de 1965. El primero por su incompatibilidad con el numeral 2º del artículo 6º de dicho Decreto y el segundo por haber éste reglamentado íntegramente la materia. Agrega que la tesis de la Corte sobre que la omisión del aviso con treinta días de antelación acarrea al patrono la indemnización por despido injusto puede aceptarse para los demás preavisos, más no para este, que considera especialísimo.

Por último dice que en el caso improbable para él, de que prospere la acusación, debe modificarse lo resuelto por el a-quo, quien no tuvo en cuenta el capital de la empresa para liquidar la indemnización por despido injusto.

Se considera

En relación con las consideraciones que hace el opositor sobre la cuantía del interés jurídico para recurrir del demandante, es de observar que si bien es cierto éste no interpuso el recurso de apelación contra el fallo de primer grado, limitando en consecuencia su interés a lo fallado por el a-quo, también lo es que el Tribunal Superior, al decidir la apelación de la parte demandada, hizo más gravosa su situación al revocar la inhibición del fallador de primera instancia sobre la petición de pensión de jubilación, cuando absolvió de esta prestación a Central Automotor Limitada. Con el fallo inhibitorio por petición antes de tiempo, al demandante le quedaban abiertas las puertas para que en su oportunidad pudiera reclamar la pensión proporcional de jubilación. Mas con la absolución de la demandada por este concepto, perdía su derecho a dicha prestación. Por lo tanto, al valor de la indemnización por terminación unilateral e injusta del contrato de trabajo, fijada por el a-quo en doce mil ochocientos noventa y nueve pesos con 39/100 ($ 12.899.39), hay que agregar el de la eventual pensión proporcional que empeza-

ría a disfrutar a partir de los sesenta años. Teniendo en cuenta que al dictarse la sentencia de segunda instancia el trabajador tenía 41 años de edad, de acuerdo con la partida de bautismo que obra a folios 16, su vida probable, según la tabla oficial o adoptada por el Ministerio de Trabajo por medio de la Resolución 01161 de 5 de agosto de 1966, era en esa fecha de 28.22, o sea que de acuerdo con las probabilidades podría disfrutar de esa pensión durante 9 años. Y como la pide en cuantía de seiscientos noventa y tres pesos ($ 693.00) mensuales, el interés jurídico en relación con esta petición ascendería a setenta y cuatro mil ochocientos cuarenta y cuatro pesos ($ 74.844.00), que excede los cincuenta mil pesos señalados por la ley para recurrir. Estos cálculos los tuvo en cuenta la Sala para admitir el recurso.

No desvirtúa lo anterior la circunstancia de que en el recurso no se hubiese impugnado este aspecto de la sentencia de segunda instancia, limitándose el recurrente a lo relacionado con la indemnización por despido injusto, que individualmente considerada no alcanza el límite legal, pues el interés jurídico para recurrir es el existente en la fecha de dictarse el fallo, como reiteradamente lo ha dicho esta Corporación, y no disminuye si el impugnador limita sus acusaciones a unos aspectos del fallo y no a la totalidad de los que le fueron desfavorables.

Cuanto a la interpretación de las normas a que se refiere el cargo único, esta Sala fijó su criterio en sentencia de 26 de febrero del año en curso (Luis Arturo Vallejo contra Central Automotor Limitada), pronunciada en un caso similar al que se estudia, pues se relacionaba con otro trabajador de la misma empresa por su cierre definitivo y en donde el casacionista y el opositor plantearon iguales aspectos a los de este recurso. Dijo así la Corporación en esa oportunidad:

"El artículo 6º del Decreto 2351 de 1965, que subrogó al 61 del Código Sustantivo del Trabajo, enumera los modos de terminación del contrato de trabajo. En el literal e) se refiere a la liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento como uno de esos modos de extinción del vínculo contractual, y en el inciso 2 dispone que en este evento el patrono debe notificar al trabajador la fecha precisa de la liquidación definitiva de la empresa, modificando así el inciso 2 del subrogado artículo 61, que para el mismo caso ordenaba que el patrono debía proceder en la misma forma prevista en el ordinal 3º del artículo 51 del mismo Código, o sea que era necesario notificar a los trabajadores la fecha precisa de la liquidación definitiva, con anticipación no inferior a un mes, o pagándoles los salarios correspondientes a este período. Pero este inciso 2 no se encuentra vigente, por haber sido subrogado el artículo 61 en su totalidad. Sin embargo, el ad-quem le dio aplicación y concluyó que no habiéndosele notificado al trabajador la fecha precisa de finalización de labores con un mes de anticipación, lo procedente era condenar al pago de los salarios correspondientes al mes. Se expresó así el Tribunal Superior:

'"En el Decreto últimamente mencionado no se derogó o suspendió expresamente ninguna disposición específica del C. S. del T., pues solo se dijo en el artículo 42 que quedaban suspendidas las que le fueron contrarias. Por eso que la subrogación que del art. 61 del C. S. T. hizo el artículo 6º del Decreto no puede considerarse total, puesto que en nada se opone a los términos del mismo, lo dicho en el numeral 2º del citado art. 61, cuando expresa: " 'En los casos contemplados en los ordinales e y f de este artículo, el patrono debe proceder en la misma forma prevista en el ordinal 3º del artículo 51". Es una norma específica, que se concreta a los casos de suspensión de actividades o cierré definitivo de la empresa, y en consecuencia, cuando quiera que se requiera hacer despidos colectivos de trabajadores, por cualquiera de esas causales, el aviso de que trata el art. 466 de la misma obra, debe hacerse en la misma forma prevista en el artículo 51 ibídem, y con las mismas consecuencias previstas en este caso de la omisión de él por parte del patrono, puesto que a tal disposición remite el numeral 2 del art. 61 que venimos comentando. En

estas condiciones, concatenando unas disposiciones con otras, que es labor del Juzgador, se llega a la conclusión de que la omisión del aviso por parte del patrono no invalida el despido, puesto que aquel no es en la actual legislación, concretada hoy en el artículo 40 del Decreto 2351/65, ni lo era antes de esta última disposición, requisito indispensable o determinante de la validez del despido, sino que su omisión, como lo hemos visto, compaginando unas disposiciones con otras, solo acarrea al patrono la indemnización consagrada en el ordinal 3º del art. 51 citado' ".

" 'Para el casacionista, tanto lo que dispone el inciso 2 del artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo como la norma consagrada en el artículo 466 ibídem, deben interpretarse en el sentido de que la omisión del aviso con antelación de un mes por parte del patrono convierte la terminación de contrato en injustificada y por consiguiente el trabajador adquiere el derecho a las indemnizaciones legales que se derivan de dicha terminación.

" 'Habiendo llegado a la conclusión de que el inciso 2 del artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo no está vigente, se referirá la Corte al planteamiento del impugnador en relación con el artículo 466 ibídem, que estatuye lo siguiente: " 'Las empresas que no sean de servicio público no pueden clausurar sus labores sino mediante aviso a los trabajadores con no menos de un (1) año de antelación, salvo fuerza mayor o caso fortuito, y sin perjuicio de las indemnizaciones a que haya lugar por razón de contratos de trabajo concertados por un tiempo mayor. Si la empresa clausurada reanudare actividades dentro de los ciento veinte (120) días siguientes deberá admitir de preferencia al personal licenciado, en condiciones no inferiores a las de que disfrutaba en el momento de la clausura. Los trabajadores que, debidamente avisados, no se presentaren dentro del tercer día, perderán este derecho preferencial'."

" 'La norma que acaba de transcribirse se refiere, a contrario de lo que dice el opositor, a toda clase de clausura de labores, tanto temporales como definitivas, pues no hace distinción alguna sobre el particular. Y aún cuando está contenida en la parte segunda del Código sobre Derecho Colectivo de Trabajo, regula también situaciones de Derecho Individual del Trabajo relacionadas con la terminación de los contratos individuales de trabajo.

" 'De manera que cuando una empresa que no es de servicio público clausura temporal o definitivamente sus labores, está obligada a dar un aviso a los trabajadores con no menos de un mes de anticipación. Esta norma no está subrogada ni modificada por el artículo 40 del Decreto 2351 de 1965, que la adiciona en el sentido de que antes de proceder a la terminación de labores, parcial o totalmente, en forma transitoria o definitiva, la empresa o patrono deberá solicitar autorización previa al Ministerio del Trabajo, explicando los motivos y acompañando las correspondientes justificaciones, si fuere el caso.

" 'En el caso en estudio el Tribunal Superior dio por demostrado que el patrono demandado cumplió los trámites previos a la clausura definitiva de la empresa y que omitió dar el aviso con treinta días de antelación al trabajador sobre la terminación de su contrato de trabajo con base en el ordinal a) del artículo 6º del Decreto 2351 de 1965. Estos hechos no los discute el casacionista y sobre su existencia fundamenta la acusación.

" 'Sentado lo anterior, la Sala se pronunciará en relación con la correcta interpretación de las normas cuando se omite dar el aviso de que trata el artículo 466, pues, como se dijo anteriormente, el ad-quem concluye que en este caso el patrono está obligado a pagar el valor de los salarios correspondientes a un mes, y el impugnador sostiene que el incumplimiento de ese requisito convierte la terminación del contrato de trabajo en injustificada y en consecuencia el trabajador tiene derecho a las indemnizaciones legales inherentes a dicha terminación.

" 'Estima la Sala que cuando la ley ha señalado ciertas formalidades previas a la terminación del contrato de trabajo, es ne-

cesario que ellas se cumplan para que el vínculo contractual termine en fórma legal. Si se omiten, la terminación del contrato se produce, pero no puede considerarse como una terminación legal o justa, porque dichas formalidades se han establecido en favor de las partes contratantes, quienes únicamente pierden el derecho a la permanencia y continuidad del vínculo laboral, cuando la ley así lo determina y en la forma por ella señalada. Si en el caso en estudio el patrono estaba obligado a dar a sus trabajadores un aviso con no menos de un mes, de antelación, sobre la clausura definitiva de actividades, y no lo hizo así, dejó de cumplir un requisito indispensable para que la terminación del contrato de trabajo se hubiese producido legalmente. El cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 40 del Decreto 2351 no legaliza ni justifica la ruptura del contrato, pues en él se señala una nueva formalidad, un trámite previo ante el Ministerio del Trabajo, que no elimina el aviso a los trabajadores contemplado en el artículo 466 del Código Sustantivo del Trabajo.

" 'La terminación del contrato, al ser ilegal, se convierte en unilateral sin justa causa comprobada. Ya esta Corporación, con referencia a la omisión del previo aviso que debía dar el patrono a sus trabajadores de acuerdo con el artículo 53 del Código Sustantivo del Trabajo, hoy subrogado, así como el 62 ibídem, por el artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, había llegado a la misma conclusión. Dijo así la Corte en fallo de de 30 de abril de 1950, juicio de Gregorio Sabariegos contra Empresa Edil Limitada: " 'Considera la Sala que la causal a que el sentenciador se refiere exige, para que su ejercicio no sea inepto y se acomode a la norma laboral, no solo la existencia plenamente comprobada de los hechos que la configuren, sino, además que se cumplan las condiciones previas de la ley, que impone: un determinado preaviso o el pago de su equivalente en dinero, pues si esas condiciones no se cumplen, el despido resulta ilegal, con las consecuencias que el proceder acarrea. En apoyo de lo anterior, estima la Sala oportuno transcribir, en lo pertinente, la jurisprudencia sentada por el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, al resolver un caso análogo al presente, en donde se expresó lo siguiente: " 'De esto se concluye que el patrono que despide a su trabajador con causa en el aparte A) numeral 1º del artículo 63, debe cumplir con la obligación previa de avisar por escrito a la otra parte con antelación por lo menos igual al período que regula los pagos del salario, o mediante el pago de los salarios correspondientes a tal lapso, invocando el motivo incluído en dicho numeral. La omisión de este requisito hace incurrir al patrono en las consecuencias del rompimiento unilateral sin causa justificativa, es decir, en la violación del contrato y en la satisfacción consiguiente de las indemnizaciones que por ese motivo resulten a favor del trabajador: salarios del tiempo faltante y los demás perjuicios que pruebe haber sufrido por causa y con ocasión de la ruptura unilateral del contrato (artículo 64 C. S. T.)". '(Casación de fecha 14 de junio de 1956, juicio de Wemwe Obermann contra Francisco Gigl)".

" 'De manera que si la terminación del contrato de trabajo que Luis Arturo Vallejo tenía celebrado con Central Automotor Ltda. fue ilegal, injustificada, el trabajador tiene derecho a las indemnizaciones legales y no al pago de los salarios correspondientes al mes de aviso previo, solución esta última que fue la acogida por el Tribunal Superior, que interpretó erróneamente, en consecuencia, las normas acusadas como violadas por el impugnador, quien en el cargo, como ya se ha visto, señaló la correcta interpretación de ellas.

" 'Al no condenar el ad-quem a la sociedad demandada a pagar la indemnización de que trata el artículo 8º del Decreto 2351 siendo así que la terminación del contrato fue unilateral, ilegal e injustificada, violó dicha norma'."

Además, en sentencia de catorce de mayo (Luis Erasmo Pantoja B. contra Central Automotor Limitada), también similar al de autos, y en donde el opositor critica la interpretación de la Sala expuesta en el fallo transcrito, se reiteró la solución allí contenida, en los siguientes términos:

"La Sala reafirma la doctrina expuesta, pues no halla convincente la tesis del opositor sobre insubsistencia del artículo 466 del C. S. del T. al dictarse el 6º numeral 2º y el 40 del Decreto 2351 de 1965, ya que no es exacto que estas normas reglamenten la materia, ni que haya incompatibilidad entre ellas y el aviso de 30 días exigido por el artículo 466 del Código, que son los eventos de derogación tácita de unas disposiciones legales por otras".

Habiendo el ad-quem interpretado erróneamente las normas señaladas como violadas por el recurrente, la acusación prospera, y se casará la sentencia de segundo grado en lo pertinente.

Para la decisión de instancia se tendrán en cuenta las siguientes consideraciones:

Para liquidar la indemnización por terminación unilateral e injusta a que tiene derecho el demandante como se dijo al estudiar el único cargo presentado, y a la cual condenó el a-quo, aún cuando por razones diferentes, se tendrá en cuenta el tiempo de servicios continuos que aparece en la nota dirigida al Juez Segundo Laboral Municipal de Cali por la sociedad demandada para remitirle el título de depósito en el Banco Popular sobre las prestaciones sociales (folio 51), o sea el transcurrido del primero (1º) de septiembre de 1957 a 28 de septiembre de 1968, es decir, que la relación de trabajo duró once (11) años, veintiocho (28) días. Para determinar el último salario devengado, se tendrá en cuenta el acordado por las partes y que fue pactado en una modificación hecha al contrato de trabajo inicial (folios 52, 53 y 54), en la cual se dijo: "La Empresa, por el servicio que presta el trabajador, de acuerdo con este contrato, se compromete a pagarle, en dinero, una remuneración fija mensual de un mil doscientos cincuenta pesos 00/100 ($ 1.250.00) m./cte., pagaderos por quincenas vencidas. En este sueldo está incluído el subsidio de transporte". Descontando la suma de treinta pesos ($ 30.00), valor del subsidio en la fecha de la modificación, 1º de marzo de 1965, y que no se tiene en cuenta para liquidar indemnizaciones, se obtiene que el último salario devengado por el demandante fue de un mil doscientos veinte pesos ($ 1.220.00) mensuales, o sean cuarenta pesos con 66/100 ($ 40.66), guarismo que también tomó el a-quo.

De acuerdo con el inciso 4, del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, que rige en virtud de lo dispuesto por el artículo 3º de la Ley 48 de 1968, y que es la norma aplicable al caso en estudio por tratarse de un contrato de trabajo a término indefinido, el trabajador demandante tiene derecho a cuarenta y cinco (45) días de salario según el literal a), por el primer año de servicios; y según el literal d) treinta (30) días, por año adicional o fracción, lo que da trescientos dos días con 33/100 (302.33) por los diez años adicionales y fracción. La indemnización, en consecuencia, es equivalente a trescientos cuarenta y siete días con 33/100 (347.33) de salarios, que a cuarenta pesos con 66/100 ($ 40.66), da un total de catorce mil ciento veintidós pesos con 44/100 ($ 14.122.44) obtenido de la siguiente operación aritmética: $ 347.33 X 40.66 = $ 14.122.44.

Sostiene el opositor que no debe tomarse el ciento por ciento de la indemnización, por tener la sociedad demandada un capital de dos millones cincuenta y ocho pesos con 62/100 ($ 2.000.058.62), como lo determinó el perito nombrado en el juicio. Mas no es aceptable esta petición, pues la prueba idónea para fijar el capital de la empresa es la declaración de renta del año inmediatamente anterior, o la certificación del respectivo funcionario de hacienda, y como tal no puede tenerse la referencia que del primero de los documentos hace un perito.

El a-quo condenó a la sociedad demandada a pagar como indemnización por despido unilateral e injusto la cantidad de doce mil ochocientos noventa y nueve pesos con 39/100 ($ 12.899.39), inferior a la obtenida por esta Sala. Pero, a pesar de estar errada dicha suma, se mantendrá la condena para no incurrir en la reformatio in pejus, porque no apeló el demandante del fallo de

primer grado, y además, en el alcance de la impugnación en el recurso extraordinario, también pide que se confirme en este punto la decisión del a-quo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia recurrida en cuanto condenó a Central Automotor Limitada a pagar a José Ernesto Haya Bravo la suma de un mil doscientos veinte pesos ($ 1.220.00) "como indemnización del preaviso de que se habla en el ordinal 3º del artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo", y en función de instancia, CONFIRMA el ordinal 1º de la parte resolutiva del fallo de primer grado. NO SE CASA EN LO DEMAS.

Sin costas en el recurso.

Publíquese, 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.

DETERMINACION DE LA EDAD

No se puede acreditar la edad de una persona acudiendo a una prueba supletoria, sin establecer la inexistencia de la principal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, once (11) de junio de mil novecientos setenta y uno (1971).

(Magistrado Ponente, Doctor Miguel Angel García B.).

(Acta número 23).

El doctor **Eugenio Cambieri**, por medio de apoderado, presentó demanda ordinaria laboral de mayor cuantía contra el **Banco Francés e Italiano para la América del Sud**, con la finalidad de que la parte demandada fuese condenada a pagar al demandante: auxilio de cesantía, remuneración por dominicales y festivos durante los tres últimos años de servicio, compensación por vacaciones, primas de servicio correspondientes a los tres últimos años, pensión mensual vitalicia de jubilación e indemnización moratoria.

El Juzgado Tercero Laboral de Barranquilla por medio de fallo de fecha nueve de mayo de mil novecientos setenta absolvió al Banco demandado de todos los cargos de la demanda, declaró no probada la excepción de prescripción propuesta por la parte opositora, sin costas en la instancia.

Contra esa providencia interpusieron recurso de apelación tanto la parte actora como la demandada. Esta última por cuanto no fue declarada la prescripción propuesta.

El **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla**, en sentencia de seis de agosto próximo pasado revocó el fallo objeto de la alzada y en su lugar condenó al Banco Francés e Italiano para la América del Sur a pagar al doctor Eugenio Cambieri lo siguiente:

"1º Por concepto de cesantía $	12.960.00
Por concepto de primas	1.266.00
Por concepto de vacaciones ..	864.00
Total .....$	.15.090.00

"2º Más una pensión vitalicia de jubilación en cuantía de $ 420.00 mensuales, a partir del 1º de julio de 1968".

Y absolvió al demandado de los demás cargos.

Interpuesto el recurso de casación contra esta sentencia, concedido en su oportunidad y admitido aquí por la Sala se procede a decidir:

La demanda

Fija el casacionista el alcance de la impugnación de la siguiente manera:

"Aspiro a que la H. Corte Suprema de Justicia case parcialmente la sentencia recurrida en cuanto por sus numerales 1º y 2º fulminó las condenas ya singularizadas, para que, en su lugar, como ad-quem absuelva al Banco Francés e Italiano para la América del Sud de las peticiones pertinentes; subsidiariamente, en cuanto por su numeral 1º condenó a este Banco a pagar al doctor Eugenio Cambieri $ 12.960.00 por cesantía y $ 1.266.00 por primas de servicio; y en cuanto por su numeral 2º lo condenó

a pagarle $ 420.00 mensuales, a título de pensión de jubilación, desde el 1º de julio de 1968, para que, en cambio, en sede de instancia, provea como es debido acerca de los dos primeros extremos y absuelva del último a mi poderdante".

Invoca la causal primera de casación y con fundamento en ella formula cuatro cargos así:

Cargo primero

Dice así el casacionista:

"Acuso el fallo impugnado de haber infringido indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 22, 23, 24, 127, 186, 189, 249, 260 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo y 17 del Decreto 2351 de 1965 y 2º de la ley 7ª de 1967. La infracción de estas normas es el resultado del error evidente de hecho en que incurrió el sentenciador al dar por demostrado, sin estarlo, que en la vinculación que existió entre el doctor Eugenio Cambieri y el Banco Francés e Italiano para la América del Sud se dieron los elementos configurativos de un contrato de trabajo. Este error es el producto de la equivocada apreciación de las solicitudes de concepto médico visibles a folios 13 y 214, de las solicitudes de atención médica y de los recibos obrantes a folios 35 a 213 y de la inspección ocular, con sus anexos (folios 259 a 275), así como de la falta de apreciación de la demanda (folios 17 a 23) y de la diligencia de absolución de posiciones por el actor (folios 284 a 286).

"En efecto, ni las solicitudes de concepto ni las de atención médica acreditan las órdenes, a las cuales no podía resistirse el demandante, que el sentenciador se empeña en deducir de su examen, forzando su tenor hasta el punto de ver en ellas, no los ruegos corteses a un profesional independiente —como lo son realmente— sino un disfraz malicioso de tales órdenes. Olvidó, así, que ni siquiera el propio actor —según se desprende del libelo con que inició el juicio y de las posiciones que absolvió— entendió nunca, durante los treinta o más años en que asevera haberle prestado su concurso profesional al Banco demandado que hubiese estado vinculado a éste por un contrato de trabajo. Porque en ese largo lapso siempre pasó cuentas por servicios profesionales y jamás reclamó primas de servicio, vacaciones o cesantías parciales. Este entendimiento, que también fue, invariablemente, el del Banco, constituye indicio vehemente de que tal vinculación no tuvo carácter laboral y ha debido servir de base al juzgador para encontrar desvirtuada la presunción de existencia de la misma. Tal entendimiento, así mismo, desde luego desvirtúa la conclusión del ad-quem acerca de que el Banco demandado procedió con malicioso disimulo en la confección de las solicitudes de atención y concepto médicos.

"De otra parte, además de que las cuentas fueron pasadas por servicios profesionales (lo que indica que se trataba de honorarios por una actividad independiente y no de salario), ocurre que siempre tuvieron valores distintos, circunstancia que relieva aún más el carácter no laboral de la vinculación del doctor Eugenio Cambieri con el Banco, como lo aceptó la H. Corte, por modo expreso, en jurisprudencia reciente, adoptada en un caso similar, cuyos pasos pertinentes me permito transcribir a continuación:" (Seguidamente transcribe apartes de la jurisprudencia que cita).

La parte opositora en su réplica a este cargo puntualiza que:

"No precisa el recurrente el concepto de violación de las numerosas normas del Código Sustantivo del Trabajo y de los artículos 17 del Decreto 2351 de 1965 y 2º de la ley 7ª de 1967, lo que por sí solo sería suficiente para desechar el cargo. Pero ocurre, además, que hace radicar el origen de la infracción en el error evidente de hecho cometido por el sentenciador de segunda instancia al apreciar los elementos probatorios que cita.

"De conformidad con el art. 7º de la ley 16 de 1969, para que proceda el cargo de violación de la ley como consecuencia de un

error evidente de hecho es preciso que el recurrente demuestre haberse incurrido en tal error al apreciar un documento auténtico, una confesión judicial o una inspección ocular y que el yerro aparezca de manifiesto en los autos.

"En el caso de autos, no aparece dicha demostración ni la evidencia del error. Por el contrario, el Tribunal fundamentó su fallo no solo en los elementos probatorios citados por el recurrente como mal apreciados, sino —además— en la confesión del Banco demandado al contestar la demanda (hecho 1º) y en los testimonios de Eduardo Enrique Oquendo, Jean Marie Laurent Barnier, Ricardo Echeverría Sanjuán, Francisco Hugo Rodríguez y Gregorio Vidal Coronado, cuya apreciación no ha sido atacada por el recurrente".

Se estudia el cargo

El Tribunal fundamenta su sentencia sobre la base de la existencia del contrato de trabajo en los siguientes términos:

"Comparte, la Sala, y las prohija porque se ajustan a la verdad de autos, que el demandante doctor Cambieri prestó sus servicios al Banco Francés e Italiano y que por ello el Banco le remuneraba el servicio a medida que se operaba de acuerdo con la labor que ejecutara, o sea, lo que se tipifica como salario a destajo. Pero no acoge la Sala la conclusión de que por no haber demostrado el apoderado del demandante el 'requisito principal del contrato de trabajo como lo es la subordinación o continuada dependencia' no es posible que exista contrato de trabajo alguno en este caso. Porque es general la aceptación por la jurisprudencia de que en cuanto a los profesionales en servicio de asesoría, o de asistencia técnica, que se cumplen en ocasiones esporádicas, como ocurre con abogados, médicos, economistas, etc., a los cuales no se les impone obligación de radicarse en el lugar de trabajo de la empresa ni en determinado sitio, la subordinación es simplemente jurídica, consistente en la posibilidad de que el patrono ordene o requiera los servicios del profesional, de una manera más o menos constante, cuando la ocasión lo demande; y que coloca al profesional en una situación de disponibilidad, ya para acudir al llamado o para prestar el servicio en el propio bufete, consultorio u oficina del profesional, y no empece la libertad de éste para ocuparse en otras actividades o prestar sus servicios a clientela particular.

"De forma que en el caso de autos, si no estuviese acreditado realmente, como sí lo está a juicio de la Sala, esa subordinación, habría que abarcarla dentro de la presunción consagrada en el Art. 24 del C. del T., según la cual 'con la demostración del servicio y de la remuneración se presume el contrato de trabajo, sin que sea necesario, en general, producir la prueba de la subordinación'. O sea, que 'demostrado el servicio personal mediante una remuneración corresponde es al demandante demostrar que el trabajo no era subordinado o no era remunerado, para que pueda concluirse en su favor que no existió contrato de trabajo'.

"En efecto, los testigos todos coinciden en afirmar que el demandante doctor Cambieri atendía al personal y sus familiares del Banco demandado, unas veces en su consultorio y otras en su residencia, previo envío o autorización por el Banco para cada uno. Y en la inspección ocular al folio 258 quedó establecido que el Banco le solicitaba al doctor Cambieri prestar sus servicios médicos a sus empleados según modelos de solicitudes impresos, obrantes a folios 35 a 213, conjuntamente con recibos de pagos globales por esos servicios profesionales hechos al doctor Cambieri por el Banco. Allí aparecen, folios 13 y 214, dicientes notas dirigidas por el Banco al doctor Cambieri solicitándole concepto médico sobre la duración de la incapacidad de la señora María Arrieta empleada del Banco. Que las autorizaciones o notas de envío están redactadas en términos corteses, no hace sino disimular el ordenamiento que entrañaban.

"Asimismo quedó acreditado en la inspección ocular mediante el examen de notas de crédito, las cuales aparecen a folios 259 a 269, relativas al último año de servicios,

de agosto de 1967 a julio de 1968, que alcanzan un total de $ 5.185.00 de lo cual se deduce un salario promedio mensual de $ 432.00".

Se deduce de los apartes transcritos de la sentencia acusada que, el Tribunal sentenciador presenta como soportes fundamentales de su resolución, no solo la presunción de contrato de trabajo estatuída por el artículo 24 del C. S. T., sino la prueba testimonial, principalmente, en concordancia con la inspección ocular y con las documentaciones aducidas a los autos tales como las solicitudes de servicios médicos que obran de folios 25 a 213, recibos de pagos globales folios 259 a 269 y notas de los folios 13 y 214.

El casacionista enfoca la acusación, como está advertido antes, sobre la base de que el error cometido por el fallador de segundo grado al dar por demostrada la existencia de un contrato de trabajo entre el doctor Cambieri y el Banco demandado, es el resultado de equivocada apreciación de unas pruebas y de la falta de apreciación de otras, que determina específicamente.

Es protuberante que el fallador en la sentencia acusada al dar por demostrada la relación contractual existente entre el actor del juicio y el Banco demandado, es decir la realidad de los servicios médicos prestados por el doctor Cambieri al personal que le era remitido por el Banco, o las visitas médicas autorizadas según los formatos impresos acostumbrados por esta entidad, y el pago global de esos servicios, encontró en su concepto y para el caso concreto de autos que sí existió la subordinación de tipo jurídico, suficiente para integrar con los otros elementos precitados, un verdadero contrato de trabajo.

Echa de menos el censor el examen de las posiciones absueltas por el demandante, las que ciertamente no son siquiera mencionadas por el Tribunal, y de cuya inadvertencia quiere el recurrente hacer derivar el error que puntualiza; con todo, examinadas ahora esas posiciones se encuentra que las respuestas se relacionan con las pretensiones de la demanda, y la forma de contestaciones dadas por el absolvente, no enervan en manera alguna el resto de probaciones en que se fundamenta la sentencia, ni destruyen tampoco la presunción acogida por el fallo.

Arguye también el casacionista que, la demanda no fue tenida en cuenta por el ad quem, planteamiento que no puede señalarse en esa forma absoluta, puesto que si como es evidente algunos de los pedimentos de la demanda fueron resueltos positivamente para los intereses del actor, es porque ese escrito demandatorio necesariamente fue tenido en cuenta.

En lo atinente a la inspección ocular y a las notas de solicitud de servicios médicos y de conceptos, enviados por el Banco al doctor Cambieri, son estas pruebas estimadas por el Tribunal como concordantes con los testimonios en que fundamenta la presunción del contrato de trabajo, y como la apreciación de esta prueba testimonial no puede ser reexaminada por la Sala, dadas las restricciones del recurso, acontece que, de lo visto no aparece el error evidente o manifiesto señalado por el censor.

Sobre este aspecto ha dicho esta Sala de la Corte:

"Conviene también tener en cuenta para poder saber hasta donde es "manifiesto" el error de hecho que se imputa a una sentencia, que las diversas figuras jurídicas que el derecho define no se encuentran siempre tipificadas de manera tajante, por lo cual muchas veces un solo elemento, entre varios, fija la línea de demarcación, que si en abstracto sin dificultades se encuentra, en el terreno de los hechos controvertidos y de pruebas diversas y contradictorias el asunto se torna sutil o dudoso y tan valederas son las razones para sostener una tesis o su opuesta, según el criterio de quien juzgue y aprecie los elementos de convicción arrimados por las partes para demostrar sus respectivas razones. En estos casos prima el criterio del juzgador de instancia, al que el sistema de la convicción racional consagrado en el artículo 61 del C. P. del T.,

le otorga amplia soberanía en la apreciación del haz probatorio, no susceptible de rechazo por la Corte, sino por vía excepcional, o sea, cuando lo hizo decir lo que no reza o cuando no vio lo que claramente surge de su texto".

El cargo por tanto no prospera.

Segundo cargo

Dice así el recurrente:

"Acuso la providencia recurrida de haber infringido, indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 260 del Código Sustantivo del Trabajo y 2º de la ley 7ª de 1967, en relación con los artículos 346, 399, 400, 18, 20, 21 y 22 del Código Civil, 57 del Código Político y Municipal, 18 y 19 de la ley 92 de 1938, 22 de la ley 57 de 1887, 1º de la ley 39 de 1933 y 658 y 659 del Código Judicial. Esta infracción fue el producto del error de derecho en que incurrió el sentenciador al dar por establecido, sin estarlo, en más de 60 años la edad del demandante. Este error de derecho es la consecuencia de la equivocada apreciación del certificado visible al folio 16 y del dictamen médico-legal que obra al folio 247.

Sustenta el cargo el casacionista de la siguiente manera:

"La edad es una situación jurídica concerniente al estado civil de las personas. La prueba del estado civil de las personas y, por tanto, la prueba de la edad, es siempre prueba solemne. Además, es una prueba jerarquizada, pues la principal solo puede suplirse, demostrada su inexistencia, con la que la ley tenga establecida específicamente para reemplazarla; ésta, a su turno, cuando tampoco existe y su falta se demuestra, con la que, en orden descendente, tenga prevista expresamente el legislador; y así, sucesivamente, hasta llegar a la última prevista en la ley como idónea para este objeto.

"En el caso de la edad, la prueba solemne principal, si la persona implicada nació después de 1938, es la copia auténtica de la partida civil de nacimiento. La falta de esta partida, debidamente acreditada, solo puede suplirse por otro documento auténtico o por la de nacimiento de origen eclesiástico. Si no existen estas pruebas supletorias, y su falta también se demuestra, cabe reemplazarlas por declaraciones de testigos presenciales del nacimiento. Y solo frente a la inexistencia demostrada de tales testigos es lícito ocurrir, como última posibilidad a la petición de facultativos o de otras personas idóneas.

"Pero, si tal persona nació antes del año indicado y fue bautizada en el seno de la Iglesia Católica, la partida eclesiástica respectiva adquiere también la calidad de prueba solemne principal, con lo cual la cadena probatoria antes destacada se reduce en uno de sus eslabones, sin perder ninguna de las condiciones para su admisibilidad, de que ya se hizo mérito.

"Si la edad del doctor Eugenio Cambieri debía establecerse conforme al régimen expuesto de la ley colombiana, aparece evidente que el certificado de folio 16, sedicentemente expedido por el Cónsul de Italia en Barranquilla, amén de que no se encuentra autenticado por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, no constituye la prueba principal de esa situación jurídica, pero tampoco ninguna de las supletorias que esta ley autoriza. Como, además no se demostró, en modo alguno, la falta de la prueba principal de tal situación, ni la de las supletorias subsiguientes —esto es, otros documentos auténticos y testigos presenciales— no podía lícitamente ocurrirse a la última supletoria posible, la del dictamen del médico legista que obra al folio 247.

"Empero, si la edad del doctor Cambieri hubiera podido establecerse, dada su condición de extranjero, conforme a las normas pertinentes de su país de origen, sucede que esas normas tampoco se probaron, por lo cual es imposible saber si el citado certificado de folio 16 se atempera o no a ellas, aún en el supuesto de que tuviese algún valor probatorio por estar autenticado, que no lo está.

"Si no hubiese sido por este error de derecho, a mi juicio ya plenamente demostrado, el sentenciador habría tenido que absolver al Banco demandado de la solicitud de pensión de jubilación deducida en su contra, en razón de que uno de los requisitos que generan tal prestación, es decir, que el demandante tenga por lo menos 55 años de edad, se quedó ayuno de prueba idónea. Como no lo hizo así, el cargo debe prosperar".

Se estudia

Este cargo dirige la acusación hacia el error de derecho que se atribuye al sentenciador, al haber considerado al demandante con edad suficiente para reclamar pensión de jubilación, sin haber sido acreditado ese hecho con el medio probatorio adecuado, toda vez que dio carácter demostrativo de prueba ad solemnitatem a una que intrínsecamente no lo tiene.

Ciertamente el artículo 60 del decreto 528 de 1964 dispone que:

"Solo habrá lugar a error de derecho en la casación del trabajo, cuándo se haya dado por establecido un hecho con un medio probatorio no autorizado por la ley, por exigir esta al efecto una determinada solemnidad para la validez del acto, pues en este caso no se debe admitir su prueba por otro medio, y también cuando deja de apreciarse una prueba de esa naturaleza, siendo el caso de hacerlo".

En el caso sub-judice dice el ad-quem sobre el punto de la edad necesaria al demandante para obtener la pensión de jubilación demandada lo siguiente:

"(...) y siendo que, según certificado al folio 16 y declaración al 247, la edad del demandante en septiembre 30 de 1969, fluctúa entre los 68 y los 70 años, o sea, que a la fecha de la terminación su edad pasaba de 60 años".

El folio 16 contiene una certificación expedida por el Cónsul de Italia en Barranquilla, en donde ese funcionario expresa "que el señor Eugenio Cambieri B. hijo de Giuseppe Cambieri (fallecido) y de Marianna Ballerna de Cambieri, de profesión médico, ha nacido en Montara, Provincia de Pavía, Italia, el cinco de junio de mil novecientos.

"Lo anterior consta en los libros de este consulado (...)"

Y al folio 247 aparece un concepto del Médico Legista Ayudante de Barranquilla que textualmente expresa:

"De conformidad con su Oficio Nº 055 de ayer 29 de septiembre, nos permitimos informarle que hemos practicado reconocimiento médico legal al doctor Eugenio Cambieri, con el objeto de determinar su edad probable, con el siguiente resultado:

"Según su sistema piloso-dentario su edad fluctúa entre los sesenta y ocho (68) y los setenta (70) años, cumplidos los primeros pero no los últimos".

Acontece que, al tenor de lo dispuesto por el artículo 400 del Código Civil: "Cuando fuere necesario calificar la edad de un individuo, para la ejecución de actos o ejercicios de cargos que requieran cierta edad, y no fuere posible hacerlo por documentos o declaraciones que fijen la época de su nacimiento, se le atribuirá una edad media entre la mayor y la menor que parecieren compatibles con el desarrollo y aspecto físico del individuo.

"El prefecto o corregidor para establecer la edad, oirá el dictamen de facultativos o de otras personas idóneas". (se subraya).

La certificación expedida por el Cónsul de Italia en Barranquilla no es una copia del registro civil de nacimiento, sino una simple información que por otra parte no fue autenticada.

Y el concepto médico es prueba supletoria, en defecto de las documentaciones exigidas para ese fin, cuya inexistencia debe aparecer demostrada para dar cabida, a falta de la prueba principal a la supletoria.

La edad de los ciudadanos colombianos y por tanto de los extranjeros que pretendan hacer esa demostración en territorio de este país, se acredita con la certificación o copia del registro de nacimiento o en su defecto con la del acta de bautismo, según el caso, y a falta de éstas, testimonios y por último, concepto de facultativos o de personas idóneas.

No se puede pues acreditar la edad de una persona acudiendo a una prueba supletoria, sin establecer la inexistencia de la principal.

El ad-quem por tanto, dio carácter de prueba principal a la última supletoria, incurriendo en el error de derecho señalado por la censura y el cargo en consecuencia prospera.

Tercer cargo

Lo fundamenta así el recurrente:

"Acuso la sentencia impugnada de haber infringido directamente, por aplicación indebida, el inciso 1 del artículo 17 del Decreto 2351 de 1965 y el inciso 1 del artículo 8º del Decreto 1373 de 1966, en relación con el 249 del Código Sustantivo del Trabajo y, por falta de aplicación el inciso 2 del artículo 17 del Decreto 2351 de 1965, el inciso 2 del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965 y el artículo 253 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con el mismo artículo 249 de este estatuto.

"Para los efectos de este cargo no discute que el salario devengado por el doctor Eugenio Cambieri en el último año de sus servicios, es decir, en el lapso comprendido entre el 1º de julio de 1967 y el último de junio de 1968, fue en promedio, de $ 432.00 mensuales.

"Con este salario promedio el sentenciador liquidó el auxilio de cesantía del actor por el lapso de 30 años de servicios que dedujo, o sea, desde el 1º de julio de 1938 hasta el 30 de junio de 1968. Aplicó así, a una situación no regulada por ellos, el inciso 1º del art. 17 del Decreto 2351 de 1965 y el inciso 1 del artículo 8º del Decreto 1373 de 1966 al liquidar el tiempo anterior al 31 de diciembre de 1962 con el salario promedio mencionado, pues olvidó que, de acuerdo con los incisos segundos de tales artículos, que dejó de aplicar, ese tiempo anterior debía ser liquidado con fundamento en la preceptiva del artículo 253 del Código Sustantivo del Trabajo.

"La H. Sala, en consecuencia, debe quebrantar en este aspecto el fallo gravado y proveer, en su defecto, como es de rigor, teniendo en consideración que aparte del devengado en el último año de servicios, no aparece ningún otro salario".

Se estudia

El ad-quem para deducir el auxiilo de cesantía correspondiente al actor del juicio dijo en la sentencia materia del recurso:

"Asimismo quedó acreditado en la inspección ocular mediante el examen de notas de crédito, las cuales aparecen a folios 259 a 269, relativas al último año de servicio, de agosto de 1967 a julio de 1968, que alcanzan un total de $ 5.185.00 de lo cual se deduce un salario promedio mensual de $ 432.00".

..Más adelante agrega:

"Estarían causadas (sic) la cesantía hasta por 30 años que es lo determinado en la demanda, aunque se diga y aparezcan más de treinta, pues el más está imprecisable. Lo que a un salario promedio de $ 432.00, da un guarismo por tal concepto de $ 12.960.00. (...)"

Es decir que, evidentemente el sentenciador para efectuar esa liquidación de cesantía con el resultado aritmético arriba señalado, aplicó el artículo 17 del decreto 2351 de 1965, que en su inciso primero in fine dispone que en los casos de salarios variables se tomará como base el promedio devengado en el último año de servicios o en todo el tiempo servido si fuere menor de un año.

El inciso 2º del mismo artículo dispone que:

"Para el tiempo de servicios anterior al treinta y uno (31) de diciembre de mil novecientos sesenta y dos (1962) se aplicarán las normas vigentes hasta esa fecha".

El casacionista argumenta ahora que, en virtud de tal disposición ha debido aplicarse lo preceptuado por el art. 253 del C. S. T., para efectuar la liquidación correspondiente al tiempo anterior al 31 de diciembre de 1962.

Vale decir que, el recurrente reclama en esta circunstancia la congelación de los salarios percibidos por el demandante, con anterioridad a la citada fecha del 31 de diciembre de 1962, con la protuberante finalidad de reducir por ese aspecto el monto de la cesantía a que se refiere la condena, alegación esta que lo coloca en una postura de verdadera excepción, y es bien sabido que, en estas especiales condiciones compete al excepcionante la demostración de los elementos constitutivos de la excepción propuesta.

Acerca de este preciso tema ha dicho la Corte:

"Es inexacto, pues, el razonamiento que trae el ataque al sostener que como no se probó el salario vigente el 31 de diciembre de 1962, el período que parte de esa fecha debe liquidarse con base en el mínimo que entonces regía, pues habiéndose establecido el último sueldo devengado, es con este con el que debe hacerse el cómputo para cubrir el auxilio en cuestión por todo el tiempo trabajado. La razón es clara: siendo la regla general, según se vio, la de que el auxilio de cesantía se liquida teniendo como base el último salario disfrutado, las etapas de congelación previstas en el Código son excepciones a esa regla, cuya prueba debe dar el patrono que aspira a beneficiarse de ellas".

El cargo por tanto no prospera.

Cuarto cargo

Formula el impugnante este cargo en la forma como a continuación se expresa:

"Acuso la decisión impugnada de haber infringido directamente, por aplicación indebida, el literal a) del inciso 1 del artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo.

"Para los efectos de este cargo, tampoco discuto que el salario promedio mensual devengado por el doctor Eugenio Cambieri, en el lapso comprendido entre el 1º de julio de 1967 y el 30 de junio de 1968, fue de $ 432.00.

"Pero acontece que el ad-quem, con este salario, liquidó las primas de servicio correspondientes a los semestres comprendidos entre el 1º de julio y el 31 de diciembre de 1965; el 1º de enero y el 30 de junio de 1966; el 1º de julio y el 31 de diciembre de 1966; el 1º de enero y el 30 de junio de 1967; el 1º de julio y el 31 de diciembre de 1967, y el 1º de enero y el 30 de junio de 1968, cuando, de conformidad con el literal a) del inciso 1 de la norma señalada como violada, las primas semestrales de servicio se deben liquidar, tratándose de remuneración variable, con base en la promedia correspondiente a cada (sic) de los respectivos semestres.

"La H. Sala, por tanto, debe casar el fallo recurrido en este otro aspecto y proveer, en sede de instancia, conforme a la ley, reparando en que aparte (sic) los salarios devengados en los últimos doce meses de su vinculación, el actor no acreditó ninguna otra remuneración".

Se estudia

Ciertamente el Tribunal sobre la base del salario promedio de $ 432.00 tomado de lo percibido por el demandante en el último año de servicio resolvió en la sentencia:

"Prima correspondiente a los tres últimos años $ 1.266.00".

Es decir que, dentro del cómputo general que comprende el aludido salario promedio correspondiente al último año de servicio, no está específicamente determinado el salario que recibió el doctor Cambieri, en cada uno de los semestres del calendario, anteriores al 1º de julio de 1967, que es el que debe tenerse en cuenta para fijar el monto de tales primas, según reiterada jurisprudencia de esta Sala.

"Tal promedio —ha dicho la Corte— establecido con suficiente demostración probatoria sirve de base para las otras liquidaciones establecidas en las condenas, pero no para fines de señalar el quantum de las primas de servicio, cuya liquidez como está advertido, se deriva exactamente y en forma restricta de la demostración que se haga sobre lo devengado por el empleado o trabajador en cada uno de los semestres calendarios".

En tales condiciones, es protuberante que el fallador de segundo grado para esa liquidación tomó en cuenta un salario que no es el que legalmente corresponde para liquidar las primas, aplicando indebidamente el artículo 306 del C. S. T., en lo cual tiene toda la razón el casacionista.

Mas acontece que, el ad-quem, al efectuar las operaciones aritméticas, incurrió en un error que lo condujo a fijar el valor total de las primas de los tres últimos años en la cantidad de $ 1.266.00, empero, al llevar a cabo esas operaciones correctamente, es decir separadamente cada uno de los dos últimos semestres con base en el respectivo promedio, y los cuatro semestres anteriores con fundamento en el salario mínimo, resulta una cantidad total superior en seis pesos con diez y ocho centavos ($ 6.18) al monto determinado por el Tribunal por ese concepto, lo que vendría a constituir una reformatio in pejus inadmisible.

Es pues por este motivo por lo que no es dable dar curso al progreso del cargo.

Consideraciones de instancia

Por cuanto atañe a la edad no demostrada por la parte actora del juicio, cabe aquí añadir a los razonamientos expresados en los pasos anteriores de esta misma providencia que, cuando el artículo 400 del C. Civil habla de que si no fuere posible hacer esa demostración por medio de "documentos o declaraciones que fijen la época del nacimiento", esos documentos no pueden ser otros que aquellos señalados por la ley sustantiva como el registro civil, toda vez que el artículo 351 del C. Civil subrogado por el 3º de la Ley 92 de 1938 dice:

"El acta de registro de nacimiento deberá expresar:

1º El día y la hora en que tuvo lugar el nacimiento;

2º El sexo, nombre y apellido del nacido y la calidad de hijo legítimo o natural, y

3º El nombre, apellido, edad, profesión u oficio y nacionalidad del padre y de la madre, si fueren conocidos y el nombre y apellido de los abuelos, tanto paternos como maternos. Si se trata de un hijo natural solo se expresarán el nombre de la madre y de los abuelos maternos, si fueren conocidos".

Esta prueba principal y solemne, presta mérito para demostrar la edad del individuo, en todas las circunstancias que fueren requeridas, y además para las otras finalidades que atañen a la filiación y a la ciudadanía.

Desde luego siendo la prueba principal, como se repite, la misma ley autoriza suplirla por aquellas taxativamente determinadas en caso de que fuere demostrada la inexistencia del registro.

Sobra decir que los extranjeros están sometidos a la legislación de la República (Artículos 18 C. C. y 57 del C. P. y M.).

Además, los extranjeros pueden acreditar su edad o su estado civil, con los documentos acostumbrados en su país siempre que ellos estén autenticados por el respectivo Agente Consular o Diplomático de Colombia o en su defecto por el de una nación amiga.

En consecuencia como aquí no fue demostrada la edad del demandante, no puede ser decretada la jubilación que impetra, pues ese requisito es indispensable para la viabilidad de tal pronunciamiento.

Como corolario no podrá resolverse en el fondo sobre ese preciso particular.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, adminis-

trando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia materia del recurso, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en este juicio, en cuanto condenó a la parte demandada a pagar al demandante una pensión mensual vitalicia de jubilación en cantidad de cuatrocientos veinte pesos ($ 420.00) a partir del primero (1º) de julio de mil novecientos sesenta y ocho (1968), y en sede de instancia, REVOCA lo determinado por el Juzgado Tercero Laboral de Barranquilla en cuanto corresponde a este extremo, y en su lugar DECIDE: Abstenerse de resolver en el fondo acerca de esa pensión de jubilación impetrada por el demandante.

No se 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 V., Miguel Angel García B., José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía O., Secretario.

CASACION

(Técnica)

Según el artículo 90 del Código Procesal del Trabajo, la demanda que se presenta para sustentar el recurso extraordinario, debe contener la expresión de los motivos de casación, indicando el precepto legal sustantivo, de orden nacional, que se estima violado, y el concepto de la violación, si directamente, por aplicación indebida o por interpretación errónea.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., junio diez y siete de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina).

(Acta número 29).

Esta providencia tiene por objeto resolver el recurso de casación interpuesto por el apoderado de Panadería y Galletería Medellín Limitada contra la sentencia de cuatro (4) de septiembre de mil novecientos setenta (1970), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el juicio seguido por Juan de Dios Castrillón Cardona contra la recurrente.

Antecedentes

Las peticiones del libelo inicial están formuladas así:

"a) El valor de 6 horas extras diarias, desde el momento en que me vinculé al trabajo hasta la fecha de retiro —8 de noviembre—.

"b) El valor de los dominicales y festivos, desde el momento en que fui vinculado al trabajo hasta la fecha de retiro; es decir desde el 9 de mayo de 1963 hasta el 8 de noviembre del 68.

"c) Todos los valores que le correspondan al suscrito o sea a Juan de Dios Castrillón Cardona, por concepto de cesantías, vacaciones compensadas en dinero, indemnización por despido injusto, primas de servicio, auxilios de transporte no pagados pero ya causados, salarios causados y no pagados, y todas las demás prestaciones que resultaren probadas en este litigio. Con la anotación de que aquí se incluirá una liquidación de acuerdo con el viático recibido, el debido, y con las horas extras no pagadas, aunque fueron habituales, periódicas, sucesivas.

"d) Mil pesos por concepto de Prima de Antigüedad (cláusula sexta).

"e) El valor compensado en dinero de los zapatos, pantalón y camisa, estatuídos en la cláusula octava de la convención anexada.

f) El valor de todas las deducciones hechas al suscrito —por la Empresa, desde el momento en que se inició el servicio— mayo del 63 hasta el momento en que se terminó el contrato — 8 de noviembre del 68.

"g) El valor de la indemnización moratoria.

"h) Que se reconozca y pague al suscrito o sea Juan de Dios Castrillón Cardona, la pensión sanción de jubilación establecida por la ley 171 del 61 así: Desde la fecha de la sentencia de su despacho, que se DECLARE LA EXISTENCIA DEL DERECHO; y desde el 19 de marzo de 1976 fecha de cumplir cincuenta años el suscrito el 75 por ciento del salario promedio mensual que resultare probado en este litigio, como pensión mensual de jubilación teniéndose presente la restricción del valor de la pensión por el hecho de llevar quince años.

"i) El valor de los viáticos (gastos) que fue preciso que el suscrito hiciera para que se hiciera posible la ejecución de la labor encomendada.

"j) Todas las demás que su despacho declare probadas y exigibles según sus facultades ultra y extrapetita".

El demandante relató los hechos de la siguiente manera:

"1. Trabajé al servicio de "Panadería y Galletería Medellín Ltda., MEDEPAN", durante más de quince discontinuos o sea distribuídos en dos períodos así: Primero, desde enero de 1950 hasta febrero de 1961.

"2. El segundo período durante el cual me vinculé por contrato de trabajo a "Panadería y Galletería Medellín, Ltda. Medepan", estuvo comprendido entre los años de mayo de 1963 hasta noviembre 8 del año que avanza o sea 1968.

"3. Durante el último año de servicios, obtuve un promedio mensual de mil ochocientos pesos mensuales, ya que el salario era variable.

"4. El Oficio, desempeñado por el suscrito era el de "oficios varios", ya que era conductor vendedor pero en la empresa como solo se me pagaba el salario como vendedor (comisiones del 3%) de acuerdo con la naturaleza misma del trabajo, se exigía un mínimo de trabajo de 14 horas diarias; en consecuencia me deben las horas extras.

"5. Los dominicales y festivos que en todas las empresas son pagados —porque se pagan 7 días a la semana— nunca me fueron pagados; explico este punto así, mediante un ejemplo, para que nos ilustremos más claramente: En la semana correspondiente al 10 de agosto de 1968, el suscrito vendió un total de nueve mil cuatrocientos ocho pesos que al 3% daría una comisión de $ 282.44; si dividimos esta comisión por los días laborables que fueron cinco, nos daría un salario diario de $ 56.44 para que la empresa pagara según este promedio —como lo ordena la ley— el 7 de agosto —día festivo— y el domingo correspondiente a esa semana; pero la empresa nunca ha hecho así sino que siempre descompone el valor total de la comisión —$ 282.44 de los cinco días laborables— en los siete (7) días de la semana, quedando así sin retribución ningún día festivo, ni dominical. Aceptar lo contrario significaría que una semana con todos los días de fiesta, no tendría pago el trabajador, o lo que es lo mismo en tiempo de vacaciones como no hay comisiones no hay salario.

"6. Las seis horas extras diarias, las explico así: En mi carácter de trabajador de "oficios varios", —conductor, vendedor—, se me encomendaba correría semanal que por regla general, toda correría abarcaba los siguientes pueblos: Barbosa, Santiago, Cisneros, Yolombó, La Floresta, Yalí, Vegachí, Santa Isabel, El Tigre, Remedios, La Cruzada, Segovia, Amalfi, Anorí, Gómez Plata, Carolina, Guadalupe, El Salto. Para que el suscrito pudiese dar cumplimiento a la correría que la empresa le señalaba era preciso que trabajase por lo menos catorce horas diarias, porque se llegaba al Municipio y se necesitaba comenzar a vender rápidamente, so pena de que si no se hacía cerraban los establecimientos en que se vendería; más todavía con un ejemplo se aclara: Para ir a Segovia se necesitaba salir de Medellín a las 6 o 7 a. m. para llegar a Vegachí el mismo día de salida a las 9 p.m. pernoctar ahí y luego de madrugada al otro día tratar de llegar temprano a Segovia pa-

ra poder vender la parva; esto se ve claro en el sentido de tener que trabajar por lo menos 14 horas diarias ya vendiendo y cobrando, ya viajando a varios municipios.

"7. Todo lunes se iniciaba una correría que terminaba por regla general el viernes, el día sábado se organizaba el carro para la correría de la semana próxima y luego se cargaba; esto lo hacía el suscrito, en eso consistía el trabajo del día sábado que se extendía de las 8 a.m. a las 5 p.m. Este hecho me sirve para fundamentar más la petición.

"8. La empresa me otorgaba $ 15 diarios por viáticos; esto ha de incidir en la liquidación de las prestaciones sociales porque yo destinaba este dinero a mi manutención y alojamiento. Pero ocurría señor Juez que un desayuno, almuerzo y comida y alojamiento costaban no $ 15 sino $ 35.00 por lo menos. Se advierte señor Juez que estos gastos fueron hechos ocasionados por la clase de trabajo que la Empresa confió al suscrito; luego la Empresa me adeuda el excedente de gastos que el suscrito hizo por causa y con ocasión del trabajo a mi encomendado y esto por concepto de viáticos; desde la iniciación del segundo contrato hasta la terminación; la cuantía la dejo al análisis del señor Juez ateniéndose a las posibilidades de las regiones visitadas por el trabajador y mencionadas en el hecho 6º.

"9. Como los viáticos constituyen salario al tenor del artículo 130 del Código Sustantivo del Trabajo y las horas extras también lo constituyen al tenor del artículo 127 del mismo Código, verificada la liquidación y pago de los viáticos y horas extras esto ha de incidir en la liquidación de mis prestaciones sociales.

"10. El patrono solo me pagó por concepto de auxilio de transporte durante el período indicado en el hecho 2º de esta demanda la mitad de dicho valor; así por ejemplo: en el último año de servicio solo me pagó $ 20.00 al mes.

"11. Los despachos de carga que hacía el suscrito eran así: Los contadores de parva en la empresa contaban cantidades de $ 12.000.00, $ 15.000.00, etc., vale decir que el patrono unilateralmente contaba la parva y al suscrito le era entregada en cajas de madera con unidades de como bizcochos, pandequesos, panes, galletas, panderos, pandeyucas, tostadas, etc., unidades estas que valían $ 0.20, $ 0.30, $ 0.50 cada una, hasta ajustar una cuantía total de $ 10.000.00, $ 12.000.00, etc., era indudable y esto ocurre y ocurrió durante los últimos 5 años de trabajo no solo con el suscrito sino con todos los demás "conductores vendedores" que se presentan errores porque es imposible que en unas ventas mensuales que ascienden casi a los $ 2.000.000.00 y en el caso del suscrito que vendía $ 60.000.00 aproximados al mes no se presentara ningún error al contar esta parva bizcocho por bizcocho; lo anterior nos indica que se trata de un riesgo propio de la naturaleza misma del trabajo y presumir la culpa aquí siempre de parte del suscrito es algo que va contra la realidad de las cosas; en las condiciones anteriores cada semana o había sobrantes o faltantes si había sobrantes se los apropiaba el patrono, si faltantes se le deducía al trabajador.

"12: En desarrollo del hecho anterior —el once— era imposible que desempeñándose una modalidad de trabajo que esencialmente en sí lleva la posibilidad de que hay errores no hubiesen sobrantes o faltantes, pero el patrono siempre dedujo del salario —como actualmente lo hace con todos los demás conductores vendedores— los faltantes que a causa de los errores cometidos por ellos mismos numéricamente aparecían. El sistema de la deducción hecha por el patrono era así: si me correspondía por Ej.: $ 400.00 por concepto de comisiones y faltaban $ 350.00 de acuerdo con los datos suministrados a él por quienes contaban la parva —los cuales podían haberse equivocado o no por sobrarles o faltarles— me eran deducidos del salario de la semana y en consecuencia me pagaban únicamente $ 50.00. Hubo una semana por Ej.: —la comprendida entre el 1º y el 7 de septiembre— en que me pagaron como salario semanal la suma de tres pesos ($ 3.00) porque el 7 de septiembre me sacaron $ 180.00 el día anterior me habían sacado $ 50.00 lo cual suma $ 230.00 semanales y en esa se-

mana solo me había ganado $ 253.00, el dinero restante fue deducido por otros conceptos ($ 20.00 como ahorro y $ 3.00 de una rifa).

"13. Según la cláusula 6ª de la Convención Colectiva y vigente en el año de 1967 —la cual se anexa— todos aquellos trabajadores que lleven 15 años de servicios tienen derecho a una prima de antigüedad equivalente a $ 1.000.00; sin embargo al suscrito no le han pagado dicha prima dizque porque lleva sí 15 años, pero discontinuos. La convención nada distingue, exige únicamente 15 años de servicios, como en realidad yo los llevo.

"14. También existe en la Convención la cláusula 8ª en virtud de la cual la Empresa reconocerá a los trabajadores calzado, pantalón y camisa en el mes de diciembre de 1967; aunque ya pasó dicho mes y año y el suscrito en esa época fue trabajador de la Empresa no se le ha pagado por la Empresa lo que en virtud de esta cláusula tiene derecho a exigir.

"15. Fui despedido injustamente de la Empresa el 8 de noviembre del presente año, es decir llevaba 5 años seis meses de servicio continuo e ininterrumpido; sin embargo el patrono no me ha hecho ni la liquidación ni el pago de los valores que me corresponden por concepto de indemnización por el despido injusto, cesantías, vacaciones compensadas en dinero, primas de servicios, auxilios de transportes causados y no pagados, indemnización moratoria y todas las demás prestaciones sociales.

"16. En atención a lo dispuesto por la Ley 171 de 1961 el patrono me ha despedido injustamente después de 15 años de servicios; por lo cual tengo derecho a la pensión "jubilación sanción" establecida por el art. 8º de la mencionada Ley inciso 2º ya que la empresa: tiene más de $ 800.000.00 de capital, me ha echado injustamente del trabajo; y a la vez el suscrito —soy el trabajador— ha trabajado más de 15 años, fui despedido injustamente y hoy 19 de noviembre dado los presupuestos anteriores tengo el derecho a reclamar como en efecto reclamo mi pensión de jubilación en dicha empresa, para que se haga exigible el 19 de marzo de 1976; ya que para dicha fecha estaré cumpliendo la edad de 50 años de acuerdo con la fe de bautismo que acompaño en esta demanda.

La parte demandada no aceptó ninguno de los hechos de la demanda, alegó que Castrillón Cardona era conductor vendedor, o sea, empleado de confianza, que no tenía derecho a remuneración por trabajo extraordinario y que no trabajaba los domingos; se opuso a las pretensiones del actor y alegó excepciones de prescripción y genérica.

En sentencia de dos (2) de julio de mil novecientos setenta (1970), el Juez Octavo Laboral del Circuito de Medellín condenó a Panadería y Galletería Medellín Limitada a pagar a Juan de Dios Castrillón Cardona, $ 4.237.95 por dominicales, $ 9.103.66 por cesantía, $ 729.00 por reajuste de vacaciones y $ 3.302.05 por primas de servicio; reconoció la excepción parcial de prescripción, declaró probada la excepción de pago hasta por la cantidad de $ 6.347.51; absolvió a la demandada de los demás cargos del libelo y le impuso el 50% de las costas.

Ambas partes apelaron del fallo de primera instancia.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Laboral, en sentencia indicada al principio de esta providencia, condenó a Panadería y Galletería Medellín Limitada a pagar a Juan de Dios Castrillón Cardona $ 9.920.29 por cesantía, $ 1.644.76 por vacaciones, $ 1.606.63 por primas de servicios, $ 15.551.68 por descansos legales y $ 1.068.72 por mes desde el ocho (8) de marzo de mil novecientos ochenta y seis (1986) como pensión de jubilación; declaró probadas parcialmente las excepciones de prescripción y pago; absolvió de los demás cargos de la demanda y le impuso a la entidad demandada el 50% de las costas. Oportunamente interpuso recurso de casación el apoderado de la demandada.

El recurso

En tres cargos y con base en la causal primera, el impugnador pretende la casación

del fallo impugnado para que se absuelva totalmente a la demandada y subsidiariamente para que se confirme la sentencia de primera instancia.

No hubo escrito de oposición.

Primer cargo

El recurrente invoca el artículo 60 del decreto 528 de 1964, y los "pertinentes de las leyes 16 de 1968 y 1969", para dar apoyo a la primera acusación.

Alega el casacionista que el juez de primer grado no cumplió el deber de control que le indicaban los artículos 25 y 28 del Código Procesal del Trabajo en concordancia con el decreto 3041 de 1966, por cuanto al pasar la obligación jubilatoria al Instituto Colombiano de Seguros Sociales, el patrono demandado no está en la obligación de pagar la pensión, por lo cual existe falta de "presupuesto de demanda en forma", y que el mismo juez y el propio Tribunal dejaron de observar que la celebración de más de las cuatro audiencias de trámite autorizadas por el Código Procesal citado, llevan a una sentencia violatoria de la ley. Agrega que nadie puede ser juzgado y sentenciado sino en conformidad con leyes preexistentes, por juez competente, con observancia de plenitud de formas propias de cada juicio.

En extenso y confuso escrito, el casacionista continúa desarrollando los temas indicados, para concluir que por haber celebrado una audiencia preparatoria de trámite, existieron cinco audiencias de trámite, o que las pruebas no hicieron parte del proceso y por ello no podía en tales probanzas, apoyarse fallo alguno.

Al hacer un resumen del cargo, el impugnador señala los artículos 42, 45 y 79 del Código Procesal del Trabajo y 455 del Código Judicial como violados por infracción directa; indica los artículos 145 del Código Procesal del Trabajo y 593 y 597 del Código Judicial como violados por aplicación indebida y el artículo 44 del Código Procesal del Trabajo violado unas veces por interpretación errónea y otras por infracción directa.

Finaliza el cargo así:

"Considerando lo expuesto, anteriormente, acerca del motivo fundamental opuesto a la sentencia recurrida, aflicta de violación de preceptos sustantivos, por infracción directa, aplicación indebida, en su expresión de inaplicación, e interpretación errónea de los mismos, que estimo demostrados, en tres frentes, aun cuando basta, con, sólo, uno; parezco a solicitar de esa H. Sala, de la H. Corte Suprema de Justicia; se digne casar el fallo acusado, dictado por el H. Tribunal Superior de Medellín, Sala Decisoria de Trabajo, fechado a cuatro de septiembre de 1970, legible de Fls. 172 a 207, en ordinario laboral propuesto por Juan de Dios Castrillón contra "Panadería y Galletería Medellín Limitada", en vía de restablecer el imperio del derecho sustantivo que, el fallo acusado, dejó quebrantado y roto. Infirmado que sea, esa ilustre, por ilustrada, Sala proceda a dictar, en su reemplazo, la correspondiente sentencia de instancia, que le corresponde, en sentido de absolver a la parte demandada, a su vez, recurrente, de los cargos peticionados por el demandante, con arreglo a derecho, cuyo alcance podría restringirse a confirmar la de instancia".

Se observa

Según el artículo 90 del Código Procesal del Trabajo, la demanda que se presenta para sustentar el recurso extraordinario, debe contener la expresión de los motivos de casación, indicando el precepto legal sustantivo, de orden nacional, que se estime violado, y el concepto de la violación, si directamente, por aplicación indebida o por interpretación errónea.

El casacionista solamente indicó el concepto de la violación respecto a unos preceptos por lo cual no puede tenerse en cuenta la mención de otros, que hace en el cargo, sin señalamiento del motivo de la violación.

Dice la doctrina:

"Para efectos de la casación se entiende ley 'sustantiva', o, mejor, sustancial, la que confiere derechos o garantías o impone obligaciones a las personas, en oposición a la que se refiere al procedimiento, a la mecánica del juicio, a su curso o trámite, o a determinar los medios de prueba y su valor". Tratado de Derecho Procesal Civil. Hernando Devis Echandía. Editorial Temis. 1964. Tomo IV, páginas 119 y 120.

Los artículos 42, 45 y 79 del Código Procesal del Trabajo y 455 del Código Judicial cuya violación se indicó por infracción directa consagran procedimientos pero no son normas sustanciales, pues no puntualizan derechos ni modifican los ya determinados o declarados.

En efecto, el artículo 42 ordena solamente que las actuaciones y diligencias judiciales, la práctica de pruebas y la sustanciación se harán en audiencia pública, so pena de nulidad. El artículo 45 dispone que antes de terminar una audiencia deberán señalarse el día y la hora para la siguiente, y que en ningún caso habrá más de cuatro audiencias de trámite. El artículo 79 señala el procedimiento para el evento de que fracase el intento conciliatorio. El artículo 455 determina el procedimiento para el caso en que el Juez o el Tribunal antes de fallar encuentren una nulidad, cómo deben ponerla en conocimiento de las partes y establece los términos que ellas tienen para allanarla.

El artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y los artículos 593 y 597 del Código Judicial tampoco estatuyen los derechos reclamados en el juicio, pues no son sustanciales sino de mero procedimiento. Así: el artículo 145 ordena la aplicación analógica de las normas del mismo decreto y del Código Judicial, a falta de disposiciones especiales en el procedimiento del trabajo. El artículo 593 dice en qué debe fundarse la decisión judicial y cómo deben probarse los hechos. El artículo 597 expresa como forman parte del proceso las pruebas para que puedan ser estimadas.

El artículo 44 del Código Procesal del Trabajo fue acusado de violación por interpretación errónea (folios 21 y 23) y a la vez por infracción directa (folio 22). La acusación de una misma norma dentro de un solo cargo, por varios motivos no es admisible, pues los conceptos de la violación obedecen a concepciones diferentes, por lo cual la ley ha exigido que en cada caso se indique uno de ellos, aunque respecto a varias normas pueda haber motivos diferentes, ello no puede ocurrir respecto a una misma regla en un mismo cargo.

Por otra parte, en la acusación que se hace en casación, ha de integrarse la proposición jurídica completa, o sea, ha de establecerse la violación de la norma consagratoria del derecho reclamado. Como el impugnador no señaló el concepto de violación de los preceptos consagratorios de los derechos reconocidos por la sentencia acusada, el casacionista no completó la acusación, se quedó en mitad del camino de la impugnación, por lo cual el cargo no puede estimarse.

Sin embargo, para cumplir la función unificadora de la jurisprudencia se examina el planteamiento relativo a la celebración de audiencia "preparatoria de trámite".

Los artículos 44 y 45 del Código Procesal del Trabajo consagran las clases de audiencias que pueden celebrarse en el procedimiento del trabajo, que son: de conciliación, de trámite y de juzgamiento, y ordena que en ningún caso podrán celebrarse más de cuatro audiencias de trámite.

El artículo 79 de la misma obra expresa que si fracasa el intento conciliatorio, acto seguido y en audiencia de trámite se decretarán las pruebas que fueren conducentes y necesarias.

Luego la audiencia que se celebra a continuación de la de conciliación y en la que se decretan las pruebas, no es preparatoria de trámite sino que es por definición legal audiencia de esta naturaleza y obviamente

es la primera de las cuatro que permite el artículo 45 citado.

Con el sistema de llamar audiencia preparatoria a la que legalmente es primera de trámite, puede llegarse a celebrar cinco audiencias de esa clase, cuando la norma solamente permite cuatro, pero esa desatención de la regla procedimental no está constituída en motivo de nulidad, no viola el derecho de defensa ni es contraria al debido proceso, ya que no coarta esas garantías y aun podía pensar que se hace en busca de una mayor amplitud del debate.

Si bien es cierto que la actuación es desajustada al procedimiento en cuanto permite una mayor extensión del trámite, no por ello puede declararse nulidad alguna ni es incorrecto el decreto de pruebas, ya que fue pronunciado en la oportunidad procesal correcta aunque mal llamada por el juez "preparatoria de trámite".

La Sala encuentra que tal manera de prolongar la actuación no está ajustada a la norma procedimental y en rigor contraría el principio de economía procesal, a que atiende el límite del número de audiencias de trámite, por lo cual no deben los jueces celebrar como audiencias preparatorias de trámite, no autorizadas por la ley, aquellas que la misma norma denomina de trámite.

Segundo cargo

Está formulado con base en los artículos 60 del decreto 528 de 1964 y "pertinentes de las leyes 16 de 1968 y 1969", debido a que según el impugnador, el fallo recurrido viola en forma indirecta y a causa de errores de derecho, la ley sustancial.

El recurrente afirma que el fallador de segunda instancia estimó pruebas decretadas antes de la primera audiencia de trámite o de pruebas, y practicadas durante las cinco audiencias de trámite celebradas. El casacionista señala los apartes de la sentencia donde se indican las pruebas que el Tribunal tuvo en cuenta para apoyar las condenaciones, y manifiesta que esas probanzas son cuadros y planillas presentadas por el apoderado de la demandada sin asistencia del demandante o de su apoderado.

El atacante deduce de los hechos narrados, que esas pruebas no podían ser estimamadas porque fueron presentadas dentro de una de las cinco audiencias de trámite realizadas, sin la comparecencia del demandante ni de su apoderado y sin manifestación alguna de ellos respecto a tales pruebas.

El error de derecho se hace consistir en que esas pruebas fueron estimadas contra lo que disponen las normas sustanciales.

La censura señala como dejadas de aplicar a través de error de derecho, las normas contenidas en los artículos 25, 28, 42, 43, 44, 45 y 79 del Código Procesal del Trabajo, 455, 590 y 597 del Código Judicial. 127 y 130 del Código Sustantivo del Trabajo, 7º de la ley 1ª de 1963, 1757 a 1763 del Código Civil y todo el decreto 2351 de 1965.

Se observa

Respecto a los artículos 42, 45 y 79 del Código Procesal del Trabajo se dijo al examinar el cargo anterior, que ellos no eran ley sustancial, por lo cual su violación no podía ser base para una acusación de fondo y no de medio, en casación.

Sobre las otras normas del Código Procesal del Trabajo señaladas, se tiene: el artículo 25 indica la forma y contenido de la demanda, el 28 establece el control del Juez sobre la forma de la demanda, el 43 autoriza las audiencias privadas por razón de orden público o de buenas costumbres y el 44 dice que las audiencias serán de conciliación, de trámite y de juzgamiento. Lo anterior hace ver que ellas son normas procedimentales que no consagran los derechos de que trata el juicio.

El artículo 590 del Código Judicial establece la apelación en el efecto devolutivo contra la providencia que concede el beneficio de amparo, y la obligación procesal del amparado para ser oído, de consignar en estampillas el doble del valor de los de-

rechos fiscales de que haya sido eximido, si la providencia fuere revocada. Es impertinente la cita de la norma aludida, ya que en el juicio no se ha tratado del beneficio de amparo.

Los artículos 127 y 130 del Código Sustantivo del Trabajo y el 7º de la ley 1ª de 1963 se refieren a salario, bien para señalar los elementos integrantes de la remuneración, ora para indicar cuándo los viáticos constituyen salario o cuándo no lo son, ya para que se considere incorporado a la retribución el auxilio de transporte. El casacionista no indicó la manera cómo puede incidir el error de derecho alegado en las normas mencionadas.

Los artículos 1757 y 1763 del Código Civil, no son normas laborales, por lo cual sería necesario relacionarlos con disposiciones de ese carácter y con las consagratorias de los derechos y obligaciones de que trata el juicio, para que pudieran servir de base al recurso extraordinario.

No es lícito en casación acusar la violación de todo un decreto o una ley, es preciso señalar concretamente cada una de las normas violadas y el motivo de la infracción. Por lo tanto, la acusación del decreto 2351 de 1965, que en su totalidad hace el impugnador, no es admisible.

Además, este segundo cargo está formulado por error de derecho que se hace consistir en la indebida apreciación de varias pruebas que según el atacante, no hacen parte del proceso, y tal fenómeno no constituye error de derecho en casación laboral, donde lo es únicamente el que ocurre "cuando se haya dado por establecido un hecho con un medio probatorio no autorizado por la ley, por exigir ésta al efecto una determinada solemnidad para la validez del acto, pues en este caso no se debe admitir su prueba por otro medio y también cuando deja de apreciarse una prueba de esta naturaleza, siendo el caso de hacerlo, "como lo establece el artículo 60 del decreto 528 de 1964".

Si el recurrente hubiera querido atacar por error de hecho, ha debido señalar uno proveniente de la "falta de apreciación o apreciación errónea de un documento auténtico, de una confesión judicial o de una inspección ocular", según lo exige el artículo 7º de la ley 16 de 1959. Además había de indicar el error procedente de esa conducta. Como en el cargo no se hicieron esas determinaciones, es también por ello inaceptable.

Tercer cargo

Con fundamento en el artículo 60 del decreto 528 de 1964 y en las "leyes 16 de 1968 y 1969", el casacionista acusa la providencia del ad-quem por ser "violatoria de la ley sustantiva, proveniente de grave error de derecho".

Afirma el atacante que no se discute en el juicio porque las partes están de acuerdo, la afiliación del demandante al Instituto Colombiano de Seguros Sociales, hecho que aparece demostrado, como también el de que la demandada con relación al actor, cumplió todas las obligaciones legales para con el Instituto mencionado.

Considera el mismo recurrente que hubo error de derecho en cuanto a que el sentenciador dejó de apreciar o apreció mal el documento que demuestra tales hechos, y que a consecuencia de ello violó la ley sustantiva por imponer a la sociedad una obligación que correspondía cumplir al Instituto Colombiano de Seguros Sociales.

Asegura el casacionista que el sentenciador se apoyó en normas derogadas y que desatendió el artículo 259 del Código Sustantivo del Trabajo cuando consagra que las obligaciones patronales dejarán de estar a su cargo desde que el Instituto Colombiano de Seguros Sociales asuma el riesgo correspondiente.

Termina el cargo con el señalamiento de los artículos 193, 259 numeral 2º, 260 del Código Sustantivo del Trabajo, 62 del Acuerdo 224 de 1966 y el decreto 3041 del mismo año, por aplicación indebida, en la

modalidad de falta de aplicación, y a través de error de derecho; y el artículo 8º de la ley 171 de 1961 por haberlo aplicado sin ser aplicable.

Se observa

Este cargo adolece del defecto anotado al anterior, de señalar como error de derecho uno que no lo es en casación laboral, pero la Sala en atención a su misión primordial ya señalada, lo estudiará.

Se considera

Es verdad que los artículos 193 y 259 del Código Sustantivo del Trabajo, en sus incisos segundos, contemplan el caso de que las prestaciones tanto comunes como especiales, dejen de ser obligaciones patronales cuando el riesgo correspondiente sea asumido por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales; pero también lo es que ello solamente ocurre de conformidad con la ley y con los reglamentos que dice el mismo Instituto.

Asimismo es cierto que el artículo 62 del Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el decreto 3041 del mismo año, dispone: "Las prestaciones de los seguros de invalidez, vejez y muerte dispuestas en este Reglamento, sustituirán de derecho las obligaciones patronales que para tales riesgos establece el Código Sustantivo del Trabajo, con las excepciones contempladas en los artículos anteriores en relación con el riesgo de vejez".

Por el Reglamento indicado, el Instituto Colombiano de Seguros Sociales asumió el riesgo correspondiente a la pensión de jubilación plena, o sea la que surge por virtud del tiempo servido y del cumplimiento de la edad requerida, pero de ninguna manera las pensiones reducidas que nacen en determinadas circunstancias, por razón de la terminación del contrato de trabajo.

Precisamente porque el seguro de vejez se consigue por reunir determinadas condiciones de edad y tiempo de servicio a uno o varios patronos, la terminación del contrato por cualquier razón no tiene incidencia en esa clase de seguro. Las formas de jubilación restringida obedecen a controles de la prestación patronal pero no son adecuadas al régimen de seguro.

De tal manera que el mismo Reglamento habla de la sustitución de obligaciones, pero advierte que ello ocurre con las excepciones contempladas en los artículos anteriores, y el 61 del mencionado Acuerdo dice: "Los trabajadores que lleven en una misma empresa de capital de ochocientos mil pesos ($ 800.000.00) moneda corriente, o superior, diez años o más de servicios continuos o discontinuos ingresarán al Seguro Social Obligatorio como afiliados en las mismas condiciones de los anteriores y en caso de ser despedidos por los patronos sin justa causa tendrán derecho al cumplir la edad requerida por la Ley al pago de la pensión restringida de que habla el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, con la obligación de seguir cotizando de acuerdo con los Reglamentos del Instituto hasta cumplir con los requisitos mínimos exigidos por éste para otorgar la pensión de vejez; en este momento el Instituto procederá a cubrir dicha pensión siendo obligación del patrono continuar pagando la pensión restringida. En todo lo demás el afiliado gozará de los beneficios otorgados por el Instituto.

Parágrafo. Esta disposición regirá únicamente durante los primeros 10 años de vigencia del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte".

La norma consagra la doble pensión que el recurrente no admite, y expresa claramente cómo el riesgo correspondiente a la pensión reducida, que nace por hechos distintos a la edad y al servicio aunque tenga relación con ellos, no fue asumido por el Instituto al menos en estos primeros diez años de vigencia de ese seguro de vejez.

Lo anterior demuestra que no fue indebidamente aplicado el artículo 8º de la ley 171 de 1961, ni fueron indebidamente dejados de aplicar los artículos 193, 259 y 260 del Código Sustantivo del Trabajo, como tampoco el artículo 62 del Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el decreto 3041 del mismo año.

No prospera el cargo.

Cabe anotar que en el fallo recurrido, se incurrió en error al decretar la pensión de jubilación, pues ello se hizo extra petita, ya que claramente y en razón del hecho 16 de la demanda y de la petición h) del mismo libelo, la solicitud se refería a la pensión restringida que se debe por despedir injustamente a un trabajador que ha laborado por más de quince años al servicio de una empresa de capital igual o superior a $ 800.000.00; y la sentencia decretó otra pensión especial que tiene distintos soportes y regulaciones, con lo cual cambió la acción y fallo fuera de lo pedido.

No puede remediarse la equivocación indicada, porque el recurrente no acusó el fallo por tal motivo, para lo cual se habría necesitado que señalara como violado el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo en relación con las normas que consagran las pensiones solicitada y concedida.

Solo compete a la Sala advertir el error para que los Tribunales tengan mayor cuidado en fallar dentro de las facultades legales que les corresponden.

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 cuatro (4) de septiembre de mil novecientos setenta (1970), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el juicio seguido por Juan de Dios Castrillón Cardona contra Panadería y Galletería Medellín Limitada.

Sin costas en el recurso por no haberse causado.

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

Juan Benavides Patrón, Alejandro Córdoba Medina, Jorge Gaviria Salazar.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

HOMOLOGACION

La Corte, por providencia de 22 de junio de 1971, DECLARA INEXEQUIBLE el Laudo Arbitral proferido por el Tribunal de Arbitramento Obligatorio, convocado para dirimir los puntos de desacuerdo entre el Ministerio de Obras Públicas y el Sindicato Nacional de Trabajadores del Ministerio de Obras Públicas y los Distritos de Carreteras Nacionales.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casacion Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., veintidós de junio de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Doctor José Enrique Arboleda Valencia).

(Acta número 25).

Por solicitud del Ministerio de Obras Públicas, de conformidad con el artículo 143 del C. P. del T., revisa la Sala el Laudo Arbitral pronunciado el 22 de mayo próximo pasado por el Tribunal de Arbitramento Obligatorio que decidió los puntos en que no hubo acuerdo en la discusión del pliego de peticiones formulado a dicho Ministerio por el Sindicato Nacional de Trabajadores del mismo y los de los Distritos de Carreteras Nacionales.

Para este fin la Sala considera

El 13 de enero de 1971 las partes enunciadas suscribieron un "acta de acuerdo" en que solucionaron, durante la etapa de arreglo directo, la totalidad de las solicitudes del pliego petitorio, con excepción de estas dos:

"Punto Quinto - Educación

"b) El Ministerio de Obras Públicas fuera de lo pactado en la cláusula cuarta de la Convención Colectiva del año de 1970, concederá igual número de becas para estudios secundarios a los trabajadores y a los hijos de éstos".

"Punto Décimo - Subsidios

"a) **Familiar.** El Ministerio de Obras Públicas seguirá pagando el subsidio familiar en forma directa a los beneficiarios, cuyo salario mensual exceda de tres mil quinientos pesos ($ 3.500.00) m/cte.

"b) **De transporte.** Igualmente seguirá pagando el subsidio de transporte a todos los trabajadores cuyo salario mensual no exceda de tres mil pesos ($ 3.000.00) m/cte.

Con el fin de dirimir esta diferencia el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, mediante Resolución número 0375 de 24 de febrero de 1971, convocó un Tribunal de Arbitramento Obligatorio y solicitó a las partes la designación de sus respectivos árbitros, las que indicaron al doctor José Agustín Mantilla, el Ministerio y al señor Tulio E. Cuevas R., el Sindicato. Como éstos, no pudieron avenirse en el nombre del árbitro tercero, el Ministerio del Trabajo nombró al doctor José Gregorio Díaz Granados, por Resolución número 1076 de 28 de abril de 1971.

Integrado así en legal forma el Tribunal, procedió a discutir los puntos sometidos a su fallo y, obtenida prórroga de diez días para el efecto, resolvió dentro de ella por mayoría de votos, lo que se copia:

"En mérito de las consideraciones anteriores, el Tribunal de Arbitramento Obligatorio, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, RESUELVE: Artículo primero. El Ministerio de Obras Públicas concederá sesenta, (60) becas para que adelanten estudios secundarios a los trabajadores y/o a los hijos de éstos, dentro del término de la vigencia del presente Laudo. Artículo segundo. El Ministerio de Obras Públicas continuará pagando los subsidios familiar y de transporte a los trabajadores que tuvieron derecho a tales beneficios en 31 de diciembre de 1970. Artículo tercero. El presente Laudo tendrá la misma vigencia que la convención colectiva de trabajo suscrita por el Ministerio con "Sinaltramopcar" y "Fenaltracar". Notifíquese. (Fdo.), José Gregorio Díaz Granados, Arbitro, Presidente del Tribunal. Salvo el Voto. (Fdo.) José Agustín Mantilla, Arbitro. (Fdo.) Tulio E. Cuevas R., Arbitro. (Fdo.) Alejandro Alvarez, Secretario".

Por la primera decisión el Tribunal extendió a estudios secundarios las becas que habían sido concedidas por el Ministerio de Obras Públicas en la Convención Colectiva de Trabajo celebrada entre las mismas partes el 20 de marzo de 1970, en su cláusula cuarta, Educación, "para estudios universitarios como para carreras intermedias" en número de "sesenta (60) que se concederán en tres (3) años sucesivos, así: el primer año 25, el segundo 20 y el tercero 15".

En estas condiciones aparece claro que los árbitros excedieron sus facultades legales, pues ha explicado con reiteración la jurisprudencia de esta Sala que ellas comprenden la ampliación de prestaciones extralegales aceptadas por el propio patrono en convenciones colectivas anteriores; pero no se extienden a la creación de nuevas cargas, lo que aquí ocurre, ya que con la decisión arbitral el número de 60 becas otorgadas por el Ministerio en la antedicha convención, (aumentada a 70 por el "acta de acuerdo", aludida al comienzo de este fallo), se amplía en 60 más y para estudios de bachillerato, distintos de los universitarios y de carreras intermedias a que ésta se refería.

Y por lo que hace a lo resuelto en el punto segundo del Laudo que se estudia, también es manifiesta la extralimitación de funciones de los árbitros, ya que, como ellos mismos lo reconocen en la parte considerativa de su fallo, la ley 58 de 1963 "promulgó el subsidio familiar como un derecho del cual disfrutan los trabajadores cuyo sueldo mensual no exceda de $ 2.000.00, en ciudades de 100.000 habitantes y hasta de $ 1.500 mensuales en las demás", y el subsidio de transporte "fue establecido por la ley 15 de 1959 para los trabajadores cuyo ingreso mensual no sea superior a $ 1.500.00 mensuales".

En estas circunstancias, no era dable a los miembros del Tribunal arbitrador disponer por encima de esos límites legales, pues aun cuando "el fallo arbitral pone fin al conflicto y tiene el carácter de convención colectiva en cuanto a las condiciones de trabajo", solo el patrono tiene capacidad para imponerse cargas superiores a las que la ley le fija, capacidad que no pasa a los árbitros por el hecho de que su sentencia adquiera el carácter ya dicho, señalado en el artículo 461 del C. S. T. Y la inexequibilidad de este artículo segundo proviene de que su sentido, acorde con lo solicitado en los puntos transcritos del pliego de peticiones, al disponer que el Ministerio "continuará pagando los subsidios familiar y de transporte a los trabajadores que tuvieron derecho a tales beneficios en 31 de diciembre de 1970", impone el conservarlo para aquellos cuyos sueldos, por aumentos de salario, quedaron por encima de los topes legales antedichos. Si así no fuere carecería de objeto la disposición aludida, pues huelga decir que continuarán disfrutando de tales beneficios los trabajadores que se encuentran dentro de lo previsto en las leyes respectivas.

Conviene recordar, por último, que en sentencia de homologación de 12 de noviembre de 1968 esta Sala sostuvo la misma doctrina respecto del Laudo Arbitral que decidió el conflicto surgido entre Electrificadora de Antioquia S. A. y la Asociación de Empleados y Trabajadores de la misma y en el que también el respectivo Tribunal

amplió la base para el pago de los subsidios familiar y de transporte.

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, RESUELVE: DECLARASE INEXEQUIBLE el Laudo Arbitral pronunciado el 22 de mayo del año en curso por el Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir los puntos de desacuerdo entre el Ministerio de Obras Públicas y el Sindicato Nacional de Trabajadores del Ministerio de Obras Públicas y los Distritos de Carreteras Nacionales.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la **Gaceta Judicial** y envíese el expediente al Ministerio del Trabajo para su custodia y demás efectos legales.

José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García B., José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

TRANSITO DE UNA LEGISLACION A OTRA

Teniendo en cuenta la fecha del acto procesal, 12 de diciembre de 1969, debe la Corte dar aplicación al artículo 154 C. P. L., sobre tránsito de procedimientos, que desarrolla el 40 de la ley 153 de 1887 sobre la materia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., junio veintidós (22) de mil novecientos setenta y uno (1971).

(Magistrado Ponente: Doctor Jorge Gaviria Salazar).

(Acta número 30).

Se procede a decidir el recurso extraordinario de casación interpuesto por el apoderado de Víctor Manuel Vargas contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, de fecha 7 de noviembre de 1969, que puso fin al juicio que adelantó aquel contra la sucesión de Francisco Ordóñez Benavides.

Antecedentes

Víctor Manuel Vargas asistido de apoderado, demandó a la citada sucesión, representada por la señora Ramona Ruiz Vda. de Ordóñez, como albacea de la mortuoria, quien debe concurrir al juicio en su nombre y como representante legal de la menor adulta Francisca del Socorro Ordóñez Ruiz y a los hijos naturales del causante Antonio Vargas, Pablo Roa y Alicia Ordóñez de González, para que por los trámites de un juicio laboral de mayor cuantía, se hicieran las siguientes declaraciones, condenas y ordenaciones:

"Primera. Que la mencionada sucesión del señor Francisco Ordóñez Benavides, representada por los precitados señores Ramona Ruiz v. de Ordóñez cónyuge sobreviviente y albacea, Francisca del Socorro Ordóñez Ruiz, Antonio Vargas, Pablo Roa y Alicia Ordóñez de González, hijos del causante, debe pagar o está obligada a pagar a mi mandante Víctor Manuel Vargas, dentro del plazo que usted señale al efecto, la cantidad de dinero que se determine en el juicio, por concepto de salarios, primas de servicio, horas extras de trabajo, dominicales y días de fiesta distintos a dominicales trabajados, vacaciones, cesantía, jubilación e indemnizaciones, relativos a un período de cuarenta (40) años de labores ininterrumpidas de mi patrocinado al servicio del causante y de su sucesión, en la finca denominada "La Meseta" o "Totumos", ubicada en jurisdicción municipal de Girón S. de propiedad de los mencionados patronos.

"Segunda. Que en caso de oposición, son de cargo de la sucesión demandada todas las costas del juicio que con esta demanda se inicia".

Las pretensiones del libelo las fundamentó el apoderado en los hechos que a continuación se expresan:

"1º Mi mandante señor Víctor Manuel Vargas, en virtud de contrato verbal celebrado con el extinto Francisco Ordóñez Benavides, entró a trabajar como administrador de la hacienda de propiedad de éste, denominada "La Meseta" o "Totumos", ubicada en jurisdicción municipal de Girón S. en el año de 1928 y por tiempo indefinido.

"2º Desde entonces, en forma continua, Víctor Manuel Vargas viene prestando sus

servicios personales en la hacienda "La Meseta" o "Totumos", bajo la continuada subordinación o dependencia de don Francisco Ordóñez Benavides, obviamente en lo que a él respecta, hasta el día de su fallecimiento ocurrido en los primeros meses del año de 1968; y luego de éste, bajo la de su cónyuge sobreviviente y albacea de la sucesión señora Ramona Ruiz v. de Ordóñez y sus herederos antes citados, cumpliendo órdenes en todo momento en cuanto al modo y calidad y cantidad de trabajo, hasta cuando éstos últimos resolvieron como representantes de la sucesión, dar por terminado unilateralmente y en forma intempestiva el contrato de trabajo existente con mi representado, llegando hasta instaurarle a éste juicios de lanzamiento, sin dar cumplimiento a ninguna de las obligaciones patronales.

"3º A partir de la terminación unilateral del contrato de trabajo, sin justa causa y sin preaviso, y de los subsiguientes juicios de lanzamiento contra mi representado Víctor Manuel Vargas, juicios que no prosperaron precisamente porque éste se opuso por encontrarse pendientes de pago sus salarios; prestaciones e indemnizaciones laborales, el actor de esta acción ha permanecido en espera de que se le pague o se le garantice el pago de lo que aquí se demanda, sin resultado satisfactorio.

"4º Don Francisco Ordóñez Benavides y Víctor Manuel Vargas convinieron desde un principio en que el primero pagaría al segundo los salarios correspondientes al trabajo que ejecutara éste y que se acatarían en forma estricta las leyes y normas sobre prestaciones sociales.

"5º Víctor Manuel Vargas, dentro de la finca "La Meseta" o "Totumos", atendiendo órdenes de su patrono señor Francisco Ordóñez Benavides primero, y luego de su viuda y herederos, desempeñó desde un principio labores propias de administrador, impartiendo órdenes sobre preparación de cultivos, recolección de frutos, reparación y confección de cercas, arreglo de las tomas de agua para riego, conservación de equipo y herramientas y, en fin, cuantas actividades son necesarias en una finca o hacienda, siempre con estricta honorabilidad y cumplimiento, situación esta que subsiste en la actualidad, pese al rompimiento unilateral de su contrato de trabajo por parte de sus patronos, y de las tentativas de lanzamiento.

"6º Víctor Manuel Vargas ha venido laborando en la forma que ha quedado expresada, no solamente durante la jornada diaria de trabajo, sino en horas extras o de trabajo suplementario, pues en efecto, dicha labor comienza siempre a las cinco de la mañana para concluir a la seis de la tarde, teniendo solamente interrupción por el lapso de media hora para cada una de las comidas.

"7º Asímismo Víctor Manuel Vargas ha venido trabajando en la finca antecitada, en días domingos sin interrupción y en feriados de descanso obligatorio en jornada de nueve horas diarias, sin descanso compensatorio remunerado ni retribución en dinero.

"8º Ni don Francisco Ordóñez Benavides ni sus sucesores han pagado a Víctor Manuel Vargas el valor de sus salarios y prestaciones sociales, de acuerdo con los planteamientos anteriores.

"9º Ni con ocasión del rompimiento del contrato de trabajo y lanzamientos intentados por la sucesión contra Víctor Manuel Vargas, ni tampoco atendiendo a las solicitudes de éste en el sentido de que se le arreglara el valor de sueldos y prestaciones, los causahabientes de don Francisco Ordóñez Benavides han querido ponerse a paz y salvo con mi mandante.

"10. La obligación de dar cumplimiento a las normas laborales es mucho más estricta en este caso, si se atiende a los nexos de parentesco existente entre trabajador y patronos, nexos que explican también el que Víctor Manuel Vargas nunca antes hubiera intentado acción judicial alguna para obtener lo que por su trabajo se le adeuda".

En derecho apoyó sus peticiones "en los artículos 22 y siguientes, 37, 127, 133 y siguientes 145 a 148, 158 y siguientes, 172 a

174, 186, 249, 260 y siguientes y 306 del Código Sustantivo del Trabajo; Decretos 617 de 1964, 118 de 1957, 240 de 1963, 2351 de 1965, 1373 de 1966 y normas concordantes".

El Juzgado Civil Municipal de Girón que conoció del juicio, admitió el libelo y ordenó correr traslado de él a los demandados, quienes lo contestaron así:

La señora Ramona v. de Ordóñez negó todos los hechos y propuso la excepción de prescripción.

Los co-demandados Antonio Vargas, Pablo Roa y Alicia Ordóñez de González, aceptaron en cambio, todos los hechos, haciendo una aclaración incidental sobre el tercero.

Tramitado el juicio en legal forma, el Juzgado puso fin a la primera instancia, mediante sentencia de 7 de julio de 1969, en la cual sobre la base de que no habían sido probados los hechos del libelo, absolvió de todos los cargos contenidos en él a los demandados e impuso costas al promotor de la litis.

La providencia del a-quo fue apelada por el apoderado del actor y el Tribunal Superior de Bucaramanga, en fallo de 7 de noviembre de 1969, llegó a la misma conclusión del inferior y confirmó la sentencia de primera instancia, sin hacer condenación en costas.

El recurso

Contra la resolución del Tribunal interpuso recurso de casación el apoderado del demandante, el cual fue concedido por aquel y posteriormente por la Corte.

La acusación

Pretende el recurrente que la Corte por medio de su Sala Laboral case la sentencia de segundo grado en cuanto confirmó la del a-quo, y convertida en Tribunal de instancia "condene a la sucesión de Francisco Ordóñez Benavides, al pago de prestaciones sociales y salarios dejados de cubrir en favor de Víctor Manuel Vargas y se condene igualmente en costas a la parte demandada".

Invocó el casacionista como motivo de casación el numeral primero del Artículo 87 del Código Procesal del Trabajo, "por ser la sentencia gravada violatoria de la ley Sustantiva", y formuló un cargo, así:

"Acuso la sentencia recurrida de infringir indirectamente por aplicación indebida, los artículos 22, 23, 24, 65 y concordantes del Código Sustantivo del Trabajo en relación con los pertinentes a pago de cesantía, vacaciones, primas de servicio, etc., o sea los números 249 a 258; 306 a 308 y 186 a 192 en concordancia con el Decreto 2351 de 1965 en cuanto a vacaciones.

"A esta violación llegó el sentenciador, según el recurrente como consecuencia de evidente error de hecho, por falta de apreciación de unas pruebas y mala apreciación de otras, que llevó a no dar por demostrado estándolo que entre los señores Víctor Manuel Vargas y Francisco Ordóñez Benavides existió un contrato de trabajo de término indefinido, "el cual siguió su vida jurídica aun con la sucesión del finado señor Ordóñez Benavides".

Para el acusador las pruebas dejadas de apreciar fueron:

a) La declaración de Francisco Ordóñez Benavides que obra al folio 23 del primer cuaderno y que fue rendida en el juicio ordinario de mínima cuantía promovido por José Alejandro González Reyes contra Víctor Manuel Vargas y;

b) La absolución de posiciones de la señora Ramona Ruiz v. de Ordóñez que aparece a folios 66 a 68 del mismo cuaderno.

El impugnante luego de comentar estas dos pruebas, manifiesta que al recurso le es aplicable lo dispuesto por la ley 16 de 1969, en su artículo 7º que modificó el 23 de la ley 16 de 1968, y por tanto, es motivo de casación laboral la violación de la ley sustantiva por error de hecho consistente

en la falta de apreciación o estimación errónea de una confesión judicial y que, demostrado haberse incurrido en tal error, por estar de manifiesto en autos, debe casarse la sentencia.

La Corte considera

El recurso de casación contra la sentencia de segundo grado proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, fue interpuesto por el apoderado del actor, el día 12 de noviembre de 1969 (fl. 20).

Teniendo en cuenta la fecha del acto procesal antes indicado, debe la Corte dar aplicación al artículo 154 C. P. L., sobre tránsito de procedimientos, que desarrolla el 40 de la Ley 153 de 1887 sobre la materia.

Indica la primera disposición que "los términos no vencidos y los recursos interpuestos (subraya la Sala), se regirán por la ley aplicable al tiempo en que empezó el término o se interpuso el recurso" (se subraya).

Como en el sub-lite el recurso de casación fue interpuesto por el apoderado del actor en la fecha que se ha citado, la ley aplicable era la 16 de 1968, que gobierna todo el trámite del recurso incluyendo su sustentación y no la 16 de 1969, como equivocadamente lo entiende el impugnador, y que solo empezó a regir el 19 de diciembre de dicho año.

De acuerdo con el primer estatuto y por mandato de su artículo 23 "el error de hecho será causal de casación laboral solamente cuando provenga de falta de apreciación de un documento auténtico ..." (se subraya).

El casacionista en su demanda, fundamentalmente estructura el cargo en la no apreciación de una declaración de testigo, y de la prueba de posiciones, absueltas por la señora Ramona Ruiz viuda de Ordóñez.

En consecuencia, teniendo en cuenta como se ha visto, que la ley aplicable es en este caso la 16 de 1968 y las pruebas no apreciadas por el sentenciador, en la forma como lo dice el recurrente, no constituyen "documento auténtico", como en repetidas ocasiones lo ha dicho la Sala, es preciso concluir que el cargo fue mal formulado y por tanto, se desestima.

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 7 de noviembre de 1969, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, en el juicio que adelantó Víctor Manuel Vargas contra la sucesión de Francisco Ordóñez Benavides.

Sin costas en el recurso.

Cópiese, publíquese, 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.

CASACION

(Técnica)

Conviene advertir, según lo exponen los doctrinantes y la jurisprudencia de la Corte, que la casación no es una tercera instancia que permita revisar la totalidad del juicio.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., junio veintitrés de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Doctor José Enrique Arboleda Valencia).

(Acta número 24).

Alfonso Torres, abogado titulado, demandó en su propio nombre a Víctor Roncancio Mora, por la vía ordinaria, en libelo que fue repartido al Juzgado Segundo Laboral de Bogotá, con el fin de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"Primero. Que el demandado doctor Víctor Roncancio debe al demandante el valor de sus honorarios profesionales, tasados pericialmente, como apoderado que fue suyo en el juicio especial de venta contra Rafael Moreno Sandoval, juicio que se tramita en el Juzgado 19 Civil Municipal de Bogotá, honorarios que comprenden los servicios prestados desde la interposición de la demanda hasta la fecha de la renuncia del poder.

"Segundo. Que debe, así mismo el demandado Roncancio al demandante Torres M., el valor de los gastos hechos en el mismo juicio durante todo el tiempo en que le prestó sus servicios.

"Tercero. Que debe pagarle, también, las costas del presente juicio".

Afirmó como hechos sustentantes de su acción los que se resumen:

Fue apoderado judicial del demandado para recabar de Rafael Moreno Sandoval el pago de dos créditos, uno por $ 200.000.00 y otro por $ 150.000.00, lo que efectuó con la presentación de la respectiva demanda el 9 de diciembre de 1963, repartida inicialmente al Juzgado 7º Civil del Circuito y que correspondió luego al Juzgado 19 Civil Municipal de Bogotá. "Desde la interposición de la demanda, dice, hasta la sentencia de segunda instancia, proferida por el Tribunal de Bogotá con fecha 9 de diciembre de 1966, actué como apoderado del doctor Roncancio". En esta sentencia, agrega, "el Tribunal Superior condenó al pago de los créditos y de sus intereses moratorios del 2% mensual, a partir del día 15 de diciembre de 1963, amén de las costas de la primera instancia". No obstante este resultado, manifiesta que el doctor Roncancio se presentó a su oficina de abogado en los primeros días del mes de enero de 1967 y "me increpó que era responsable por el no reconocimiento de los intereses desde fecha anterior y que por este concepto le adeudaba $ 66.000.00". Sostiene el demandante que él respondió que estaba listo a "indemnizarlo de cualquier perjuicio que me fuera imputable"; que le propuse la constitución de un tribunal de arbitramento para que decidiera al respecto y que renunció al poder el 30 del mismo mes de enero, ante esa situación. Dice, por último, que no había acordado honorarios con su

poderdante y que hasta la fecha de la demanda no le había sido posible un arreglo sobre el particular.

Por procurador judicial respondió el demandado el libelo antedicho, afirmando o no constarle o no ser ciertos los 11 hechos de la demanda, se opuso a las pretensiones del actor y pidió la absolución del pago de los honorarios impetrados. Además, presentó demanda de reconvención contra el demandante en la que solicita:

"A) Que se condene al demandado en reconvención o contrademandado doctor Alfonso.Torres M. a pagar a mi poderdante doctor Víctor Roncancio Mora la cantidad de sesenta y seis mil pesos m/c. ($ 66.000) por lucro cesante y a título de indemnización por el daño sufrido con la deficiente gestión profesional del demandado.

"B) Que se condene al demandado en reconvención a pagar a mi poderdante los intereses legales de la suma anterior contados a partir de la fecha de la gestión profesional equivocada por el demandado.

"C) Que se condene en costas al demandado en reconvención".

Dio a esta petición los siguientes fundamentos de hecho:

"1º El doctor Alfonso Torres M. actuó como abogado en el juicio de venta seguido por el doctor Víctor Roncancio Mora contra el señor Rafael Moreno.

"2º El doctor Alfonso Torres M. sin mandato especial del doctor Víctor Roncancio Mora expidió un recibo o comprobante de pago a favor del señor Rafael Moreno deudor del doctor Víctor Roncancio M. por la sumas de $ 22.000.00 y $ 8.000.00 representadas en sendos cheques.

"3º El demandado en reconvención doctor Alfonso Torres M. expresó literalmente en el recibo a que se contrae el hecho anterior, lo siguiente: '... con que cubre intereses moratorios del 2% mensual hasta el 15 de diciembre próximo, sin que ello implique prórroga ninguna del término'.

"4º El aludido comprobante de pago o recibo está fechado el 19 de noviembre de 1963.

"5º El mencionado recibo o comprobante de pago fue llevado al juicio de venta del doctor Víctor Roncancio Mora contra el señor Rafael Moreno, por el apoderado suyo, con destino a producir efectos probatorios en el proceso civil, a fin de obtener beneficio en su favor y perjuicio en contra de mi mandante.

"6º Por la forma y contenido de la redacción y elaboración del 'recibo' o comprobante de pago a que se ha hecho alusión en este escrito, la contraparte del doctor Víctor Roncancio en el tantas veces citado juicio de venta obtuvo en su favor que se declarara probada una excepción de pago parcial por el Juzgado del conocimiento, con los consiguientes perjuicios para el doctor Roncancio Mora".

"7º La actuación del doctor Alfonso Torres M. al expedir el citado recibo, en la forma como lo redactó no fue autorizada en ningún momento por el doctor Víctor Roncancio Mora, por lo cual le ha irrogado cuantiosos perjuicios materiales objetivados.

"8º El daño sufrido por mi poderdante doctor Víctor Roncancio Mora con la imputación a capital de las sumas que el doctor Alfonso Torres M. dio por recibidas mediante el comprobante de pago o recibo a que se contraen los anteriores hechos, ha significado para mi patrocinado una pérdida por lucro cesante causada por deficiente gestión profesional de sesenta y seis mil pesos ($ 66.000.00)".

El contrademandado respondió el libelo respectivo en los términos que a continuación se trasladan, sin perjuicio del incidente que planteó sobre inadmisibilidad de la contrademanda y que fue resuelto en forma desfavorable así por el Juez, como por el Tribunal:

"Dentro del término del traslado de la CONTRADEMANDA que fue admitida ante las meras afirmaciones de su autor y

dando como razón las mismas afirmaciones, contesto a ella oponiéndome a todas y cada una de las pretensiones del reconvencionista e impetrando, como es obvio, el rechazo a los cargos que me formula.

"A los hechos contesto así:

"Al 1º Es cierto, actué como apoderado de Víctor Roncancio en el juicio de venta contra Rafael Moreno Sandoval. El poder era, exclusivamente para demandar en juicio.

"Al 2º Es cierto. Con anterioridad al otorgamiento del poder y siguiendo instrucciones de Víctor Roncancio, firmé el recibo en referencia. La exactitud del hecho fue más tarde reconocida por Roncancio en posiciones que le pidió Moreno Sandoval.

"Al 3º Es cierto y también lo es que al ser interrogado en posiciones Víctor Roncancio sobre el hecho de que los intereses quedaron cubiertos hasta el 15 de diciembre de 1963, contestó textualmente:

'Es cierto que quedaron cubiertos los intereses y aclaro: los intereses al 1% quedaron cubiertos y el medio restante fue reconocido por Moreno Sandoval por demora en el cumplimiento del pago de estos intereses'.

"Al 4º Es cierto.

"Al 5º Debe probarse, ya que nada puedo aseverar sobre las intenciones con que hayan procedido otras personas.

"Al 6º No es cierto. En la sentencia se tuvo en cuenta, primordialmente, la confesión de Roncancio, y el haber declarado que los intereses estaban pagos hasta determinada fecha, no implica excepción de pago parcial.

"Al 7º No es cierto.

"Al 8º No es cierto. Si Roncancio no hubiera reconocido el pago de los intereses hasta la fecha mencionada, el recibo de un tercero no habría podido perjudicarlo".

Desató el litigio el Juzgado del conocimiento el 16 de agosto de 1968 de la siguiente manera:

"Primero. CONDENASE al doctor Víctor Roncancio Mora, con C. de C. Nº 45909 de Bogotá, a pagar al demandante, una vez en firme la presente sentencia, doctor Alfonso Torres Melo con C. de C. Nº 14917 de Bogotá, la suma de ciento tres mil doscientos pesos ($ 103.200.00) M/Cte. por concepto de honorarios profesionales, conforme la parte motiva de esta sentencia.

"Segundo. ABSUELVESE al demandado de las demás peticiones impetradas por el actor;

"Tercero. DECLARANSE no probadas las excepciones propuestas por el demandado; y,

"Cuarto. COSTAS a cargo del demandado en cuantía del 80%.

"Demanda de reconvención

"Quinto. ABSUELVESE al doctor Alfonso Torres Melo de las condiciones civiles anotadas, de todos y cada uno de los cargos formulados por el contra-demandante, doctor Víctor Roncancio Mora;

"Sexto. COSTAS a cargo del contra-demandante. Tásense".

Por apelación de la parte demandada subieron los autos al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el cual en sentencia de 21 de noviembre de 1970, acordada por mayoría de votos, CONFIRMO en todas sus partes el fallo de primer grado.

Contra aquella sentencia recurrió el demandado en casación y planteó la demanda correspondiente, oportunamente replicada por el actor, mediante la cual pretende que esta Sala "case parcialmente" la sentencia del Tribunal de fecha 21 de noviembre de 1970 en su numeral primero, en cuanto por él se confirmaron los puntos primero, tercero, cuarto, quinto y sexto del fallo de primera instancia, y en su numeral segundo, en cuanto por él condenó al apelante al pago de las costas de la segunda instancia "y que "una vez se constituya la H. Corte como Tribunal de instancia, habrán de revocarse los citados puntos del fallo de primer grado para disponer, en su lugar, lo siguiente:

"A) En cuanto a la demanda principal, absolver al doctor Víctor Roncancio de la petición de la demanda principal relativa al pago de honorarios profesionales y condenarlo al pago de las costas;

"B) En cuanto a la demanda de reconvención, condenar al doctor Alfonso Torres a pagar la cantidad de $ 104.000.00 por perjuicios causados al doctor Víctor Roncancio por su deficiente gestión profesional, mas los intereses legales desde la fecha de la citada actuación equivocada y hasta cuando se produzca la cancelación total de la cantidad mencionada y las costas de la reconvención.

"Como consecuencia de lo anterior, las costas de la segunda instancia correrán a cargo del demandante y contrademandado".

Observa la Sala a este petitum: de un lado, que solicitándose la infirmación de los numerales primero y segundo de la sentencia recurrida, que son cuantos ella contiene, la casación de ésta no podría ser parcial, sino total, con tanta mayor razón cuanta el mencionado numeral primero, dice: "CONFIRMASE, en todas sus partes (subraya la Sala), el fallo apelado, proferido por el Juzgado Segundo Laboral Municipal de Bogotá, el 16 de agosto de 1968". Y de otro, que habiéndose solicitado en la contrademanda condenación al pago de $ 66.000.00, "por lucro cesante y a título de indemnización por el daño sufrido con la deficiente gestión profesional de demandado", amén de "los intereses legales de la suma anterior", es injurídico, como lo anota el opositor, pretender que la Corte condene a cubrir la cantidad de $ 104.000.00, mas los intereses legales de ella.

Anotado lo anterior, procede la Sala a estudiar los dos cargos formulados en la impugnación.

La infracción legal la señala de esta manera:

"La sentencia acusada viola por vía indirecta los siguientes preceptos sustanciales: Artículo 2184 numeral 3º del Código Civil al haberlo aplicado indebidamente y los artículos 2184 inciso final, 2183, 2157, 2186, 2175, 2180, 2155, 1613, 1615, 1616, y 1617 del mismo Código por falta de aplicación, siendo aplicables al caso sub lite, en relación con los artículos 2144, 2069 y 1604 del Código Civil, así como el artículo 1º del Decreto 456 de 1956 y los artículos 1º y 2º del Decreto 931 de 1956".

Las pruebas de que provienen los errores de hecho imputados a la sentencia, las singulariza así:

"A) Pruebas apreciadas erróneamente

"1º DOCUMENTAL. Copias auténticas expedidas por el Juzgado Civil Municipal de Bogotá, correspondientes al juicio de venta seguido por Víctor Roncancio contra Rafael Moreno Sandoval, en las cuales aparece un recibo expedido por el doctor Alfonso Torres al señor Moreno Sandoval con ocasión del citado juicio de venta, el día 19 de noviembre de 1963, el poder que el doctor Roncancio le confirió al doctor Torres para instaurar la acción, la demanda y su corrección, las posiciones absueltas dentro del mismo por el doctor Roncancio y la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, dentro del mismo juicio (fls. 34 a 87 cuad. 1º).

"2º Las posiciones absueltas por el doctor Víctor Roncancio dentro del presente juicio laboral (fls. 30 a 33 cuad. 1º).

"3º El dictamen pericial rendido por el doctor Miguel de la Ossa, así como la ampliación presentada por el mismo a solicitud del Juzgado y del apoderado del demandante (fls. 125 a 130 y 142 a 148 cuad. 1º).

"B) Prueba no apreciada

"Las posiciones absueltas por el doctor Alfonso Torres dentro del juicio (fls. 96 a 99 y 102 a 105)".

Los siguientes son los errores de hecho en que a juicio del recurrente incurrió el Tribunal sentenciador:

"a) No dar por probado que el doctor Alfonso Torres incurrió en culpa en el ejercicio del mandato que le confirió el doctor

Víctor Roncancio para que lo representara como su procurador judicial en el juicio de venta que instauró contra el señor Rafael Moreno Sandoval;

"b) No dar por probado que la conducta culposa y negligente del doctor Alfonso Torres consistió en haber expedido un recibo el día 9 de noviembre de 1963, condonando al señor Rafael Moreno Sandoval intereses que éste le adeudaba al doctor Víctor Roncancio en razón de las obligaciones hipotecarias cuyo cobro aquel adelantaba en el Juzgado 19 Civil Municipal de Bogotá.

"c) No dar por probado que al expedir el citado recibo, el doctor Alfonso Torres condonó esta parte de la deuda por intereses al señor Moreno Sandoval, sin estar autorizado para ello por el doctor Roncancio y en consecuencia, extralimitando las facultades que le habían sido conferidas por su mandante.

"d) No dar por probado que como consecuencia directa del acto culposo en que incurrió el doctor Torres al expedir el citado recibo, se siguieron graves perjuicios económicos al doctor Roncancio, que fueron tasados pericialmente en la suma de $ 104.000.00 m/cte., mas los intereses sobre dicha suma por concepto de lucro cesante, desde que Roncancio dejó de percibir los intereses que le adeudaba su acreedor a causa de la actuación de su apoderado.

"e) No dar por probado que el doctor Torres incurrió también en inexcusable negligencia en la redacción de la demanda del juicio de venta y su posterior corrección, al pretender cobrar intereses que anteriormente él mismo había condonado mediante recibo suscrito el día 19 de noviembre de 1963.

"f) No dar por probado que el doctor Víctor Roncancio estaba autorizado para exonerarse de cumplir su obligación de remunerar el mandato del doctor Torres y para abstenerse de pagarle sus honorarios, en consideración a la culposa ejecución por parte de este último del mandato que le fue concedido;

"g) No dar por demostrado que el día 19 de noviembre de 1963, cuando el doctor Torres expidió el recibo ya citado, estaba obrando en ejercicio del poder que para iniciar el juicio de venta le había conferido el doctor Roncancio, con facultades de recibir, poder que había sido presentado personalmente por el último desde el 30 de septiembre de 1963, en el Juzgado 9º Civil del Circuito de Bogotá y que el doctor Torres aceptó en esa fecha.

"h) No dar por demostrado que el factor determinante de la absolución que por concepto de intereses causados con posterioridad al 15 de diciembre de 1963 hizo el Tribunal Superior de Bogotá, —Sala Civil— en favor del señor Rafael Moreno Sandoval, fue el recibo mencionado, expedido por el doctor Alfonso Torres con negligencia y extralimitación de sus obligaciones como mandatario judicial;

"i) No dar por probado que a consecuencia de la conducta culposa observada por el doctor Torres, le adeuda al doctor Víctor Roncancio la suma de $ 104.000.00 más los intereses legales de dicha suma desde la fecha de la actuación equivocada del mismo, como indemnización de perjuicios materiales por daño emergente y lucro cesante;

"j) Dar por probado sin estarlo, que los servicios profesionales que desempeñó el doctor Alfonso Torres en favor del doctor Víctor Roncancio, fueron eficientes y eficaces".

Para sustentar este cargo hace luego el impugnante un largo alegato tendiente a demostrar que el doctor Alfonso Torres M. incurrió en culpa al haber expedido el recibo de 19 de noviembre de 1963 en el que daba por pagados, hasta diciembre de 1963, intereses de los créditos debidos por Rafael Moreno Sandoval a Víctor Roncancio, argumentos que se estudiarán en el curso del examen que de dicho cargo procede a hacer la Sala.

Débense, ante todo, fijar con precisión los antecedentes de la controversia, que son:

Primero. El 30 de septiembre de 1963 fue presentado personalmente por Víctor Roncancio el poder que le otorgaba al doctor Alfonso Torres, cuya aceptación aparece en

el mismo, ante el Juzgado 9º Civil del Circuito de Bogotá, "para demandar al señor Rafael Moreno Sandoval ... en orden a la efectividad de los créditos hipotecarios que constan en las escrituras números 607 de fecha 12 de marzo de 1960 y 1593 de 12 de julio de 1961, otorgadas ambas en la Notaría Octava de este Circuito. El apoderado puede optar por el juicio ejecutivo con acción real o por el de venta de la cosa hipotecada, y tiene, cualquiera sea el procedimiento que elija, facultades para recibir, desistir, transigir, sustituir, interponer recursos, etc. El señor Juez "Víctor Roncancio'. Acepto: Alfonso Torres M.".

Segundo. Datado en Bogotá el 19 de noviembre de 1963 expidió el doctor Torres el siguiente recibo: "Recibí del señor Rafael Moreno para el doctor Víctor Roncancio, dos cheques a cargo de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, uno por VEINTIDOS MIL PESOS ($ 22.000.00) y otro por OCHO MIL PESOS ($ 8.000.00) (las mayúsculas son del texto), con que cubre intereses moratorios del dos por ciento mensual hasta el día quince (15) de diciembre próximo, sin que ello implique prórroga ninguna del término. Bogotá, noviembre 19 de 1963. (Fdo.) 'Alfonso Torres M.'.

Tercero. El 9 de diciembre de 1963 introdujo el doctor Torres la demanda de venta o adjudicación de los bienes hipotecados para hacer efectivos los créditos a que se refiere el poder indicado en el punto primero y el 20 de junio de 1964 corrigió la demanda anterior ante el Juez Séptimo Civil del Circuito, a quien había correspondido por reparto. (fs. 52 a 56 del c. principal).

Cuarto. Con base en tales documentos el Juzgado aludido dictó sentencia el 31 de mayo de 1965, mediante la cual declaró no probada la excepción de petición antes de tiempo propuesta por el demandado y, en cambio, declaró probada la de pago parcial de la obligación, alegada por el mismo. Ordenó, por último, la venta en pública subasta del inmueble "San Cayetano" para cubrir con su valor el de los créditos cobrados. Llegados los autos al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por apelación, desató el recurso el 9 de diciembre de 1966 con la declaración de no hallar probadas las excepciones de cobro de lo no debido y de petición antes de tiempo y de encontrar fundada la de pago parcial, "concretamente en cuanto dice a los intereses acusados por las cantidades mutuadas hasta el 15 de diciembre de 1963" y con el decreto de venta del inmueble antes mencionado (fs. 34 a 44, principal c.).

Estos hechos, plenamente acreditados con las copias auténticas de los documentos originales que obran en el juicio de venta de bien hipotecado y expedidas por el Juzgado del conocimiento y el Tribunal de Bogotá, fueron el origen del pleito que ahora se decide y en el que el doctor Torres obtuvo sentencia definitiva para el pago de $ 103.000 por concepto de honorarios profesionales correspondientes a la realización del juicio de venta de bien hipotecado y a la posición del doctor Roncancio Mora, quien cree no deberlos por haber incurrido aquel en culpa al expedir la carta de pago de los intereses hasta el 15 de diciembre de 1963. Esta posición del demandado fue la que fijó en la demanda de reconvención despachada en forma desfavorable a éste por la sentencia acusada.

Al sustentar el cargo que se analiza plantea de esta manera el impugnante su ataque a ésta:

"El artículo 2184, numeral 3º del C. C. señala que el mandante está obligado a pagar al mandatario la remuneración estipulada o usual, pero el inciso final de la misma norma preceptúa que no podrá el mandante disculparse de cumplir esta obligación alegando que el negocio encomendado no ha tenido buen éxito y que pudo desempeñarse a menos costos, **salvo que le pruebe culpa** (subrayo). En otros términos, cuando en el ejercicio del mandato el mandatario observa una conducta culposa, el mandante queda facultado para exonerarse de cumplir sus obligaciones, entre ellas la de cubrirle la remuneración pactada o la usual". El punto central por resolver aquí es, pues, el de si el Dr. Torres incurrió en culpa al expedir el tantas veces citado recibo por intereses de las sumas mu-

tuadas hasta el 15 de diciembre de 1983, y que produjeron la declaración de encontrarse probada la excepción de pago parcial respecto de los mismos, en la sentencia que ordenó hacer efectivos los créditos hipotecarios cobrados.

El fallo impugnado trae al respecto las siguientes consideraciones:

"A lo largo del juicio ordinario, materia de estudio, el demandante Dr. Torres sostiene que el Dr. Roncancio no le ha pagado sus honorarios, y que los reclama, por lo cual ha iniciado este juicio, y estos se hallan avaluados por el perito designado para tal efecto por el Juzgado de instancia en la suma de $ 103.200.00, folios 142 a 148 del expediente.

"Por su parte el demandado y reconvencionista, Dr. Roncancio sostiene que en realidad no le ha pagado los honorarios al Dr. Torres, porque éste le causó graves perjuicios con su negligente y deficiente actuación, como su apoderado en el juicio de venta referido. Y hace consistir tales negligencia y deficiencia, dentro del juicio, en la expedición del recibo de intereses de mora de las sumas cobradas, en que quedaban cubiertos o pagados o cancelados, hasta diciembre de 1963, por lo cual dejó de pagarle a Roncancio el deudor Sr. Moreno Sandoval, los intereses de mora de diciembre de 1962 a diciembre de 1963, lo que le acarreó un perjuicio considerable que él lo estima en la suma de $ 66.000.00.

"Pero resulta que el Dr. Roncancio, finca su inconformidad y su disparidad con su ex-apoderado, en que éste expidió un recibo por la suma de $ 30.000.00 dando por cancelado con esta suma los intereses moratorios de las sumas debidas $ 200.000.00 y $ 150.000.00, y a un interés del 2% por el lapso que corre de diciembre de 1962 a diciembre de 1963, fecha, ésta última tenida en cuenta en el fallo del Tribunal en el juicio de venta.

"Pero, desde luego hacen consistir jurídicamente hablando, esos perjuicios ocasionados por el Dr. Torres al Dr. Roncancio, en la relación de causalidad que pudo existir, entre la expedición del dicho recibo y el fallo del Tribunal, para el juicio de venta, en que solo condenaban a los intereses de mora de diciembre de 1963 en adelante.

"Y en la demanda de reconvención, se dice que esos perjuicios ocasionados por Torres a Roncancio, consistieron en la expedición del recibo, en la forma y contenido del recibo que no estaba autorizado por Roncancio.

"Que la razón del fallo del Tribunal en el juicio de Venta y la declaratoria de probada la excepción de pago parcial, fue por razón del mismo recibo o comprobante de pago de esos intereses, y que Torres en esta forma "condonó" esas sumas de dinero por intereses del lapso que va de diciembre de 1962 a noviembre de 1963.

"Pero es necesario aclarar que el recibo de marras, el tantas veces mentado y casi materia de esta controversia, es de fecha 19 de noviembre de 1963, y la demanda fue instaurada con fecha 9 de diciembre de 1963. Que los dineros producto del recibo dado por el Dr. Torres al señor Moreno Sandoval, fueron evidentemente recibidos por el Dr. Roncancio.

"Otra advertencia: el Dr. Roncancio, dentro del juicio de venta, absolvió un pliego de posiciones, en abril de 1965 y al responder a las preguntas 11 y 12, confesó haber recibido los $ 30.000.00 por conducto del Dr. Torres y concretamente al dar la respuesta a la pregunta 12 dijo: "que los intereses, inclusive los moratorios, quedaban pagados hasta el día 15 de diciembre de 1963" (Declaración del Dr. Campillo, fl. 88 a 93 del expediente).

"El fallo del Tribunal, en el juicio de venta, para efectos de la condena de intereses moratorios, solo hasta diciembre de 1963, tuvo en cuenta tanto el recibo expedido por el Dr. Torres por tal concepto, como la confesión del Dr. Roncancio en las posiciones absueltas en abril de 1965.

"Las posiciones absueltas por el Dr. Roncancio, fueron absueltas, se repite, dentro del juicio de venta, ante el Juzgado de Pri-

mera Instancia y por lo mismo antes del fallo del juzgado 19 Civil Municipal. (Copias de las piezas del expediente folios 34 a 87 del expediente).

"Esta Sala para mejor entendimiento de lo que es materia de estudio hace la siguiente relación por orden cronológico:

"**19 de noviembre de 1963:** fecha firma recibo intereses, por el Dr. Torres.

"**9 de diciembre de 1963:** Dr. Torres presenta demanda del juicio de venta.

"**20 de junio de 1964:** Dr. Torres corrige demanda, juicio de venta por considerar los intereses de mora, 2%, no deben ser como se pidieron en la demanda inicial, a partir del 15 de diciembre de 1963 sino a partir del 15 de diciembre de 1962.

"**31 de mayo de 1965:** Fallo del Juzgado 19 Civil Municipal. Condena al demandado Sr. Moreno Sandoval, al pago de las sumas cobradas de $ 150.000.00 y $ 200.000.00, mas intereses de mora al 2% mensual, a partir del 15 de diciembre de 1962.

"**9 de diciembre de 1966:** Fallo de segunda instancia. Tribunal Superior de Bogotá. Confirma el fallo de primera instancia, pero reformándolo en cuanto a que los intereses de mora solo deben pagarse a partir del 15 de diciembre de 1963".

Analiza luego el sentenciador el dictamen pericial en cuanto a "los perjuicios sufridos por el reconvencionista (que) el perito no los estima" y manifiesta:

"Entonces se pueden hacer estas consideraciones:

"¿Fueron demostrados esos perjuicios X, a que se refiere la demanda de reconvención y que cobra el demandado Dr. Roncancio?

"¿Y qué relación pudo tener, el recibo firmado por el Dr. Torres, de fecha 19 de noviembre de 1963, con el mandato otorgado por el Dr. Roncancio para iniciar y llevar hasta su terminación, el juicio de venta, para el cual le fue otorgado ese poder?

"Y aún cabría formular otra pregunta. ¿Esos, perjuicios ocasionados por el Dr. Torres por la firma de ese recibo, antes de la iniciación del juicio de venta, por medio del cual pudo haber rebajado intereses por cantidad de $ 66.000.00, sería materia de resolverse por la justicia ordinaria laboral?

"¿Y acaso se halla demostrado en el juicio materia de estudio, que ese recibo firmado por el Dr. Torres por la suma de $ 30.000.00 lo hizo el Dr. Torres, sin autorización del Dr. Roncancio o con anuencia de él? No.

"Y cabe agregar:

"El Dr. Roncancio tuvo conocimiento del recibo firmado por el Dr. Torres, antes del fallo de primera instancia del juicio de venta. Puesto que al absolver las posiciones referidas, en abril de 1965, confiesa que los intereses del dinero que le estaba adeudando Moreno Sandoval se hallaban cancelados hasta diciembre de 1963. ¿Y si tenía este conocimiento desde esta fecha, por qué solo cuando conoció el fallo del Tribunal y cuando el Dr. Torres hubo de cobrarle los honorarios por la tramitación del juicio de venta, fue que dijo le había causado perjuicios con la firma de tal recibo?

"¿Por qué al saber de la existencia de dicho recibo, de haber recibido esa suma de dinero, $ 30.000.00, de manos del Dr. Torres, pues está demostrado que la entregó al Dr. Roncancio, por qué se pregunta, en ese instante, el Dr. Roncancio, no hizo el reclamo que hace posteriormente al Dr. Torres?

"Y basta leer el fallo del Tribunal, folios 34 a 87, para saber que esa alta Corporación, tuvo en cuenta para decretar la condena de los intereses de mora solo a partir de diciembre de 1963 y no a partir de diciembre de 1962, como se pedía en la demanda, tanto el recibo firmado por el Dr. Torres, como la confesión del Dr. Roncancio en las posiciones de abril de 1963. Y no, podría decirse con razón, que tuviera más

en cuenta el Tribunal, el recibo que la confesión. Quizá, valederamente podría indicarse lo contrario.

"Y por qué, se pregunta esta Sala, el Dr. Roncancio no hizo observación alguna al demandante Dr. Torres, cuando el Juzgado de Primera Instancia, falló condenando los intereses de mora, a partir de diciembre de 1962?

"Esta Sala es de concepto, que para efectuar una condena por razón de perjuicios, cualesquiera que ellos sean, deberán ser demostrados y en el caso que nos ocupa, no fueron demostrados. Una cosa es afirmar que esos perjuicios consistieron en que el demandado y reconvencionista, debido al recibo firmado por su apoderado, dejó de percibir por intereses tal suma de dinero. Y otra cosa, es demostrar tal hecho. Que solamente ese recibo firmado con fecha anterior al fallo de primera instancia, tuvo influencia en la condena de segunda instancia, reformatoria del fallo del Juzgado de primera instancia, en lo relacionado con los intereses moratorios. Que la confesión en posiciones, del demandado, Dr. Roncancio, en nada pudo haber influído en esa determinación del Tribunal.

"Es decir, la persona que en demanda de reconvención, trata de contraponer a la demanda principal, unos perjuicios que se dice, se han sufrido con determinada actuación de quien demanda, es natural que deben ser demostrados, palpablemente. Pero en este caso concreto, se ve muy claramente que no fueron demostrados. Que no se acreditaron. Que ni siquiera el perito, el experto, designado para este avalúo precisamente, pudo llegar a ninguna conclusión sobre la materia, avaluando en esta o aquella forma el monto y valor de esos perjuicios. (folios 125 a 130 y 142 a 148).

"No así sucedió con los honorarios de el demandante y primer eslabón de la controversia. Pues ya se vio cómo fueron aceptados los servicios el no arreglo de su valor, el reconocimiento de que sí se había prestado el servicio profesional en forma eficaz, en tanto que se confiesa que fueron ganados todos los recursos e incidentes. Y finalmente el señor Perito los avalúa en forma concreta, clara y justa. (Folios 125 a 130 y 142 a 148).

"Puestas de presente las anteriores circunstancias de tiempo, modo y lugar podemos asegurar, que la verdad de lo investigado es como sigue:

"Sobre la demanda ordinario laboral, no se ha discutido por las partes si el servicio fue prestado. Ni tampoco el que los honorarios nunca fueron arreglados entre demandante y demandado, sobre que el segundo no ha pagado suma alguna por concepto de honorarios, al primero. Existe la confesión del demandado, sobre que los servicios de quien fue su apoderado fueron eficientes y eficaces. (Respuesta a las preguntas 8ª y 9ª posiciones, folios 32 y 33).

"Entonces la disputa, lo litigioso, reside en que el demandado afirma que su apoderado —en el juicio de venta— incurrió en errores tales como haber firmado un recibo, él tantas veces comentado, en forma indebida. El haber iniciado esa demanda, la de venta, con base en el error anterior, como era el de haber firmado ese recibo, y haber renunciado al poder oportunamente. (Alegato de conclusión del apoderado, folios 183 a 188 del expediente).

"Sobre estos tópicos ya se ha dicho, pero volviendo a recabar sobre el tema, podemos agregar: el recibo fue firmado antes de iniciar la demanda. El demandado tuvo conocimiento de dicho recibo, antes del fallo de primera instancia y sin embargo, solo se dijo algo, cuando estaba para fallo de segunda instancia el negocio. El demandado ha aceptado que revocó el poder a su apoderado y ahora demandante Dr. Torres. (Respuesta a la pregunta 16ª de las posiciones, folio 32).

"El mismo demandado, acepta deber a su representante que fue en el juicio de venta, los honorarios que estime "conveniente el Juzgado". (Respuesta a la pregunta 17 de las posiciones, folio 32).

"El demandado Dr. Roncancio, acepta que las sumas a que condenó el Tribunal en el juicio de venta, fueron pagadas a éste por el deudor, señor Moreno Sandoval. (Respuesta a la pregunta 8ª de las posiciones, folio 31).

"Además, basta leer la parte resolutiva de los fallos de 1ª y segunda instancia, del juicio de venta, para saber cuáles fueron las sumas a que se condenó a la demandada y deudor, Sr. Moreno Sandoval, a pagar con el producido de la venta de pública almoneda del inmueble respectivo al demandante, Dr. Roncancio. (Véanse folios 37 a 37 v. y 43 v. a 44).

"Entonces, debe llegarse a la conclusión final, de que los servicios del Dr. Torres, como demandante fueron prestados, con eficacia y diligencia. Basta para hacer esta afirmación, ver cuáles fueron los resultados del juicio de venta, para el demandante Dr. Roncancio y ahora demandado por los honorarios, producto de ese juicio de venta.

"Puede además, llegarse a la conclusión, por esta Sala, que el poder en virtud del cual obró el demandante Dr. Torres, fue desempeñado con diligencia y eficacia también, lo demuestran igualmente los resultados del juicio de venta.

"También, debe declararse, que no solo los perjuicios pedidos por el demandado, en su demanda de reconvención por razón de que el demandado, en dicha demanda, Dr. Torres, hubiera actuado, dentro del juicio de venta, deficiente o negligentemente, fueron demostrados; sino que tampoco se acreditó que el recibo varias veces dicho, firmado por el mismo Dr. Torres, hubiera sido firmado sin autorización del propio Dr. Roncancio, o contra su expreso mandato, o que por, o con la firma del recibo, del Dr. Torres hubiera "condonado", algún valor 'por razón de esos intereses de mora. Claro, que todo esto fue solicitado por el demandado Dr. Roncancio en su demanda de reconvención. Que lo repitió a lo largo del juicio que se examina. Que lo recalcó más de una vez el apoderado del Dr. Roncancio, pero en realidad de verdad, no fue probado en forma alguna.

"Puede decirse, así mismo, que el recibo materia de controversia, sí fue tenido en cuenta por el Tribunal, en su sentencia final, para el juicio de venta, pero no puede afirmarse, ni se probó, que este fuera el único factor decisorio para que la condena mermada, en los intereses moratorios, se hubiera producido por esta única razón".

Fijados, pues, incluso con exceso, los hechos sustentantes de la discrepancia entre el casacionista y la sentencia que acusa, debe examinarse con la atención debida, si el juzgador incurrió al pronunciarla "en error que aparezca de manifiesto en los autos", a fin de que sea viable su infirmación por esta Sala.

En realidad, todo lo argumentado contra ella se reduce al significado y alcance del consabido recibo por intereses, pues el propio casacionista solo niega la eficacia de los servicios profesionales prestados por el Dr. Torres, en razón de dicha carta de pago, según se desprende de los siguientes pasajes de su demanda.

Contra el aparte en que la sentencia afirma "que el poder en virtud del cual obró del demandante Dr. Torres, fue desempeñado con diligencia y eficacia", arguye así:

"No puede aparecer más errónea la conclusión del Tribunal. Del hecho de que Roncancio hubiera recuperado las sumas de capital que había prestado a Moreno Sandoval no se sigue necesariamente que la gestión de su apoderado hubiera sido eficaz, pues precisamente la misma sentencia de la Sala Civil del Tribunal, en su numeral 2º de su parte resolutiva, dispuso lo siguiente: 'Declárase probada la excepción de pago parcial y concretamente en cuanto dice relación a los intereses causados por las cantidades mutuadas hasta el 15 de diciembre de 1963' ...".

Y más adelante agrega:

"En el caso sub-lite nadie ha negado que Torres hubiera representado a Roncancio. Lo único que se ha alegado y demostrado es que aquel cumplió el encargo imperfectamente y que al expedir el recibo del 19 de noviembre de 1963, condonando intereses

a Moreno Sandoval, incurrió en culpa grave que le ocasionó perjuicios a su cliente..."

El concepto de que con la expedición del citado recibo produjo el Dr. Torres "condonación" de intereses la repite de continuo el casacionista en su demanda, para afirmar el perjuicio sufrido por Roncancio y así dice en varias partes de su libelo: "En ninguna parte del poder se le concedieron a Torres facultades para condonar la totalidad o parte de la deuda a Moreno Sandoval ...". "De modo que Torres expidió un recibo condonando intereses, sin haber demostrado estar autorizado por Roncancio ...". "Roncancio obró, pues, con la mejor buena fe, nunca condonó intereses, ni autorizó a Torres para que lo hiciera ..." (Los subrayados son de la Sala).

El Tribunal, en cambio, no encontró probada dicha condonación sino que afirma que "los dineros producto del recibo dado por el Dr. Torres a Moreno Sandoval, fueron evidentemente recibidos por el Dr. Roncancio" (fl. 223). Y más adelante sostiene: "¿Por qué al saber de la existencia de dicho recibo, de haber recibido esa suma de dinero, $ 30.000.00, de manos del Dr. Torres, pues está demostrado que la entregó al Dr. Roncancio, por qué se pregunta, en ese instante, el Dr. Roncancio, no hizo el reclamo que hace posteriormente al Dr. Torres?" (f. 227).

De estas transcripciones surge un punto importante por dilucidar: Torres al expedir el aludido recibo "condonó" los intereses debidos por Moreno Sandoval hasta diciembre de 1963 o, por el contrario, Roncancio recibió el valor de esos intereses de manos de su apoderado? Si lo primero, es claro que incurrió en grave falta; pero si lo segundo es cierto, no se ve de qué manera se le pueda imputar culpa o negligencia, ya que el poder se le otorgó el 30 de septiembre de 1963 con facultad para recibir (f. 52 del c. principal) y la carta de pago de los intereses la dió el 19 de noviembre del mismo año. Y es obvio que el apoderado con dicha facultad pueda percibir todo o parte de lo que está encargado de recaudar y otorgue el recibo correspondiente. El principal apoyo de la sentencia sobre este punto consiste en que Roncancio "al absolver las posiciones referidas, en abril de 1965, confiesa que los intereses del dinero que le estaba adeudando Moreno Sandoval se hallaban cancelados hasta diciembre de 1963" y es esta prueba una de las que el impugnante señala como apreciada con error. Precisa, por lo tanto, estudiarla:

Al folio 83 del cuaderno principal, de la copia auténtica de la absolución de posiciones del Dr. Roncancio enviada por el Juzgado 19 Civil Municipal de Bogotá, se toma lo que sigue:

"A la undécima, que dice: Diga cómo es verdad sí o no, que Ud. recibió de Rafael Moreno S. por conducto del Dr. Alfonso Torres M. el 18 de noviembre de 1963, la cantidad de treinta mil pesos ($ 30.000.00) representados en los cheques 322195 y 322197, cuyas fotocopias auténticas aparecen en autos, girados contra la Caja de Crédito Agrario, Sucursal de San Victorino, para abonar a las mismas obligaciones mencionadas en los tres puntos anteriores (se le pondrán de presente al absolvente para que los reconozca) (se le ponen de presente las fotocopias)? **Dijo: Es cierto y aclaro, los recibí a cuenta de intereses.** Leída la aprobó. A la **duodécima que dice:** Diga Ud. si es o no verdad, que con los abonos anteriores los intereses de las obligaciones hipotecarias mencionadas inclusive los moratorios a razón del dos por ciento mensual quedaron cubiertos hasta el 15 de diciembre de 1963: **Contestó:** Es cierto que quedaron cubiertos los intereses y aclaro los intereses al 1% quedaron cubiertos y el medio restante, fue reconocido por el señor Moreno Sandoval por demora en el cumplimiento del pago de estos intereses. Leída la aprobó".

¿Qué conclusión surge clara, nítida de las preguntas anteriores y sus respuestas? Que el Dr. Roncancio confiesa haber recibido de Rafael Moreno, su deudor, por conducto del Dr. Alfonso Torres su apoderado, la suma de $ 30.000.00, en dos cheques girados contra la Caja de Crédito Agrario, suma que imputa a intereses, aceptando lisa y llana-

mente la pregunta que afirma: "quedaron cubiertos hasta el 15 de diciembre de 1963". ¿Y qué dice la carta de pago otorgada por el Dr. Torres a Rafael Moreno? Exactamente lo mismo y para probarlo, no sobra transcribirla de nuevo: "Recibí del señor Rafael Moreno, para el doctor Víctor Roncancio, dos cheques a cargo de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, uno por veintidós mil pesos ($ 22.000.00) y otro por ocho mil pesos ($ 8.000.00) con que cubre intereses moratorios del dos por ciento mensual hasta el quince (15) de diciembre próximo, sin que ello implique prórroga ninguna del término".

Y la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá para declarar probada la excepción parcial de pago de intereses en el juicio de venta de bien hipotecado, se expresó en los siguientes términos:

"Dentro del término probatorio del proceso el demandado allegó a él, conjuntamente con la fotocopia de los cheques respectivos, el recibo de 19 de noviembre de 1963, firmado por el abogado Alfonso Torres M., procurador judicial del demandante en este juicio, según el cual en esa fecha recibió del demandado la suma de $ 30.000.00", con que cubre intereses moratorios del dos por ciento mensual hasta el día 15 de diciembre próximo, sin que ello implique prórroga ninguna del término" (fl. 13 cuaderno Nº 2 subraya la Sala). Este recibo fue expresamente reconocido por su firmante como auténtico en su contenido (fl. 28 de este cuaderno). Y el demandante señor Roncancio, al absolver el 3 de abril del año último pasado las posiciones que de él solicitó su demandado, reconoció la autenticidad de este pago al aceptar como cierta la pregunta undécima del interrogatorio, consistente en que recibió de su demandado, por conducto del abogado Torres M. el 18 de noviembre de 1963, la suma de $ 30.000.00, aclarando que lo fue "a cuenta de intereses". (fl. 21 v. cuad. Nº 2). De manera que con este documento privado legal mente reconocido y con la confesión contenida en esa respuesta se debe aceptar que los intereses por las cantidades mutuadas las pagó el deudor 'hasta el día 15 de diciembre' de 1963. A más de que este hecho lo ratifica el propio demandante en varias de las respuestas dadas a las preguntas que se le formularon en posiciones, aceptando que en fechas diferentes recibió de su demandado distintas cantidades 'por concepto de intereses hasta la fecha de la demanda judicial", 'es cierto que quedaron cubiertos los intereses, inclusive los moratorios... hasta el 15 de diciembre de 1963 (respuestas a las preguntas 6ª y 11 de las posiciones, entre otras). Se está pues en presencia de una confesión judicial la cual es prueba plena, tanto más si se considera que no se ha demostrado en forma alguna que acerca de su contenido, pago de los intereses 'hasta la fecha de la demanda judicial' que el confesante sufrió error de hecho alguno".

Ante la realidad probatoria anterior no aparece evidente o manifiesto error de hecho en la sentencia cuando sostiene "que los dineros producto del recibo dado por el doctor Torres al señor Moreno Sandoval fueron evidentemente recibidos por el doctor Roncancio" y que "el fallo del Tribunal, en el juicio de venta, para efectos de la condena solo hasta diciembre de 1963, tuvo en cuenta tanto el recibo expedido por el doctor Torres por tal concepto, como la confesión del doctor Roncancio en las posiciones absueltas en abril de 1965".

De otra parte, es un hecho evidente que el juicio seguido por el doctor Torres contra Moreno culminó con sentencia condenatoria, que permitió al doctor Roncancio recuperar el capital prestado y sus intereses. Alégase que excepto los anteriores a diciembre de 1963, por culpa o negligencia de aquel, al haber expedido el asendereado recibo de pago de los moratorios hasta esa fecha. Pero, como también está probado, según se estableció arriba, que efectivamente recibió $ 30.000.00 por razón de los mismos, cuál fue el monto superior a esta suma que dejó de percibir el doctor Roncancio debido a la negligencia que imputa a su apoderado? No aparece establecida de modo alguno en el juicio, pues así la demanda de reconvención, como la del recurso extraordinario tienden a dar por no recibida cantidad alguna por los intere-

ses correspondientes a ese período, cuando la verdad es que sí percibió Roncancio de manos del doctor Torres la anotada cantidad de $ 30.000.00 por concepto de intereses, según su confesión no desvirtuada.

Hubo error del doctor Torres al dar por satisfechos la totalidad de los intereses debidos hasta diciembre de 1965 con el recibo de los dos cheques por $ 30.000.00, en cuanto esta suma no alcanzaba a cubrirlos íntegramente? Ninguna prueba existe en el plenario que lo demuestra y ni en la contrademanda, ni en el libelo de casación se hace alusión siquiera a la diferencia que pudo existir entre los $ 30:000.00 citados y el monto total a que los intereses pudieran haber ascendido. De aquí que no aparezca tampoco, como lo dice el casacionista, error manifiesto o evidente del Tribunal al afirmar que no fueron demostrados los perjuicios que el contrademandado sostiene le causó su mandatario con la citadísima carta de pago de los intereses. Reza así la sentencia a este respecto:

"Esta Sala es de concepto, que para efectuar una condena por razón de perjuicios, cualesquiera que ellos sean, deberán ser demostrados, y en el caso que nos ocupa, no fueron demostrados. Una cosa es afirmar que esos perjuicios consistieron en que el demandado y reconvencionalista, debido al recibo firmado por su apoderado, dejó de percibir por intereses tal suma de dinero. Y otra cosa, es demostrar tal hecho. Que solamente ese recibo firmado con fecha anterior al fallo de primera instancia, reformatoria del fallo del Juzgado de primera instancia, en lo relacionado con los intereses moratorios. Que la confesión en posiciones, del demandado, doctor Roncancio, en nada pudo haber influído en esa determinación del Tribunal.

"Es decir, la persona que en demanda de reconvención, trata de contraponer a la demanda principal, unos perjuicios que se dice, se han sufrido con determinada actuación de quien demanda, es natural que deben ser demostrados, palpablemente. Pero en este caso concreto, se ve muy claramente que no fueron demostrados. Que no se acreditaron. Que ni siquiera el perito, el experto, designado para este avalúo precisamente, pudo llegar a ninguna conclusión sobre la materia, avaluando en esta o aquella forma el monto y valor de esos perjuicios. (Folios 125 a 130 y 142 a 148)".

Conviene advertir, según lo exponen los doctrinantes y la jurisprudencia de la Corte, que la casación no es una tercera instancia que permita revisar la totalidad del juicio, sino un recurso extraordinario de impugnación que enfrenta la sentencia definitiva de segundo grado con determinadas normas legales sustanciales, que se indican como violadas, bien en forma directa, ora por interpretación errónea o ya mediante errores de hecho o de derecho en la estimación o en la falta de apreciación de los medios probatorios singularizados por el recurrente, errores de hecho o de derecho que deben aparecer "de modo manifiesto" lo que equivale a que salten a la vista, sean protuberantes, evidentes y no el producto de diferencias de criterio, más o menos fundadas, en la valoración probatoria, respecto de la cual "prima el criterio del juzgador de instancia, al que el sistema de la convicción racional consagrado en el artículo 61 del C. S. del T., le otorga amplia soberanía en la apreciación del haz probatorio, no susceptible de rechazo por la Corte, sino por vía excepcional o sea, cuando le hizo decir lo que no reza o cuando no vio lo que claramente surge de su texto". (Casación de 31 de mayo de 1971. Noé Pinzón Molano vs. Instituto Colombiano de Seguros Sociales).

Y si aplicamos estos principios al caso en estudio, resulta lo siguiente: el casacionista niega el pago de los honorarios del doctor Torres alegando culpa de éste en el ejercicio del mandato que le confirió y la que le causó perjuicios económicos. La prueba en que basa este aserto es el recibo otorgado por dicho mandatario al deudor de aquel, en que declara haber recibido del mismo $ 30.000.00 con los cuales quedan cubiertos los intereses del 2% mensual hasta el 5 de diciembre de 1963. El Tribunal halla que dicha suma ingresó al patrimonio del ca-

sacionista, por confesión judicial de éste, quien también la imputa a intereses y que la excepción parcial de pago declarada establecida en el juicio especial de venta de bien hipotecado, la fundó el sentenciador respectivo tanto en dicho recibo, como en la mencionada confesión. De aquí deduce que la expedición de dicha carta de pago no demuestra ni la culpa imputada, ni los perjuicios alegados.

Esta conclusión del juzgador en el análisis de esas pruebas es manifiesta, evidentemente equivocada? No se ve cómo, pues ni les hizo decir lo que en realidad no afirman, ni dejó de hallar en ellas lo que en verdad demuestran, porque se vio que el ataque de este cargo consiste en que el cuestionado recibo implica "condonación" de intereses; pero sin que se sepa en qué cuantía o monto, ya que efectivamente fueron pagados $ 30.000.00 por tal concepto, y el mismo recurrente aceptó en su confesión sin salvedad, la pregunta que afirma: "quedaron cubiertos hasta el 15 de diciembre de 1963".

Lo anterior respecto de las pruebas señaladas por el recurrente con los numerales 1º y 2º del capítulo sobre las apreciadas erróneamente. En cuanto al dictamen pericial indicado en el ordinal 3º del mismo, la Sala no puede estudiarlo por estar excluído de este recurso, según el artículo 7º de la ley 16 de 1969.

Por último, indica el ataque como dejada de apreciar la absolución de posiciones del doctor Alfonso Torres y que corre a los folios 96 a 99 y 102 a 105 del cuaderno principal; pero sin precisar cuál o cuáles de las respuestas respectivas demuestran lo que el casacionista sostiene. Y la lectura atenta y minuciosa de ellas no modifica lo expuesto hasta aquí, pues todas se encaminan a un mismo objeto: sostener que Roncancio autorizó a Torres para expedir el asendereado recibo y que la confesión de aquel en posiciones confirma lo expresado en éste.

En consecuencia, no prospera el cargo.

El segundo cargo sostiene que "la sentencia viola por vía indirecta el artículo 2184, numeral 3º del C. C., al haberlo aplicado indebidamente al caso **sub lite**, y el artículo 2163 del mismo Código Civil, al haberlo dejado de aplicar, en relación con los artículos 2069 y 2144 del mismo Código y el artículo 1º del Decreto 456 de 1956".

Las pruebas erróneamente apreciadas y las dejadas de apreciar las singulariza de esta manera:

"A) **Pruebas apreciadas erróneamente**

"1) Posiciones absueltas por el demandado doctor Víctor Roncancio (fls. 30 a 33).

"2) Copias auténticas expedidas por el Juzgado diez y nueve Civil Municipal de Bogotá, correspondiente al juicio de venta adelantado por Víctor Roncancio contra Rafael Moreno Sandoval, en las cuales aparece el poder que el demandante en dicho juicio le confirió al doctor Torres para que lo representara, las sentencias de primera y segunda instancia dictadas dentro del mismo juicio, y la sustitución que el día 12 de agosto de 1965 hizo el doctor Torres del poder en la persona del doctor Jorge Campillo (fl. 34 a 87).

"3) Dictamen pericial rendido por el doctor Miguel de la Ossa, así como la ampliación del mismo (fls. 125 a 130 y 142 a 148).

"B) **Pruebas no apreciadas**

"1) La demanda inicial del proceso (fls. 1 a 3).

"2) El documento que obra al folio 4 y 5.

"3) Posiciones absueltas por el demandante doctor Alfonso Torres (fls. 96 a 99 y 102 a 104).

Los errores de hecho consecuenciales a esa equivocada estimación o a falta de valoración probatorias, los enumera así:

"a) Dar por demostrado, sin estarlo, que el doctor Alfonso Torres representó al doctor Víctor Roncancio durante todo el curso del juicio de venta que el segundo adelantó contra el señor Rafael Moreno Sandoval;

"b) No dar por demostrado que desde el 12 de agosto de 1965 y hasta el 30 de enero de 1967, el doctor Alfonso Torres, no actuó como mandatario del doctor Víctor Roncancio en el citado juicio; sino el doctor Jorge Campillo;

"c) Dar por demostrado que los honorarios de $ 103.000.00 que fueron fijados en el dictamen pericial rendido por el doctor Miguel de la Ossa corresponden en su totalidad al doctor Alfonso Torres, a pesar de haber dejado de representar al doctor Víctor Roncancio durante una parte del juicio de venta y haber recibido honorarios del señor Rafael Moreno Sandoval;

"d) No dar por probado que durante la tramitación de la segunda instancia del juicio de venta el doctor Alfonso Torres no llevó la representación del doctor Roncancio;

"e) Dar por probado que el doctor Alfonso Torres podía cobrar honorarios por la gestión profesional que adelantó el doctor Jorge Campillo, a pesar de no tratarse de servicios prestados personalmente por aquel;

"Si el Tribunal no hubiera incurrido en los anteriores errores habría llegado a la conclusión de que no podía condenar a Roncancio a pagar a Torres la suma de $ 103.000.00, como si lo hubiera representado durante todo el transcurso del juicio. Y ante la ausencia de prueba del valor de los honorarios correspondientes a la parte en que sí intervino el demandante, ha debido absolver al demandado de las súplicas de la demanda".

Para sustentar los anteriores puntos de vista, afirma el recurrente:

"Con las anteriores pruebas que he analizado se establece lo siguiente: a) Que no es cierto que durante todo el curso del juicio de venta Torres hubiera apoderado a Roncancio; b) Que durante aproximadamente un año y medio actuó el doctor Campillo; c) Que Torres renunció al poder cuando el juicio no había terminado; d) Que los $ 103.200.00 que fijó el perito como honorarios del juicio de venta, los calculó incluyendo la gestión del sustituto doctor Jorge Campillo; e) Que para la sustitución del poder Torres fue autorizado previamente, por Roncancio; f) Que el doctor Torres recibió sumas de dinero del señor Moreno Sandoval por cuenta del doctor Roncancio.

"El sentenciador, apreciando erróneamente las pruebas mencionadas al comienzo del cargo e ignorando las demás, llega a la conclusión de que la suma de $ 103.200.00 constituye una valuación concreta, clara y justa de los honorarios del doctor Torres, hecha por el señor Perito (fl. 227) (in fine), cuando este mismo, fundándose en las demás pruebas, dijo lo contrario, esto es, que incluía la gestión de aquel y la del sustituto señor Campillo.

"En ninguna parte el peritazgo señaló qué parte de los honorarios correspondía al doctor Torres y al doctor Campillo, por lo cual el fallador debía establecer la proporción del caso, o absolver al demandado por falta de prueba, pero en forma alguna podía condenar al pago de los $ 103.200.00 a favor del doctor Torres, como si éste hubiera representado al doctor Roncancio durante todo el curso del juicio, siendo así que solo lo hizo durante la primera instancia.

"A través de los errores mencionados, el Tribunal violó el artículo 2163 del Código Civil, pues la delegación del poder en la persona del doctor Campillo fue autorizada por el doctor Roncancio, por lo cual, a partir del 12 de agosto de 1965, se constituyó un nuevo mandato entre el primero y el segundo, independiente del anterior, por el cual solo el nuevo apoderado podía reclamar honorarios de su cliente".

Para resolver la Sala considera

Vese, por lo que acaba de trasladarse, que lo fundamental del ataque efectuado en este cargo radica en que se ordenó pagar al doctor Torres la totalidad de los honorarios determinados por el perito, siendo así que parte del juicio fue seguida por el doctor Campillo, como substituto del primero, lo

que dio origen a un nuevo contrato de mandato entre el poderdante, doctor Roncancio, y el segundo apoderado, "por lo cual el fallador debía establecer la proporción del caso o absolver al demandado por falta de prueba...".

Los hechos probados en el juicio a este respecto son los que siguen:

a) El hecho 4º de la demanda inicial del juicio, dice: "Durante algún tiempo y mientras hacía un corto viaje al exterior, sustituí el poder al doctor Jorge Campillo, de cuyos honorarios profesionales soy responsable".

b) Al contestar la anterior demanda dijo, por su apoderado, el doctor Roncancio: "El hecho cuarto (4º) no me consta".

c) En la demanda de reconvención planteada por éste contra el doctor Torres, afirma en el hecho primero: "El doctor Alfonso Torres M. actuó como abogado en el juicio de venta seguido por el doctor Víctor Roncancio contra el señor Rafael Moreno", sin que ningún otro hecho de la misma diga relación a la sustitución del poder aludido.

d) Al responder esta contrademanda manifestó el doctor Torres: "Al 1º. Es cierto, actué como apoderado de Víctor Roncancio en el juicio de venta contra Rafael Moreno Sandoval. El poder era exclusivamente para demandar en juicio".

e) El poder conferido por el doctor Roncancio al doctor Torres se limita a otorgarle, en abstracto, la facultad de "sustituir", junto con las de recibir, desistir, transigir, interponer recursos, etc., según puede verse de la transcripción que se hizo del mismo al estudiar el cargo primero.

f) La sustitución del poder efectuada por el doctor Torres es del tenor siguiente: (fl. 79, c. principal) "Señor Magistrado del Tribunal, doctor Murcia. Sala Civil. Ref.: Juicio de venta de Víctor Roncancio contra Rafael Moreno Sandoval. Sustituyo el poder que tengo conferido en este juicio con iguales facultades a las que me fueron conferidas por mi mandante el doctor Víctor Roncancio, al doctor Jorge Campillo, abogado titulado e inscrito, quien también suscribe en prueba de aceptación".

g) Al folio 5 del cuaderno principal aparece un escrito del doctor Torres en el que hace saber al Juez 19 Civil de Bogotá que "reasume el poder sustituído en el doctor Jorge Campillo Camargo, a quien reitero mis agradecimientos por su eficaz colaboración" y que "el diferendo surgido con mi mandante (el relacionado con la carta de pago de intereses) me inhibe, como es obvio, de continuar representándolo en este juicio, por lo cual presento renuncia del poder y solicito que la providencia que a este escrito recaiga se le notifique personalmente, al doctor Víctor Roncancio".

Los anteriores documentos constituyen las pruebas que como estimadas con error o como no apreciadas indica el casacionista en su demanda y de ellas no aparece de ninguna manera que se hubiese producido el hecho regulado por el artículo 2163 del C. C., que estima fundamentalmente quebrantado, ya que éste requiere "delegación **a determinada persona autorizada expresamente** por el mandante" y esa autorización expresa de la sustitución al doctor Campillo no consta, así sea en forma remota, en las piezas procesales anotadas. Por el contrario, lo que de ellas resulta con claridad es que la delegación la efectuó el doctor Torres por sí solo, bajo su responsabilidad.

No existe, pues, error manifiesto de hecho en la sentencia acusada desde el punto de vista de estas probanzas.

En lo que toca con la valoración del dictamen pericial quedó anotado en el cargo anterior que está fuera del alcance de este recurso, por contrario imperio legal.

Restan por examinar las posiciones absueltas por el doctor Víctor Roncancio y por el doctor Alfonso Torres; pero de ellas tampoco aparece que expresamente el mandante hubiese autorizado la sustitución en el doctor Campillo, como pasa a mostrarse:

En el interrogatorio formulado al doctor Roncancio no figura ninguna pregunta relacionada con la sustitución del poder al doctor Campillo; se le formularon las preguntas décima a décimatercera, inclusive, con relación a la renuncia del mandato por parte del doctor Torres y el ofrecimiento que el doctor Roncancio hizo entonces al doctor Campillo para que lo siguiera representando en el juicio, preguntas que proceden a analizarse.

En la respuesta a la décima, luego de narrar el reclamo que le hizo al doctor Torres por haber expedido el recibo sobre pago de intereses y la reacción de éste, afirma: "Al doctor Campillo, el sustituto del doctor Torres en el juicio, le solicité el favor de que continuara representándome ya que el doctor Torres, me había renunciado irrevocablemente el poder personalmente. Aclaro, además, que el doctor Campillo se negó a aceptar el poder manifestándome que desaperido (sic) (¿desaparecido?) el doctor Torres en el juicio por su correspondiente renuncia, él no podía seguir aceptando poder de ninguna naturaleza, porque él hasta entonces había sido sustituto del doctor Torres".

Esta respuesta lejos de confirmar la tesis del impugnante de que se configuró un nuevo contrato de mandato entre el doctor Roncancio y el doctor Campillo, según el citado artículo 2.163 del C. C., la desvirtúa, pues es claro que si dicho nuevo contrato hubiese existido, no hubiera tenido que pedirle aquel a éste que continuara apoderándolo en el negocio. Y el doctor Campillo al manifestar que "desaparecido el doctor Torres en el juicio por su correspondiente renuncia, él no podrá seguir aceptando poder de ninguna naturaleza, porque él hasta entonces había sido sustituto del doctor Torres", estaba indicando que no consideró la delegación que éste le hizo, de aquellas que implican un nuevo contrato entre mandante y sustituto y que, por tanto, revocan el que existía con el apoderado delegante.

Las tres siguientes respuestas en nada modifican la analizada. Dicen así:

"**A la décima primera pregunta que dice:** '¿Diga si es verdad o no que ante mi repulsa a seguirlo representando en ese juicio, solicitó iguales servicios al doctor Jorge Campillo, a quien yo había nombrado como sustituto?

"**Contestó:** 'Sí es cierto y aclaro: ante la renuncia del doctor Torres, que fue irrevocable, del poder, yo solicité al doctor Campillo, que se hiciera cargo del poder, y él se negó a aceptarlo'. Leída la aprobó.

"**A la décima segunda pregunta que dice:** '¿Diga si es verdad o no que con el doctor Jorge Campillo habían conversado varias veces tanto del recibo firmado por mí como de las respuestas en posiciones dadas por el absolvente en el mismo sentido del recibo?'

"**Contestó:** 'Sí es cierto'. Leída la aprobó.

"**A la décima tercera pregunta que dice:** '¿Diga si es verdad o no que el doctor Jorge Campillo, tampoco quiso recibir poder del absolvente Roncancio para representarlo en el ameritado juicio de venta contra Rafael Moreno?'

Contestó: 'Sí es cierto: y aclaro: El doctor Campillo no quiso aceptar el poder, en vista de la renuncia del poder que hizo el doctor Torres'. Leída la aprobó".

Y en lo referente a las posiciones absueltas por el doctor Torres no existe ninguna pregunta sobre la sustitución del poder al doctor Campillo: todas las formuladas dicen relación a la renuncia del poder por el reclamo de Roncancio debido a la expedición de la sabidísima carta de pago de intereses y a la expedición de ella.

Tampoco surge, en consecuencia, respecto de estas pruebas, error evidente de hecho en el fallo **sub-judice** al no haber dado por establecidos los supuestos fácticos requeridos para la aplicación del artículo 2163 del C. C., es a saber: delegación a determinada persona autorizada expresamente por el mandante.

Arguye también el impugnante que hubo infracción de medio del artículo 1º del De-

creto 456 de 1956, "que solo permite reclamar por la vía laboral honorarios profesionales por servicios personales de carácter privado", a consecuencia de la cual fue quebrantado el numeral 3º del artículo 2184 del C. C. "al haber condenado el Tribunal al doctor Roncancio a pagar unos honorarios por una gestión en la cual el doctor Torres no había actuado como su apoderado en forma directa y personal". Pero no indica cuáles probanzas permiten establecer que "el doctor Torres no había actuado como su apoderado (de Roncancio) en forma directa y personal", pues las pruebas arriba citadas y analizadas muestran lo contrario, no obstante la sustitución del poder en la segunda instancia.

Sostiene, por último, que Torres recibió sumas de dinero de Moreno Sandoval, por cuenta de Roncancio, a título de honorarios y que así lo confiesa en posiciones; pero, de un lado, no hay dato alguno de qué suma recibió aquel de éste a dicho título, necesario para que permitiera fundar una excepción de pago parcial, y, de otra, la confesión de Torres al responder las preguntas 5ª y 6ª del interrogatorio, no es pura y simple, sino calificada, pues dice: "... recibí un cheque de Moreno Sandoval por los honorarios que me debía Roncancio, honorarios que se causaron antes del juicio por múltiples intervenciones mías en favor del mismo Roncancio..." y es sabido que en estos casos si se admite la confesión en lo favorable ha de aceptarse también en lo que desfavorece.

No sobra hacer notar que el propio doctor Roncancio a la pregunta séptima del pliego de posiciones, que le formuló el doctor Torres y que reza:

"¿Diga si es verdad o no que el absolvente me debe los honorarios causados en este juicio?". Contestó: "Si, es cierto". (f. 31 c. principal) y que a la decimaséptima del mismo pliego, concebida así: "Diga si es verdad o no que el absolvente me debe el valor de los honorarios causados en el juicio de venta contra Rafael Moreno, honorarios que al porcentaje ordinario del 15% sobre capital e intereses, ascienden a $ 95.000.00'. Respondo: "No es cierto y aclaro: yo solamente debo de honorarios, lo que el Juzgado estime conveniente".

Y la confesión contenida en las anteriores respuestas fue invocada también por el Tribunal como uno de los soportes de su fallo, sin que haya sido atacada en este cargo por comportar error de hecho.

Resta por examinar el argumento referente a que "Torres renunció el poder cuando el juicio no había terminado"; pero ni se ha indicado, ni probado que esa renuncia, producida después de pronunciada la sentencia de segundo grado, hubiese causado perjuicios al recurrente o lo hubiese obligado a constituir y pagar nuevo mandatario judicial para la culminación del mismo. Parece, por el contrario, que tal cosa no fue necesaria, según se desprende de las posiciones absuelta por el doctor Roncancio en lo que se traslada:

"A la octava pregunta que dice: "¿Diga si es verdad o no que después de dictada la sentencia del Tribunal en el juicio de venta contra Rafael Moreno, ésta le canceló las obligaciones debidas? Contestó: "Sí, es cierto". Leída la aprobó".

Conclúyese de lo hasta aquí expresado que 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 impugnada.

Con costas a cargo del recurrente.

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

Los Magistrados,

José Enrique Arboleda Valencia, Miguel Angel García B., José Eduardo Gnecco C.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

DESPIDO JUSTO POR PENSION RESTRINGIDA DE JUBILACION, CON BASE EN SENTENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sala Plena. — Bogotá, D. E., treinta de junio de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Doctor Juan Benavides Patrón).

(Acta número 8).

Se resuelve el recurso de casación interpuesto por el apoderado de Camilo Antonio Caamaño Castro contra la sentencia dictada el 4 de septiembre de 1970 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el ordinario de trabajo que le promovió a Eternit Colombiana S. A., para el reconocimiento y pago de la suma de ochenta y siete mil quinientos ochenta pesos ($ 87.580) a título de indemnización por la ruptura unilateral y sin justa causa del contrato que los vinculó, y de las costas del proceso.

Conforme al libelo inicial el demandante sirvió para la sociedad mencionada desde el 13 de septiembre de 1954 hasta el 12 de diciembre de 1968, fecha en la que fue despedido en la forma antedicha. El último sueldo devengado fue de $ 6.040 mensuales y la empresa le está pagando, desde entonces, en razón de sus 14 años y 3 meses de servicio, una pensión de jubilación de $ 3.335.90 al mes, conforme al artículo 8º de la ley 171 de 1961.

La demandada se opuso a las pretensiones del actor sosteniendo, en lo fundamental, que el contrato terminó por justa causa, consistente en que jubiló a su trabajador de acuerdo con el numeral 14 del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, con pensión de $ 3.397.50, en fecha en que el artículo 3º del decreto 1373 de 1966 había sido anulado por el Consejo de Estado, ajustándose la empresa, al efecto, a la doctrina de la sentencia correspondiente, y antes de que entrara a regir la ley 48 de 1968, cuyo texto 3º numeral 6, revivió, en su esencia, lo que disponía aquel precepto anulado del decreto de 1966.

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, que fue el del conocimiento, acogió la tesis del patrono y en fallo de 17 de julio de 1970 absolvió a éste de la indemnización impetrada, con costas al demandante. El Tribunal Superior del mismo lugar, en la providencia recurrida, confirmó en todas sus partes la del a-quo, sin costas en la alzada.

El recurso extraordinario

Persigue que se case la decisión del ad-quem para que, en sede de instancia, se revoque la de primer grado y en su reemplazo se condene a Eternit Colombiana S. A. a la indemnización reclamada por el libelo inicial y a las costas del juicio.

Al efecto en cargo que denomina primero pero que contiene todas sus razones, sin presentar después ningún otro, el recurrente expresa:

"Acuso la sentencia recurrida de ser violatoria del artículo 8º del decreto 2351 de 1965 por interpretación errónea del numeral 14, letra A del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, del inciso segundo del numeral 15 del artículo 7º del mismo decreto, en concordancia con el artículo 8º de la ley 171 de 1961, arts. 260, 21 y 1º del Código Sustantivo del Trabajo".

Para el impugnador, la violación en que incurrió el Tribunal "consistió en interpretar erróneamente las normas indicadas", lo que procura demostrar alegando que el artículo 8º de la ley 171 de 1961, que transcribe, estableció el derecho a ser jubilado, mediante la denominada pensión-sanción, cuando el trabajador de empresa de capital de $ 800.000 o más sea despedido sin justa causa después de haber servido más de 10 años y menos de 15, al cumplir los 60 años de edad, o después de 15 de servicios y menos de 20, a los 50 de edad; que la pensión especial de jubilación, consagrada inicialmente en el artículo 267 C. S. T., fue modificada y ampliada después, por el citado precepto de 1961, ante el clamor de los trabajadores que eran víctimas de despidos cuando se estaban acercando a la edad jubilable, como lo reconoce el Tribunal en pasaje de su fallo relativo a que la pensión sanción se endereza a tutelar la estabilidad del trabajador en su empleo y a evitar la frustración de una expectativa de éste a la pensión plena, consideración del ad-quem por la que el acusador se pregunta cómo es posible, entonces, erigir en justa causa de despido lo que la ley considera injusto; que hasta a contradicción conduce el interpretar el numeral 14, letra A), del artículo 7º del decreto 2351 de 1965 en el sentido de que la norma no hace distinción entre la pensión ordinaria y las pensiones especiales apoyándose en el criterio de que donde la ley no distingue no le es dado hacerlo al intérprete, y que si se acepta esta exégesis del fallador habría que concluir que el texto indicado de 1965 derogó implícitamente el artículo 8º de la ley 171 de 1961, lo cual no es cierto bajo ningún aspecto. Agrega el recurrente que el numeral 14 se refiere a la pensión plena u ordinaria, del artículo 260 C. S. T., cuando el trabajador ha reunido sus requisitos de edad y tiempo de servicios, pues esa prestación es la que reconoce el patrono al trabajador "estando al servicio de la empresa", y reitera su argumento de que si la pensión sanción de la ley 171 de 1961 exige el hecho del despido injusto no es lógico que el decreto 2351 convierta en justa causa de despido lo que aquella consideraba como injusto. Recuerda, además, el criterio de interpretación de las normas laborales conforme al artículo 1º del Código Sustantivo del Trabajo y califica de injusto e inequitativo colocar al trabajador en situación de jubilado cuando aún no ha reunido los requisitos de edad y 20 años de servicios, y cuando tiene interés en conseguir la pensión plena, con los posibles aumentos de salarios, privándosele del empleo y obligándolo a iniciar otras actividades con patronos o empresas diferentes a los que no está acostumbrado. En refuerzo de estas opiniones invoca la sentencia de la Corte —Sala Laboral, Sección II— de 25 de junio de 1970, proferida en el negocio de Alfonso Serrato contra Compañía Comercial Curacao de Colombia S. A., por cuyos apartes principales la jubilación con virtualidad para servir de motivo justo de terminación del contrato de trabajo, "no puede ser sino aquella que reuna en su realización objetiva todas las condiciones legales establecidas", o más concretamente, la plena por 20 años de servicios y edad pensionable, y sería aberrante que una otorgada sin el lleno de esos requisitos pudiera dar cabida a la terminación del contrato, como justa causa, cuando la falta de cualquiera de esos elementos condicionales impide al trabajador demandarla, todo lo cual se estima, en la dicha providencia, aclarado por el ordinal 6 del artículo 3º de la ley 48 de 1968, que refirió la pensión del numeral 14 en cuestión a la consagrada por el artículo 260 C. S. T., o pensión plena.

En seguida el acusador afirma que el Tribunal también violó, por interpretación errónea, el inciso 2º del numeral 15, letra A), del artículo 7º del decreto 2351 de 1965, sobre aviso al trabajador con anticipación no menor de 15 días, en los casos de los numerales 9 a 15 (entre ellos el 14 de autos, precisa la Sala) porque en el fallo recurrido se juzgó que la empresa no había violado la ley al jubilar al trabajador al día siguiente al en que le comunicó la terminación de su contrato, debido a que le pagó el preaviso correspondiente sin que precepto alguno prohiba este pago, pues para el acusador el decreto 2351 suprimió tal com-

pensación, que existía en el régimen anterior del artículo 63 C. S. T. Sobre el particular se razona en el sentido de que el nuevo precepto solo establece el preaviso de 15 días y, a través de ejemplos, se advierte que la compensación anterior en dinero conduciría a un enriquecimiento sin causa, punto acerca del cual se invoca también algún pasaje de la sentencia de la Corte en el caso Serrato-Compañía Comercial Curacao, ya citada.

Antes de resolver se observa

A) El escrito sintetizado, más propio de una alegación en instancia, afirma interpretación errónea de todos los preceptos que contiene; pero es claro que tal concepto solo puede predicarse, para formular la acusación en su primera parte, del numeral 14, letra A, del artículo 7º del decreto 2351 de 1965, acerca del cual discurre el razonamiento del fallador, y los demás, consagratorios del derecho que persigue la litis y que los juzgadores no dispensaron, debieron ser presentados por el recurrente en esta modalidad específica, consecuencia de aquella exégesis principal, aparte de que sobre ellos no se produjo, en la sentencia, interpretación ninguna. Ni siquiera interpretación de la que discrepe el recurrente.

B) Además, el ataque presenta, sin la necesaria separación, los dos asuntos principales de la controversia y de su resolución judicial, esto es, el de la justa o injusta causa de la terminación del contrato, por jubilación del trabajador, y el de la licitud o ilicitud de la misma terminación laboral, por haberse pagado el valor del preaviso en vez de habérsele dado en tiempo, de quince días, cuestiones que tampoco pueden involucrarse en el concepto de interpretación errónea de todos los textos reseñados, pues la una se concreta en el precepto primeramente indicado del numeral 14, letra A, del artículo 7º del decreto 2351 de 1965, y la otra en el inciso 2º del numeral 15 del mismo artículo 7º del citado decreto de 1965. Debiéndose repetir que, para el derecho que el fallo negó, los artículos 260 C. S. T. y 8º de la ley 171 de 1961 tampoco fueron interpretados de ningún modo.

C) Mas superando estas deficiencias técnicas y situando las cuestiones propuestas en sus campos debidos, en atención a su importancia y al fin primordial del recurso extraordinario, la Sala considera:

Primero. 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 postestad 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, solo 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 Código Sustantivo del Trabajo.

" '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 art. 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 art. 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 art. 3º del Decreto 1373 es-

tableció que solo 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 reglamentario, 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 instituídas 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 C. S. T., 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 C. S. T. 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 C. S. T. citado o en cuantía superior a la que él señala; pero lo que sí es inequívoco es que toda pensión restrin-

gida, por razón de edad o tiempo servido y para evitar que se lleguen a cumplir las condiciones relativas a ellos, quedó excluída 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.

En el sub-lite, en el que el patrono jubiló a su trabajador de 14 años y 3 meses y más de 60 años de edad, antes de que se expidiera la ley 48 de 1968 y en vigencia del decreto 2351 de 1965, lo hizo en la convicción de que ello constituía justa causa con base en la sentencia del Consejo de Estado, y la acción indemnizatoria impetrada no puede fundarse en despido injusto. Carecen, por consiguiente, de validez los argumentos del acusador relativos a que la pensión restringida que se le concedió al trabajador responde a motivo ilícito, y no puede, por lo tanto, reputársele como causa justa, pues la jubilación no se produjo a título de sanción o en reconocimiento de un despido ilegal sino voluntariamente y en cuantía proporcional al tiempo servido y solo por este aspecto referida a la ley 171 de 1961, como se apreció por el ad-quem.

Como tampoco tiene eficacia la alegación de que el entendimiento del Tribunal —y ahora de la Sala— obliga a estimar que el Decreto 2351 de 1965 derogó implícitamente la ley 171 de 1961, y conduce a inequidad en cuanto priva del empleo y frustra expectativas de aumentos de sueldo y mejores prestaciones, etc., porque la dicha interpretación jurisprudencial en nada desconoce la existencia de las pensiones restringidas, en cuanto se causen, y antes las supone, para esa época, como justas causas de terminación del contrato, y porque las aducidas privaciones y expectativas ni son absolutas, ni tan inconfutables como se las pretende, y en cuanto, como consideraciones de lege ferenda, en lo atendible o que se estimó tal, trascendieron a la nueva concepción, a la de 1968, y solo desde entonces tienen fuerza de ley.

Se rechaza, por todo lo expuesto, la alegación estudiada.

Segundo. En cuanto a que la terminación del contrato de autos fue ilícita, y como tal causante de la indemnización impetrada, porque al trabajador se le jubiló al día siguiente, pagándole el preaviso, pero sin que esto sea admisible porque el inciso final del numeral 15 del artículo 7º del decreto 2351 de 1965, no registró esa alternativa compensatoria, derogando el sistema del artículo 63 C. S. T. que sí la autorizaba, la Sala no comparte la opinión del acusador. Porque si bien el texto de 1965 no recoge expresamente la autorización indicada del Código, conforme a la cual el patrono puede prescindir del preaviso, para terminar el contrato, pagando su valor, ella no aparece derogada del mismo modo expreso por ningún texto del decreto 2351 de 1965 ni cabe entenderlo así, en forma implícita, porque tampoco hay en las concepciones del año citado ni en las modificaciones y adiciones de 1968 nada que se oponga a compensar con dinero los días del preaviso. Sobre este tema de la insubsistencia implícita de la ley conviene recordar que la regla pertinente de hermenéutica exige incompatibilidad con la disposición posterior o existencia de la ley nueva que regule íntegramente la materia.

Y ni el Decreto 2351 de 1965 sustituyó mediante regulación íntegra el Código Sustantivo del Trabajo ni abolió totalmente el sistema del preaviso para ciertas terminaciones contractuales, no pudiéndose afirmar, por lo tanto, que haya incompatibilidad con la regulación anterior sobre la misma materia que, al instituirla, autorizó su compensación con los salarios del mismo tiempo. Sin que, por otra parte, repugne en equidad, el que se cubra de ese modo el mismo tiempo no laborado. Para la Sala, en consecuencia, el inciso en cuestión no derogó el sistema del Código de pagar el preaviso en dinero, en los casos a que aquel se refiere, lo cual es muy distinto a que no se le cancele completa u oportunamente, que no

es la situación reconocida en autos. Puede agregarse aun, con referencia concreta a ésta, que el trabajador recibió el valor del preaviso, sin que la acción que instauró, fundada propiamente en que la pensión concedida no tenía el carácter de plena, invocase como hecho el aducido posteriormente de ilicitud, por no habérsele preavisado la terminación del contrato, en tiempo de quince días.

Se advierte, por último, respecto de este asunto, que el caso resuelto por la Sección II de esta Sala, e invocado como antecedente jurisprudencial por el acusador, fue distinto del estudiado aquí, pues en aquel el aviso no se dio oportunamente ni se cubrió su valor, resultando ilícito.

La decisión recurrida es correcta, en consecuencia.

Como respecto de la cuestión que se estudió en primer término sí hubo sentencia de la misma Sección que estimó la ley 48 de 1968, como simplemente aclaratoria del decreto 2351 y ahora se la fija en su verdadera concepción y alcance, se suscribe la presente providencia por todos los magistrados de la Sala, en cuanto implica modificación del criterio jurisprudencial, en este punto.

En mérito de todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Sin costas, porque no aparecen causadas.

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

José Enrique Arboleda Valencia, Juan Benavides Patrón, Alejandro Córdoba Medina, Miguel Angel García Barbosa, Jorge Gaviria Salazar, José Eduardo Gnecco Correa.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

LUCRO CESANTE Y DAÑO EMERGENTE

Es equivocada la apreciación del sentenciador en cuanto cree que la indemnización por despido injusto comprende únicamente el lucro cesante y la indemnización por mora abarca solo el daño emergente. Ambas indemnizaciones comprenden el lucro cesante y el daño emergente, como lo han dicho el artículo 11 de la Ley 6ª de 1945 y el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, junio treinta de mil novecientos setenta y uno.

(Magistrado Ponente: Doctor Alejandro Córdoba Medina).

(Acta número 32).

Con esta providencia se resuelve el recurso de casación interpuesto por los apoderados de Jorge Cuéllar y del Banco Cafetero contra la sentencia de veinte (20) de febrero de mil novecientos setenta (1970), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio seguido por el mencionado señor Cuéllar contra el citado Banco.

Antecedentes

El señor Jorge Cuéllar, identificado con la cédula de ciudadanía número 30805 expedida en Bogotá, solicitó por medio de apoderado que se ordene el reintegro del actor al cargo de Maquinista del Departamento de Ahorros del Banco Cafetero, Oficina Principal, en las mismas condiciones de empleo que gozaba cuando fue despedido, y se condene al reconocimiento de los salarios dejados de percibir hasta cuando se cumpla el reintegro.

Como peticiones subsidiarias formuló las siguientes: pensión de jubilación por despido injusto después de diez años de servicio, $ 40.036.30 por despido ilegal, indemnización por mora a razón de $ 123.41 diarios a partir del 25 de enero de 1968 y hasta que se consigne o pague la indemnización por despido, y las costas del juicio.

Los hechos presentados en apoyo de las súplicas indicadas, fueron:

"1. El señor Jorge Cuéllar Rodríguez laboró al servicio del Banco Cafetero desde el 3 de julio de 1957 al 25 de octubre de 1967, o sea durante 10 años y 113 días.

"2. Los servicios prestados por Jorge Cuéllar Rodríguez al Banco Cafetero estuvieron regidos por un contrato de trabajo.

"3. El empleo que desempeñó Jorge Cuéllar Rodríguez fue el de Maquinista del Departamento de Ahorro del Banco Cafetero, Oficina Principal.

"4. Jorge Cuéllar Rodríguez devengó un sueldo de tres mil setecientos dos pesos con treinta y un centavos ($ 3.702.31) M/cte.

"5. El Banco despidió de manera imilateral (sic) e ilegal a Jorge Cuéllar Rodríguez por medio del oficio número 44034 de fecha 25 de octubre de 1967.

"6. El despido se produjo cuando se discutía el pliego de peticiones presentado por la Asociación Colombiana de Empleados Bancarios "ACEB".

"7. El pliego de peticiones fue presentado el 30 de agosto de 1967 y el conflicto colectivo fue resuelto por medio del laudo arbitral de fecha 6 de diciembre del mismo año.

"8. El Banco Cafetero al despedir al demandante omitió el procedimiento que contempla el artículo 32 de la convención colectiva de trabajo celebrado el 14 de febrero de 1966, estatuto aplicable a Jorge Cuéllar Rodríguez.

"9. El Banco Cafetero incurrió en violación ostensible de los artículos 25 del Decreto 2351 de 1965 y 10 del Decreto Reglamentario 1373 de 1966, por haber despedido a Jorge Cuéllar Rodríguez.

"10. El Banco Cafetero es "por su origen (un acto de Gobierno), su patrimonio (dineros provenientes del Fondo Nacional del Café) y su propia administración (Junta Directiva intervenida oficialmente), un establecimiento de crédito oficial, y, en consecuencia, a sus trabajadores se les aplican las disposiciones sobre pensión de jubilación oficial".

"11. El Banco Cafetero aplica a sus servidores el Decreto Legislativo 2351 de 1965, por mandato expreso de la Convención Colectiva de Trabajo celebrada el 14 de febrero de 1966.

"12. El Banco Cafetero tiene un capital pagado muy superior a cien millones de pesos ($ 100.000.000.00) M/cte.

"13. El Banco Cafetero está en mora de solucionarle a Jorge Cuéllar Rodríguez la indemnización por despido ilegal, por cuanto ya han transcurrido los 90 días de gracia a que se refiere el parágrafo 2º del artículo 1º del Decreto 797 de 1949.

"14. Está agotado el procedimiento gubernativo".

El apoderado del Banco Cafetero aceptó los hechos 1º, 2º, 3º y 12 de la demanda, negó los restantes, afirmó que Cuéllar Rodríguez había devengado en los últimos tiempos un sueldo mensual fijo de $ 1.747.00 m. c., que había sido despedido por justa causa, que las causales del despido hicieron innecesario el procedimiento previsto en la convención, y que las prestaciones le fueron consignadas oportunamente en el Banco Popular.

El Juez Primero Laboral de Bogotá, en sentencia de catorce (14) de mayo de mil novecientos sesenta y nueve (1969), negó la petición principal, condenó al Banco Cafetero al pago de $ 40.036.30 por concepto de indemnización por despido injusto, $ 123.41 diarios por concepto de indemnización moratoria, a partir del veinticinco (25) de enero de mil novecientos sesenta y ocho (1968) hasta que se cancele o consigne la indemnización por despido, y absolvió por la pensión sanción y por las costas. Ambas partes apelaron de la sentencia.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, en sentencia de fecha ya indicada, confirmó la condenación al pago de indemnización por despido ilegal, y la negativa al reintegro al cargo desempeñado; revocó la condenación por indemnización moratoria y las absoluciones por pensión y costas, condenó a la pensión reducida a partir del 23 de abril de 1992 y al 70% de las costas, y absolvió por indemnización moratoria. Ambas partes interpusieron recurso de casación.

Se estudiará en primer lugar la demanda del Banco Cafetero, pues ataca extremos del fallo que el recurso de la otra parte toma como base de su impugnación.

El recurso del establecimiento bancario

Está presentado en dos cargos con base en la causal primera de casación, y con el alcance siguiente:

"El presente recurso extraordinario de casación y esta demanda que lo sustenta se dirigen a que esa H. Corte —Sala de Casación Laboral— proceda a casar parcialmente la sentencia recurrida, o sea la dictada por el H. Tribunal Superior de Bogotá —Sala Laboral— de fecha 20 de febrero de 1970,

en cuanto por el artículo primero confirmó el literal a) del artículo primero del fallo de primera instancia, y por el artículo segundo revocó los artículos segundo y cuarto de la misma providencia, así como también en cuanto por el artículo tercero de la sentencia acusada, se condenó al Banco Cafetero a pagar al demandante una pensión mensual vitalicia de jubilación, de carácter especial (pensión sanción) y que, en función de instancia, confirme el artículo 4º de la sentencia de segundo grado por medio del cual se absolvió a la entidad demandada de la súplica por concepto de indemnización moratoria".

Se observa

El casacionista solicita que se infirmen los ordenamientos por los cuales se confirmó la condenación por despido, se revocaron las absoluciones por pensión de jubilación y por costas, y se condenó a la pensión especial de jubilación, pero no indica qué debe resolverse en instancia con relación a los puntos infirmados, ya que solo pide que como Tribunal de instancia, se confirme el ordinal cuarto de la propia sentencia acusada.

Es pues incompleta la petición de la demanda, pero como del contexto de la acusación se deduce que pretende la absolución total, se estudiará la censura, con la advertencia de que es imposible confirmar un extremo de la sentencia acusada dentro de la providencia de instancia, por lo cual no admitirá esa parte del petitum en casación.

Primer cargo

Dice el recurrente:

"Acuso la sentencia dictada por el H. Tribunal Superior de Bogotá —Sala Laboral— el día 20 de febrero de 1970, de ser violatoria, en forma indirecta, de la norma legal sustancial consagrada en el numeral segundo de la letra A), del artículo 7º del Decreto Legislativo número 2351 de 1965, reformatorio del Código Sustantivo del Trabajo; e igualmente de ser violatoria del artículo 48, numeral segundo del Decreto 2127 de 1945, reglamentario de la ley sexta del mismo año, violaciones éstas en que incurrió el sentenciador de segunda instancia, por error de hecho, el cual consiste concisamente en la apreciación errónea de los documentos auténticos visibles a los folios 18 y 161 del cuaderno principal (carta de despido); e igualmente por la falta de apreciación de documentos auténticos, los cuales obran a folios 63 a 71 del mismo cuaderno; y que rectamente interpretados vienen a constituir procesalmente una unidad de carácter probatorio demostrativa no solo de la violencia que ejercitó el demandante durante el ejercicio de sus funciones como empleado del Banco Cafetero causa justa motivo principal de su despido, sino también los actos de indisciplina, incumplimiento permanente de sus deberes de empleado y falta de idoneidad en el ejercicio de su cargo de que dio muestras el mismo demandante, con anterioridad a su despido.

"Estas apreciación errónea y falta de apreciación de documentos auténticos, dieron lugar a la violación de la ley sustancial por parte del ad-quem, al proceder a aplicar en su sentencia acusada el numeral 4º del literal d), del artículo octavo del Decreto Legislativo número 2351 de 1965.

Demostración

"Existen en autos documentos auténticos, que ya señaló al formular este cargo y que constituyen plena prueba, al tenor de lo dispuesto por el artículo 645 del C. J., los cuales acreditan y fehacientemente los actos de violencia que el demandante procedió a ejecutar en los días inmediatamente anteriores a su despido y relacionados expresamente en la carta de despido que mi representada, la entidad bancaria demandada, dirigió con fecha 25 de octubre de 1967 al demandante. Los actos que ejecutó el demandante durante la alteración grave de la normalidad operativa —funcional— del Banco Cafetero, provocada por algunos empleados de esa misma entidad, entre ellos el propio demandante; y consistentes en la interrupción de las actividades normales de la entidad, frases insultantes a los directivos de la misma, gritos, pitos y gravísimos

impedimentos causados en perjuicio del público usuario de los servicios del Banco, constituyen con toda claridad actos de violencia que fueron plenamente acreditados también con los testimonios de testigos presenciales que obran en el proceso.

"El análisis de la prueba testimonial que hace el fallador de la segunda instancia, en la sentencia acusada, es incompleto, parcial y contradictorio; ya que no se ciñe, es verdad, en un todo, a los hechos declarados por los testigos presenciales que depusieron, señores José Walter López Arias (folios 135 a 139) y Rafael Isidro Beltrán (folios 142 a 145), con las cuales se probaron plenamente los hechos de violencia y de grave indisciplina cometidos por el demandante en el ejercicio de sus labores habituales como empleado del Banco Cafetero.

"La causal de violencia invocada por el Banco Cafetero en su carta de despido dirigida al demandante, tiene plena vigencia y validez, como quiera, que, violencia es toda fuerza que se emplea contra el derecho o la ley y no solo pueden considerarse como violencia los actos materiales que sean manifestaciones de la misma. Violencia es también toda amenaza que por su intensidad infunda temor de verse afectado por un mal grave y, en el caso presente, esa violencia se encuentra plenamente probada y constituyó así la justa causa para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo que ligaba a dicho Banco con el demandante, según lo dispuesto en el numeral 2, letra A), del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 y con fundamento en la excepción establecida por el artículo 32 de la Convención Colectiva de Trabajo vigente para esa época, excepción ésta que eximía a la entidad demandada de cumplir el procedimiento señalado en la parte primera del mencionado artículo 32. Este hecho no se tuvo en cuenta por el fallador de la segunda instancia en la sentencia que acuso, lo cual dio origen a la violación indirecta de la ley sustancial, por la apreciación errónea y la falta de apreciación de los documentos auténticos que antes relacioné, principalmente de la carta de despido que viene a dar cuenta de los actos que se le imputaron al demandante para dar por terminado unilateralmente y con justa causa su contrato de trabajo".

Se considera.

Los documentos de folios 18 y 161 del cuaderno primero, que el recurrente estima indebidamente apreciados, se refieren al despido, pues el uno es el original y el otro la copia de la carta por medio de la cual el Banco Cafetero puso fin al contrato. En esa comunicación se afirman algunos hechos que la demandada califica de violencia. La correcta apreciación de tales documentos no puede llevar a la conclusión de que existió la violencia alegada, pues son piezas que provienen de la parte que pretende aprovecharlas en su favor, o sea, que quiere crearse su propia prueba. No hubo indebida apreciación al encontrar que con ello no se demostraba la violencia alegada.

Los documentos de folios 63 a 71 del primer cuaderno, que el impugnador dice no haber sido apreciados, sí fueron estimados por el sentenciador y su apreciación fue correcta. Esos documentos se refieren a observaciones que por retardos y por falta de eficacia le hicieron al trabajador en 1965 y en años anteriores y por una sanción que le fue impuesta por retardos en 1960, hechos que de manera alguna pueden tomarse como justificativos del despido ocurrido en 1967.

El fallador hizo el análisis de las pruebas con el objeto de encontrar las causas que eximen de la obligación de oir al trabajador según el artículo 32 de la Convención Colectiva, pero de esas constancias no se desprende que hubiera existido acto inmoral, delito, violencia, abandono del cargo o imposibilidad de localizar al trabajador.

Se lee en la sentencia:

"En estas condiciones, poco importa que se den por establecidos los antecedentes a que se refieren los documentos de folios 63 a 71. Aunque se consideraron probados los hechos constitutivos de las faltas, impuestas las sanciones conforme a un Reglamento de

Trabajo que no se tiene a la vista, notificado oportunamente el empleado tanto de la falta imputada como de la sanción respectiva, de lo cual no hay constancia, y justificable la actualización de esos antecedentes —la última amonestación es de junio 24 de 1965, más de dos años antes del despido y en mayo 20 de 1965 certifican "que durante su permanencia en el Banco no se ha tenido queja alguna contra su conducta u honorabilidad"—; aunque se le diera plena validez a esa documental, todo ello apenas tendría un valor coadyuvante del hecho principal, el que para operar como justa causa requiere prueba fehaciente y procedimiento ajustado a las normas legales y convencionales".

En la demostración del cargo se habla de análisis incompleto, parcial y contradictorio de la prueba testimonial, pero bien sabido es que la ley 16 de 1969 no permite que la casación laboral se apoye en falta de apreciación o indebida apreciación de esas declaraciones de testigos, ya que solamente se refiere a la inspección ocular, a la confesión judicial y al documento auténtico.

No aparece demostrado el error de hecho alegado, por lo cual no prospera el cargo.

Segundo cargo

Fue presentado así:

"Acuso la sentencia, materia de este recurso de casación, de ser violatoria en forma directa, por interpretación errónea de las siguientes normas legales sustanciales: Artículo 8º de la ley 171 de 1961; artículo 11 del Decreto 1611 de 1962, reglamentario de la citada ley; artículo 21 del mismo Decreto 1611 ya citado; y, artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, numeral 4, literal d), Decreto este reformatorio del Código Sustantivo del Trabajo.

"Demostración

"El fallador de la segunda instancia procede en la sentencia acusada a condenar, revocando el fallo de primera instancia, en lo pertinente, al Banco Cafetero al pago de una pensión sanción, procediendo en esta forma a violar la ley sustancial (normas citadas), puesto que con esta condena está haciendo compatibles, simultáneamente, el pago de la indemnización por despido injusto, con el pago de la pensión sanción; y es bien sabido que la pensión sanción fue establecida, única y exclusivamente con miras a buscar la estabilidad del trabajador, y ella fue consagrada tanto para los trabajadores oficiales, como para los particulares, mientras que la indemnización por despido injusto que establece el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, se estableció en forma exclusiva para los trabajadores particulares.

"El presupuesto que se estableció tanto para la pensión sanción, como para la indemnización por despido injusto, se hace consistir fundamentalmente en el despido; y, por consiguiente, no puede jamás establecerse la compatibilidad de estas dos sanciones. O bien, se aplica la indemnización por despido injusto, o bien, la pensión sanción. Ambas sanciones no pueden aplicarse a la vez.

"Esto que he expuesto anteriormente se refiere al caso de un despido injusto; pero como el caso presente, materia de esta litis, tiene unas características bien distintas a las que genera un despido injusto, ya que el despido del demandante se produjo con justa causa plenamente probada, ninguna de las dos sanciones puede aplicarse. Es en ello en lo que radica la errónea interpretación que el sentenciador de segunda instancia dio, en su fallo acusado, a las normas legales sustanciales y determinadas como violadas en este cargo.

"La indemnización por despido (lucro cesante), excluye la pensión reclamada. La Ley 171 de 1961 tomó como presupuesto para ella ser decretada, que el despido fuera injustificado. A la vez el Decreto 2127 de 1945, al referirse al lucro cesante, tuvo en cuenta la misma circunstancia. Ley y Decreto persiguen la estabilidad en la relación laboral. Terminada ésta deberá ordenarse el lucro cesante y su consecuente indemnización moratoria, cuando haya lugar, o la pensión sanción. Es equivocada a to-

das luces, interpretar que la intención del legislador fue instituir tres sanciones, cuando el despido es injusto: pensión-sanción, indemnización por despido e indemnización moratoria. Tratar de acumular las distintas sanciones que contienen las normas de la legislación laboral ya citadas, tratándose de una misma causa, es un procedimiento evidentemente erróneo".

Se considera

El recurrente estima que la pensión-sanción, o sea la que procede cuando un trabajador es despedido sin causa justa, después de diez años de trabajo a una empresa de $ 800.000.00 o más de capital, es incompatible con la indemnización por despido injusto, de donde deriva la acusación por interpretación errónea de las normas que se indican como violadas, y que consagran los derechos a la pensión reducida y a la indemnización por despido injusto.

Ninguna de las normas citadas por el recurrente establece la incompatibilidad alegada, ni resulta ella de los razonamientos de la censura. La indemnización por despido atiende a la estabilidad del trabajador y trata de reparar el daño causado por la ruptura unilateral e injusta del contrato, mientras la pensión reducida atiende a la protección del trabajador que ha servido determinado tiempo considerado importante para su posible jubilación y a evitar que el patrono sin razón burle esa expectativa; en el primer caso se protege la estabilidad, en el segundo se protege la expectativa de jubilación.

Los dos derechos no pueden ser incompatibles porque se generan del despido injusto, ya que exigen circunstancias distintas y se otorgan por razones diferentes. De allí que el sentenciador de segundo grado no hubiera incurrido en la interpretación errónea alegada.

En cuanto a la argumentación basada en que no hubo despido injusto, se debe recordar que el ad-quem consideró ilegal la terminación por parte del patrono, y ese resultado del fallo no logró ser infirmado con el cargo anterior.

Por no haberse demostrado la interpretación errónea alegada, no prospera la acusación.

Recurso del trabajador

El recurrente presenta el alcance de la impugnación así:

"Pretendo que esa Honorable Corporación case parcialmente la sentencia recurrida en cuanto en su ordinal segundo revocó el literal b) del ordinal 1º de la sentencia de primera instancia y en cuanto en el ordinal 4º absolvió a la demandada de la súplica por concepto de indemnización moratoria, y que en función de instancia confirme el literal b) del ordinal primero del fallo de primer grado por medio del cual se condenó al Banco Cafetero a pagar a Jorge Cuéllar Rodríguez la suma de $ 123.41 a partir del 25 de enero de 1968 y hasta cuando se cancele la indemnización por despido ilegal".

Con base en la causal primera de casación, se formulan dos cargos.

Primer cargo

Dice el recurrente:

"La sentencia acusada viola directamente, por interpretación errónea el artículo 11 de la ley sexta de 1945; el artículo primero del Decreto 797 de 1949, reglamentario del anterior y sustitutivo del artículo 52 del Decreto 2127 de 1945, en relación con los artículos 8º del Decreto 2351 de 1965, adoptado como ley por el artículo 3º de la ley 48 de 1968, y 1614 del Código Civil".

En la demostración del cargo afirma el recurrente que en el fallo acusado se condenó al Banco Cafetero a pagar al demandante la indemnización por despido injusto a que se refiere el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, y que el Tribunal se abstuvo de condenar por la indemnización moratoria porque le pareció inadmisible que se discriminara contra la Nación obligándola a pagar la mora por una obligación que no existe sino a partir del fallo que la declara, y porque a juicio del fallador, re-

pugna que con base en un solo hecho jurídico, la ruptura del contrato de trabajo, se presuman dos clases de perjuicios, diferentes y sus correspondientes indemnizaciones.

La censura critica la apreciación que el fallador hace de la jurisprudencia contenida en sentencia de 17 de junio de 1957 de la Corte Suprema de Justicia, calificándola de cuantitativa porque se basa en el número de veces que expresa la palabra indemnización, y presenta la repetida manifestación de esa misma palabra en los considerandos y en la parte resolutiva del Decreto 797 de 1949, como argumento contrario en el sentir del sentenciador.

Discute el impugnador las apreciaciones del Tribunal sobre indemnización por lucro cesante que atribuye a la proveniente del despido injusto y la de daño emergente que aplica a la indemnización por mora.

Advierte el recurrente que la indemnización por despido injusto se origina en el incumplimiento del término del contrato, en la ruptura unilateral del mismo sin justa causa, y que a ella tienen derecho ambas partes, trabajadores y patronos, mientras la indemnización moratoria está consagrada únicamente en favor del trabajador cuando el patrono incurre en mora para el pago de salarios y prestaciones sociales de los trabajadores particulares, y de las indemnizaciones, además, de los trabajadores oficiales.

La censura critica el concepto del ad-quem sobre el nacimiento de la obligación de indemnizar por despido injusto que la sentencia coloca en el momento de la declaración judicial, para advertir que ello puede ser cierto en materia civil, pero no en materia laboral donde está legalmente predeterminado el monto de la indemnización, y la obligación nace desde el momento del despido injusto.

Afirma el atacante que el Tribunal interpretó sin referirse a cuestiones de hecho, la norma del artículo 1º del Decreto 797 de 1949, en el sentido de que si al patrono particular se le exonera de la indemnización cuando ha planteado una duda razonable sobre la existencia de la obligación no cumplida, es imposible aplicar al Estado un criterio discriminatorio en su contra. Persigue el cargo rechazando el que sea discriminatorio el criterio y que como lo hace el ad-quem, debe presumirse la existencia de buena fe en la mora del Estado, cuando la norma correspondiente hace presumir mala fe en el patrono moroso.

Continúa el cargo así:

"Pero es que la buena fe, tratándose de entidades oficiales, debe demostrarse, y sobre esta demostración nada dice el ad-quem, que insiste, por vía de interpretación, que la indemnización por lucro cesante es siempre un derecho controvertido y controvertible. Por esto me refiero a este aspecto del fallo en este cargo, porque el Tribunal no deriva la supuesta buena fe de la entidad demandada de una cuestión de hecho, sino de la errónea interpretación de las normas a que me he venido refiriendo.

"La jurisprudencia, además, ha sostenido que si los institutos descentralizados no pagan oportunamente sus obligaciones laborales, se presume su mala fe, y que deben acreditar la existencia de la buena fe para exonerarse de la sanción por mora".

Cita el recurrente sentencia de la Corte de 13 de mayo de 1968 y concluye que sí es posible dudar de que exista mala fe en las entidades de Derecho Público, no puede decirse lo mismo de las entidades administrativas descentralizadas y mucho menos de las empresas del Estado, que se manejan en forma autónoma y similar a las empresas particulares .

El opositor estimó que el cargo no es correcto ni adecuado, porque el Tribunal aunque no hizo expreso examen de las pruebas en cuanto a la indemnización moratoria, sí tuvo que apoyarse en el análisis probatorio

que lo llevó a absolver al Banco Cafetero de la indemnización indicada, por lo tanto el cargo debió formularse por la aplicación indebida a través de errores de hecho o de derecho. Agrega el opositor que los textos legales fueron bien interpretados por consideraciones de la buena fe.

Se considera

La providencia recurrida absolvió al Banco Cafetero de la indemnización por falta de pago, en consideración a que según el Tribunal, no existe obligación legal de pagar indemenización por mora cuando no se ha cubierto oportunamente la indemnización por despido injusto. El fallador para nada tuvo en cuenta si el Banco había obrado de buena o de mala fe, pues si admitía que no existía la obligación legal, no era necesario estudiar la conducta de la entidad demandada.

El reparo del opositor en el recurso, desaparece, porque éste no es el caso en que se absuelve de la indemnización moratoria por considerar que se procedió de buena fe, sino porque el sentenciador encuentra que la ley no consagra el derecho a la reparación pedida.

La exégesis del ad-quem en el sentido de que el artículo primero del decreto 797 de 1949, no contiene el derecho a indemnización moratoria cuando lo que ha dejado de pagarse es la indemnización por despido injusto, es una interpretación errónea de la norma citada, pues ella expresa que sus efectos se producen si vencido el término de noventa (90) días contados desde la terminación del contrato, "no se hubieren puesto a órdenes del trabajador oficial los salarios, prestaciones e indemnizaciones que se le adeuden, o no se hubiere efectuado el depósito ante autoridad competente".

El artículo 1546 del Código Civil, dice:

"En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.

"Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios".

El artículo 11 del decreto 2127 de 1945 consagró en derecho laboral el mismo principio del civil, pero no la acción de cumplimiento por razón de la naturaleza de algunas obligaciones laborales, que como obligaciones de hacer pero esencialmente personales, no pueden convertirse en acciones de dar o de ejecutar por un tercero.

La acción resolutoria del contrato existe también en derecho laboral pero cuando el incumplimiento consiste en la terminación unilateral del contrato sin justa causa, no es procedente solicitar la declaratoria de resolución, sino que la parte que no incumplió, tiene derecho a la indemnización establecida por la misma ley.

De modo semejante, la falta de acción resolutoria obedece a la facultad legal otorgada tanto al patrono como al trabajador, de dar por terminado el contrato de trabajo con justa causa, que corresponde al incumplimiento del contrato por la otra.

Así como en la legislación civil existe el incumplimiento genérico del contrato y el incumplimiento específico del pago de una suma líquida de dinero, que tienen consecuencias distintas, también el derecho del trabajo contempla el incumplimiento genérico de las obligaciones contractuales con indemnización de perjuicios, y la indemnización por no pago de cantidades líquidas de dinero; y mientras los perjuicios en materia civil para el no pago de una suma de dinero corresponden a intereses, en laboral representan la indemnización por mora que tiene como base de liquidación el propio salario del trabajador.

El artículo 1º del decreto 797 de 1949 estableció la presunción de vigencia del contrato de trabajo, después de noventa (90) días de la terminación, para los casos de no pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones que se le adeuden, presunción que se desenvuelve en el pago de los salarios correspondientes a ese tiempo transcurrido

hasta la cancelación de las acreencias laborales.

La indemnización por mora está destinada a cubrir perjuicios por no pago de las cantidades de dinero que corresponden a salarios, prestaciones e indemnizaciones en el caso de los trabajadores oficiales. La ley parte de la base de que el patrono oficial conoce cuanto adeuda por salarios, por prestaciones y por indemnizaciones, por lo cual impone la sanción moratoria.

Es equivocado el concepto del ad-quem cuando afirma que la indemnización por despido solo existe desde el momento en que se declara en el fallo respectivo. Para que pueda ser declarada esa obligación, debe existir, de otra manera no sería una declaración sino un fallo constitutivo del derecho. La obligación existe desde que se produce el despido injusto, aunque para trabajadores oficiales la exigibilidad se produce noventa días después. La obligación está determinada por la ley, y su retardo acarrea la indemnización por falta de pago de cantidad líquida de dinero que en materia laboral no es el valor de los intereses, sino el de cantidad igual al de los salarios por el tiempo de la mora.

La modificación del artículo 1º del decreto 797 de 1949 sobre el artículo 52 del decreto 2127 de 1945, es la de otorgar un plazo para que las entidades oficiales puedan cumplir los trámites generalmente largos y engorrosos que se les exigen, pero tanto una como otra normas contenían las indemnizaciones entre las cantidades líquidas de dinero cuyo no pago oportuno hacía incurrir, en mora, que debe indemnizarse con el valor equivalente a los salarios por el tiempo del retardo.

Todo según la explicación predominante de la jurisprudencia.

Es equivocado el criterio de apreciar una jurisprudencia por el número de veces que menciona determinada palabra, y más aún tratar de deducir que las indemnizaciones a que se refiere el artículo 1º del decreto 797 de 1949, no son causal de indemnización por falta de pago, aunque se expresen claramente en el decreto mencionado y en los considerandos del mismo, porque una sentencia de la Corte no repitió esa palabra muchas veces, sino que empleó otras expresiones equivalentes.

El ad-quem afirma que le repugna la existencia de dos indemnizaciones por virtud de un mismo hecho, pues cree que la indemnización por despido injusto y la indemnización por mora provienen de igual causa. También en esto erró el Tribunal, en su decisión mayoritaria ya que lo primero tiene origen en el despido ilegal y lo segundo en la falta de pago de las deudas laborales, o sea que provienen de hechos diferentes.

También es equivocada la apreciación del sentenciador en cuanto cree que la indemnización por despido injusto comprende únicamente el lucro cesante y la indemnización por mora abarca solo el daño emergente. Ambas indemnizaciones comprenden el lucro cesante y el daño emergente, como lo han dicho el artículo 11 de la ley 6ª de 1945 y el artículo 8º del decreto 2351 de 1965.

Tampoco puede entenderse que cuando el decreto 797 de 1949 se refiere a las indemnizaciones cuya falta de pago acarrea la de valor igual a los salarios correspondientes a la mora injustificada, no comprende sino las derivadas de la falta de capacidad laboral, porque no han perdido el carácter de indemnizaciones las que concurren a evitar la falta de pago de las deudas laborales a la terminación del contrato.

Considera el sentenciador que si al patrono particular se le exonera del pago de la indemnización moratoria cuando ha planteado una duda razonable, no puede aplicarse al Estado un criterio distinto y discriminatorio, lo que hace derivar de que la indemnización por despido es controvertible. No existe tal criterio diferente, sino que debe darse igual tratamiento, y tampoco puede admitirse que la indemnización por despido prefijada sea controvertible, pues lo que puede discutirse son los hechos que dan origen al despido, como puede discutirse también todos los que dan origen al salario o a cada una de las prestaciones.

Hubo interpretación errónea del decreto 797 de 1949 y consecuencialmente del artículo 11 de la ley 6ª de 1945, que contiene el principio desarrollado por el decreto indicado, pero ese error en la mente del juzgador, no incide definitivamente en la aplicación del precepto, ya que debe mantenerse la absolución por existir buena fe de la parte que dejó de pagar.

En efecto, el Banco Cafetero dejó de pagar y de consignar el valor de la indemnización por despido injusto. Esa indemnización fue reconocida en el juicio por considerar que no se había demostrado la violencia alegada por la entidad demandada, lo cual hacía necesario el haber oído al trabajador de acuerdo con la Convención Colectiva.

El decreto 797 de 1949 consagra la indemnización moratoria cuando después de noventa (90) días de la terminación del contrato, no se hubieren puesto a disposición del trabajador oficial los salarios, prestaciones e indemnizaciones que se le adeuden, o no se hubiere efectuado el depósito ante autoridad competente.

Pero la jurisprudencia ha entendido que la indemnización por falta de pago no puede aplicarse si hay una duda justificada sobre la existencia del derecho, por incertidumbre de buena fe del patrono acerca de ella, con base en razones atendibles.

El Banco Cafetero alegó una razón que es digna de consideración en cuanto ella de acuerdo con la Convención Colectiva, exime de la obligación de oír al trabajador, por lo cual el despido no sería injusto.

Es verdad que en el juicio no se tuvo como demostrado que había existido violencia de parte de Jorge Cuéllar, pero si se hubiera admitido esa circunstancia, no se habría reconocido el derecho a la indemnización por despido y consecuencialmente no habría habido falta de pago.

Como resulta clara la buena fe del Banco al no pagar ni consignar el valor de la indemnización por despido, no puede aplicarse la sanción moratoria de que trata el artículo 1º del decreto 797 de 1949 y procede a mantener la absolución del fallo recurrido, aunque por razones distintas.

No se estudió el segundo cargo porque con él se pretende obtener lo que ya fue resuelto al examinar el anterior.

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 veinte (20) de febrero de mil novecientos setenta (1970), proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, en el juicio de Jorge Cuéllar contra el Banco Cafetero.

Sin costas en el recurso porque la demanda del trabajador sirvió para corregir un error de interpretación, y la del Banco no tuvo escrito de oposición.

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.

BUENA FE PATRONAL

Artículo 65 del C. S. T.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — (Bogotá, D. E., treinta de junio de mil novecientos setenta y uno).

(Magistrado ponente: doctor José Eduardo Gónecco C.)

(Acta número 26).

Jorge Ovidio Obando Echeverri, mayor y vecino de Medellín, demandó a la sociedad Astra productos farmacéuticos Limitada, con domicilio en Bogotá, para que previos los trámites de rigor se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"Primera. Que la Empresa demandada, debe reconocerme y pagarme, las cesantías correspondientes a todo el tiempo de mi vinculación a la Empresa, deducidas las parciales que me fueron pagadas. La liquidación debe hacerse con base en el sueldo promedio que se probare. Segunda. Que la Empresa demandada, debe reconocerme y pagarme el reajuste de la prima y vacaciones correspondientes al año de 1968 y las vacaciones correspondientes proporcionalmente al presente año de 1969, liquidadas con base en el sueldo promedio que se probare. Tercera. Que la Empresa demandada, debe pagarme el sueldo promedio que corresponde a la última década laborada entre el 16 de marzo y el 25 del mismo mes del presente año, con base en el sueldo promedio que se probare. Cuarta. Que la Empresa demandada, debe reconocerme y pagarme, la indemnización por despido injusto contemplada en el Decreto 2351 de 1965, Art. 8º, numeral 4º, literales a) y c), por un tiempo de servicio de seis años veinticinco días, liquidada, con base en el sueldo promedio que se probare. Quinta. Que la Empresa demandada, debe reconocerme y pagarme, lo referente a la cláusula quinta, parágrafo del contrato de trabajo firmado con ella y mediante la cual la Empresa, se obliga a reconocerme, al momento de la terminación del contrato, una comisión del dos por ciento (2%) sobre pedidos colocados pendientes y que a la fecha de la terminación del contrato ascendía a la suma de quinientos noventa y cinco mil quinientos cuarenta y nueve pesos con treinta y cinco centavos ($ 595.549.35) para un porcentaje igual a once mil novecientos diez pesos con noventa y ocho centavos ($ 11.910.98). Sexta. Que la Empresa demandada, debe reconocerme y pagarme las reducciones unilaterales y autónomas efectuadas a partir del año de 1968, inicialmente del cinco por ciento (5%) al cuatro por ciento (4%) por cobros, que produjo una desmejora en mi sueldo por el año de 1968 por la suma de seis mil ciento sesenta y ocho pesos con sesenta y ocho centavos ($ 6.168.68) desmejora que me fue impuesta arbitrariamente y que no acepté y que en el año de 1969 ascendió por reducción al tres por ciento (3%), también en forma unilateral y autónoma a la suma de un mil setecientos cuarenta y cuatro pesos con veinticuatro centavos (sic veintitres centavos ($ 1.744.23), para un total de siete mil novecientos doce pesos con noventa y un centavos ($ 7.912.91), que me causa a deber la Empresa por comisiones dejadas de percibir y que hacen del sueldo para efectos de liquidación de todas las prestaciones sociales. Séptima. Que la Empresa demandada, debe reconocerme y pagarme las reducciones unilaterales y autónomas efectuadas a partir del presente año de 1969 sobre los cobros realizados al Instituto Colombiano de los Seguros Sociales (ICSS) de

Medellín y que fueron reducidos del cinco por ciento (5%) al dos por ciento (2%), que produjo una desmejora en mi sueldo igual a seis mil trescientos setenta pesos con treinta centavos ($ 6.370.30), que es la suma que por este concepto me causa a deber la Empresa, como parte del sueldo estipulado y que hace parte de éste para efectos de la liquidación de las prestaciones sociales. Octava. Que la Empresa demandada, debe reconocerme y pagarme por concepto de indemnización moratoria, la contemplada en el artículo 65 del Código Sustantivo del trabajo. Novena. Que la Empresa demandada, debe reconocerme las costas del juicio".

Según los hechos de la demanda, Jorge Ovidio Obando Echeverry prestó sus servicios a la Sociedad Astra Productos Farmacéuticos Ltda. desde el 1º de marzo de 1963 hasta el 25 de marzo de 1969, cuando fue despedido sin justa causa; la sociedad demandada le reconoció en la liquidación de prestaciones un sueldo mensual de seis mil ciento cincuenta y seis pesos con 35/100 ($ 6.156.35), computando un sueldo fijo de $ 2.100.00, viáticos por valor de $ 210.00 y comisiones en cuantía de $ 3.846.35; hasta diciembre de 1967 devengaba por concepto de comisiones el 5% de las cobranzas; a partir de enero de 1968 la Sociedad demandada en forma autónoma y unilateral rebajó las comisiones por cobros al 4%; durante el año de 1968 hizo cobranzas por $ 616.970.54, recibiendo por comisiones la suma de $ 24.679.80, liquidadas al 4%, siendo desmejorado su salario en la suma de $ 6.168.68 que corresponden a la diferencia entre el 5% y el 4%; también en forma unilateral la Empresa redujo nuevamente las comisiones del 4% al 3%, a partir del 17 de enero de 1969 y por este concepto recibió $ 2.617.47 durante el año de 1969, adeudándole la sociedad demandada $ 1.744.24, o sea la diferencia entre el 5% y el 3%; las comisiones por cobranzas al Seguro Social fueron rebajadas del 5% al 2%, dejando de percibir en este renglón la suma de $ 6.370.30; el 12 de marzo de 1969 envió una nota a la empresa en la cual rechazaba las reducciones en las comisiones; por dicha misiva y no por otras cartas que antes había enviado, la sociedad demandada dió por terminado el contrato de trabajo; a su retiro de la empresa, ésta le debía los salarios correspondientes al período comprendido entre el 16 de marzo y el 25 del mismo mes, así como el 2% de la cartera por cobrar, según cláusula del contrato, y que pretendió liquidar al 1½%, sobre un total de $ 545.549.35; las primas de servicios y las vacaciones fueron mal liquidadas.

El apoderado judicial de Astra Productos Farmacéuticos Ltda. al contestar la demanda aceptó los hechos de la fecha de ingreso y salida, así como la cuantía del sueldo fijo; negó los otros, se opuso a las peticiones y como hechos y razones de la defensa adujo que el despido del demandante se había producido por una carta desobligante e irrespetuosa enviada el 11 de marzo de 1969; que al hacer modificaciones en las comisiones e incentivos, la sociedad demandada pretendía aumentar los sueldos, no disminuirlos, y por esto aceptó la propuesta de Obando, quien rechazó las modificaciones y que la compañía pagó más de lo que legalmente le correspondía.

Dentro de la oportunidad legal Astra Productos Farmacéuticos Ltda. propuso demanda de reconvención para que se condenara a Jorge Ovidio Obando a pagarle la suma que resulte a deberle por pagos de salarios y prestaciones sociales mayores a los debidos y por pagos al Instituto Colombiano de Seguros Sociales de la parte correspondiente al trabajador. Fundamentó la contrademanda en los siguientes hechos: "1º El señor Obando trabajó con la Compañía desde el primero de marzo de 1963 hasta marzo 25 de 1969. 2º Por carta de marzo 12 de 1969 solicitó que se le hiciera su liquidación o pago de salarios con base en el sueldo y comisiones que tenía en 31 de diciembre de 1967. 3º La Compañía aceptó la solicitud anterior de conformidad con carta enviada al señor Obando el 18 de los mismos. 4º En la liquidación definitiva que hizo la Empresa y que envió al señor Obando hay un error debido a que la persona que la elaboró no tuvo en cuenta el acuerdo anterior y la hizo con base en el sueldo y comisiones del señor Obando con las modifi-

caciones hechas por la Empresa en los años 1968 y 1969. 5º La terminación del contrato del señor Obando tuvo lugar cuando el trabajador le debía a la Empresa algunas mercancías a él confiadas y el valor de lo que a él le correspondía por seguros sociales de varios meses. 6º El mayor valor fue consignado junto con el saldo de prestaciones sociales en el Juzgado 3º del Trabajo de Medellín".

Cumplido el trámite de la primera instancia el Juez del Conocimiento, que lo fue el Cuarto Laboral del Circuito de Medellín, desató la litis mediante sentencia en cuya parte resolutiva dispuso lo siguiente: "Condénase a la Sociedad "Astra Productos Farmacéuticos Limitada", representada por el señor Arthur Sjunnesson, a pagar al señor Jorge Ovidio Obando Echeverri, las siguientes sumas de dinero: a) un mil ochocientos cuarenta y seis pesos con ochenta y nueve centavos ($ 1.846.89) m. l., por concepto de salarios insolutos. b) Treinta mil veintiséis pesos con treinta y dos centavos ($ 30.026.32) m. l. como indemnización por despido sin justa causa. c) once mil novecientos diez pesos con noventa y ocho centavos ($ 11.910.98) m. l. por comisión del dos (2%) por ciento. d) treinta y siete mil trescientos treinta pesos con catorce centavos ($ 37.330.14) m. l. por concepto de cesantía. e) seis mil ciento cincuenta y seis pesos con treinta y cinco centavos ($ 6.156.35) m. l. como indemnización por mora, habida del 25 de marzo de 1969 al 25 de abril del mismo año. Absuélvese a la Sociedad "Astra Productos Farmacéuticos Limitada", de las demás peticiones formuladas en su contra en la demanda principal. Declárase configurada la excepción de pago, en cuantía de $ 31.363.30 que fueron consignados a favor del demandante y que pueden ser deducidos del monto de las condenaciones anteriores. Se declaran no probadas las demás excepciones propuestas. Costas, a cargo de la demanda, rebajadas en un cuarenta por ciento (40%). Condénasé al señor Jorge Ovidio Obando Echeverri a reembolsar a la Sociedad "Astra Productos Farmacéuticos Limitada" la cantidad de cuatro mil setecientos noventa y un pesos con noventa y siete centavos ($ 4.791.97) m. l., cuantía que puede ser deducida del monto de las condenaciones contenidas en la demanda principal. Absuélvese al señor Jorge Ovidio Obando Echeverri, de los demás cargos formulados en su contra por la Sociedad "Astra Productos Farmacéuticos Limitada", en la demanda de Reconvención". Sin costas".

Ambas partes apelaron. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Laboral, al decidir la alzada confirmó en todas sus partes el fallo apelado, y no condenó en las costas de la segunda instancia.

La parte demandada interpuso el recurso de casación, el cual, concedido por el Tribunal Superior y admitido por esta Sala, se decidirá previo el estudio de la demanda y la réplica del opositor, presentadas oportunamente.

Alcance de la impugnación

"Pretende la parte demandada —recurrente, la casación parcial de la sentencia en cuanto confirma la condenación a la compañía a pagar al actor lo determinado en los ordinales a), b), c), d) y e) de la sentencia del a-quo; y en cuanto confirma la absolución de Jorge Ovidio Obando del pago a la compañía del mayor valor recibido por prestaciones sociales y otros; y constituída la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en Tribunal de Instancia, revoque la sentencia de primer grado proferida por el señor Juez Cuarto Laboral de Medellín, el 8 de junio de 1970: a) En los ordinales a), b), c), d), y e) por los que se condenó a la compañía por salarios insolutos y otros conceptos, y, en su lugar, se absuelva a ésta de todos los cargos y pretensiones que formula el demandante; y b) En lo relativo a la absolución del demandado del pago del exceso recibido de la compañía y, en su lugar, se le condene al pago de $ 7.498.29 que recibió de más".

Con fundamento en la causal primera de casación formula cuatro cargos, los cuales se estudiarán en su orden.

Primer cargo

Impugna la sentencia recurrida "por infracción indirecta, por aplicación indebida,

de los artículos 127, 132, 249, 253 y 65 del C. S. del Trabajo y 8º, numeral 4º del D. L. 2351/65, a consecuencia de notorios errores de hecho provenientes de falta de apreciación y apreciación errónea de las pruebas que más adelante indicaré".

Como errores de hecho señala los siguientes:

"1º No dar por demostrado plenamente, estándolo, que las partes convinieron en dejar sin valor o efecto las modificaciones de comisiones hechas por la Compañía por medio de las circulares Nº 1 de 1968 (folio 40), y 3 de 1969, folio 38, del expediente. 2º Tomar como salario promedio del trabajador el establecido en un proyecto de liquidación (folio 25) con base en las comisiones señaladas por la Compañía en las circulares antes mencionadas y no sobre las comisiones del 5% sobre cobros convenidos por las partes (folios 55 y 28 o 57)".

Como pruebas erróneamente apreciadas, enumera las siguientes: a) Carta dirigida por el demandante a la sociedad demandada el 12 de marzo de 1969 (folio 55) y la contestación con fecha 18 de marzo de 1969; b) liquidación de la cesantía de abril 15 de 1965 (folio 25) y como no apreciadas, las posiciones absueltas por el demandante (folio 119); las demandas del demandante y la de reconvención; documentos que obran a los folios 8, 9, 10 y 12 a 23 del expediente, y documento que obra a folio 62.

El recurrente analiza las pruebas anteriores para demostrar la existencia de los errores de hecho, análisis a que se referirá la Sala al estudiar el cargo.

Se considera

Sostiene el impugnador que las partes acordaron dejar sin valor o efecto las circulares que modificaron las comisiones del demandante en 1968 y 1969, —según aparece en las cartas enviadas por el demandante el 12 de marzo de 1969 a la Sociedad demandada folio 55—, y la contestación que ésta le dio el 18 de marzo del mismo año. Dice en lo pertinente la nota del trabajador:

"Me refiero a sus circulares Nº 3 de enero 17 y Nº 4 de enero 22 de 1969. Existe con la empresa que Ud, representa, un contrato escrito de trabajo, firmado por mí con fecha marzo 1º de 1963 cuya copia conservo; donde se estipulan las cláusulas que hasta el mes de enero del presente año venían vigentes y muy especialmente, la cláusula quinta, donde se determina la comisión del cuatro (4%) por ciento sobre cobros en mi respectiva zona... Este contrato sufrió una modificación consistente en aumentar la comisión del 4% al 5%, que posteriormente y gracias a su circular del mes de enero de 1967 me fue rebajada al 4%. Lo anterior, es una clara violación de los derechos míos, consagrados por las leyes vigentes, especialmente el artículo 7, literal B, numeral 8, del decreto 2351 de 1965, en concordancia con el art. 57, numeral 4 del Código Sustantivo del Trabajo y especialmente el artículo 8 del mismo decreto 2351 del 65. Como antes, no había podido experimentar, la desmejora de mi salario, me permito someter a la consideración de Ud., mi inconformidad a las precitadas circulares y a la vez que notifico, la no aceptación de los términos de las mismas, que modifican el contrato de trabajo".

De esta carta no se desprende con notoriedad que el demandante pida al patrono que su liquidación de prestaciones se haga con base en el porcentaje que por concepto de comisiones recibía en el año de 1967, entre otras cosas por cuanto en su fecha aún no se había dado por terminado el contrato de trabajo. Además, es la misma sociedad demandada la que estima que es confusa la solicitud del trabajador, cuando al contestarla dijo:

"Por otra parte y en relación con su carta del 12 de los corrientes, sobre sueldo, aunque ella no es clara, parece ser que usted desea que se le liquiden sus comisiones con base en la comisión única del 5% que usted tenía en 31 de diciembre de 1967, la cual fue modificada por la Gerencia con algunas ventajas adicionales enero del 68 al 4% y el 3% en este año. Estas modificaciones fueron tácitamente aceptadas por usted por cuanto había venido recibiendo sus

comisiones sin observación alguna. Por esta razón la Compañía no está obligada a aceptar su reclamación. Sin embargo, le comunico que no hay inconveniente en hacer su liquidación con base en el sueldo y comisión que usted tenía antes de que esta Gerencia hiciera las modificaciones mencionadas, o sea, $ 2.100.00 de sueldo y 5% de comisión sobre cobros".

Si para el propio patrono no es clara la propuesta del trabajador, no puede atribuirse al ad-quem que hubiese incurrido en evidente error de hecho al no llegar a la misma conclusión del recurrente.

Por otra parte, el ad-quem, al estudiar la petición sobre "reajuste de salarios por mermas en comisión" estimó que al aceptar tácitamente el trabajador las modificaciones de su salario, sin reclamación, convirtió la determinación unilateral de la Empresa, por el consentimiento tácito, en acta convencional". Y este aspecto del fallo no ha sido impugnado por el casacionista.

Cuanto al error que se le atribuye al fallador de segunda instancia de haber tomado como salario promedio del trabajador el establecido en un proyecto de liquidación con base en las comisiones señaladas por la compañía demandada en las circulares que modificaron los porcentajes y no sobre las comisiones al 5% convenido por las partes, es de observar que habiendo considerado el Tribunal Superior que la rebaja de los porcentajes para obtener las comisiones fue aceptado por el trabajador, era lógico que tomara como salario promedio el resultante de las comisiones liquidadas con las modificaciones dichas. Si éste salario promedio fue el que tuvo en cuenta la sociedad demandada para liquidar las prestaciones en documento que envió al demandante para que lo firmara y asintiera a dicha liquidación, no encuentra esta Sala que hubiese el ad-quem incurrido en error de hecho al no liquidar las prestaciones reclamadas en el juicio con base en otro promedio obtenido por Astra Productos Farmacéuticos Ltda, el cual consta en el documento que obra a folios 62, que no tiene fecha y en el cual la demandada afirma liquidar las prestaciones con base en el 5% de comisiones, que para el Tribunal no era el porcentaje que debía aplicarse.

Además, ante dos documentos provenientes de la parte demandada, bien podía el ad-quem sin que por ello incurriese en error de hecho, darle mayor valor probatorio a uno de ellos respecto a la determinación del salario promedio, máxime cuando dicho documento contenía la liquidación de prestaciones que fue ofrecida al demandante, y el otro es una especie de extracto elaborado unilateralmente por el patrono en el cual se deduce un saldo a cargo del trabajador. Y si para fijar el valor de las comisiones por la cartera pendiente de cobro el Tribunal tuvo en cuenta el guarismo fijado en este último documento, no es válido el argumento de que por la indivisibilidad de la confesión también debía tomarse el salario promedio allí señalado, pues se trata de una confesión compleja, contenida en dos documentos, y los dos hechos confesados, valor de las comisiones pendientes y promedio de la recibida durante el último año, son diferentes.

En resumen, no incurrió el Tribunal Superior en error de hecho al fijar como salario promedio para liquidar las prestaciones el de $ 6.156.35, porque fue éste el obtenido inicialmente por la sociedad demandada, y porque además, como ésto lo confiesa y se afirmó en la demanda, corresponde al valor de las comisiones devengadas de acuerdo con los porcentajes que el ad-quem estimó eran los que regulaban el pago de dichas comisiones.

No habiéndose demostrado los errores de hecho señalados por el impugnador, la acusación no prospera.

Segundo cargo

"La sentencia recurrida viola indirectamente, por aplicación indebida, el Art. 8º, numerales 1, 2 y 4 del Decreto Ley 2351 de 1965, el Art. 7º, numeral 6º del Ordinal a) del mismo Decreto 2351 de 1965 y el Art. 58 y el 56 del C. S. del Trabajo, violación a que llegó el Tribunal por haber incurrido en error de hecho manifiesto, proveniente de la

errónea apreciación de unas pruebas y de la falta de apreciación de otra".

El error de hecho lo hace consistir en no haber dado por demostrado, estándolo, que la Compañía dio por terminado el contrato de trabajo con el señor Obando por justa causa provocada por su carta de marzo 11 de 1969.

Como pruebas erróneamente apreciadas señala: a) la carta del señor Obando a la Compañía de fecha 11 de marzo de 1969, que obra al folio 54; y b) la carta de la Compañía al señor Obando por medio de la cual dio por terminado su contrato de trabajo, de fecha 18 de marzo de 1969, que obra al folio 69. Como prueba dejada de apreciar indica la carta de la Compañía al señor Obando de marzo 20 de 1968 que obra al folio 56.

Refiriéndose a la carta de 11 de marzo, dice el recurrente que ella contiene expresiones que el Jefe de Personal de la Compañía, a quien iba dirigida, encontró ofensivas e injuriosas, como aquellas en que afirma que el destinatario hablaba "solapadamente" y vivía en un escritorio, desde el cual y en todas sus cartas se dedicaba única y exclusivamente a ofender, pero nunca a solucionar nada; que esta carta fue contestación a una que le dirigió la sociedad demandada, en la cual se le llamaba la atención por el costo de las reparaciones de un vehículo. Transcribe apartes de los fallos de primera y segunda instancia de la sentencia de esta Corporación de abril ocho de 1960 sobre el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo, y argumenta así:

"En un caso como el que nos ocupa es necesario hacer un análisis de la situación, de las personas implicadas, del medio ambiente, etc. Es bien sabido que en algunas regiones del país se tienen por ofensivas algunas palabras que en otras no lo son, e incluso en las diferentes capas sociales se da un valor diferente a las palabras injuriosas. Por ejemplo, para algunos la referencia a la progenitora es causa justificativa de una acción violenta, en tanto que para otros es casi un elogio o una demostración de camaradería. En el propio caso que estamos viendo para el señor Juez la carta del 11 de marzo casi le merece un elogio en tanto que para el Tribunal los términos son enérgicos y poco recomendables. La Sociedad demandada es un laboratorio ético de categoría, el jefe de personal señor Vega no es un empleaducho de cualquier categoría sino una persona respetable que dirige más de cincuenta empleados de la Compañía y a quien todos deben tratar con cierta consideración. Y el señor Obando es una persona de cierta cultura que ocupó un puesto de distinción, como es el de Visitador Médico y Odontológico, donde tienen que estar en permanente trato con profesionales de la medicina y de la odontología, de tal manera que las expresiones que él usó sí eran ofensivas e injuriosas y no meramente poco recomendables".

Se refiere luego a la carta que obra al folio 56, en la cual se le comunica al trabajador que debía dirigirse a sus superiores en forma comedida, obligación que es de orden general contemplada en el artículo 56 del Código Sustantivo del Trabajo, artículo 7º del Decreto Ley 2351 de 1965 y en el Reglamento de Trabajo de la Empresa. Alude a que el trabajador demandante deseaba retirarse del empleo para dedicarse a sus negocios particulares y que lo hizo de una manera hábil para tratar de obtener la indemnización por despido injusto, conducta que se desprende de los documentos que obran a folios 7, 11, 165, 166 y 27.

Por último, dice que la falta de apreciación de la carta que obra a folio 27 condujo al Tribunal Superior a no dar a la carta de Obando del 11 de marzo de 1969 su verdadero significado, pues se la tomó como un hecho aislado, como producto de una reacción momentánea, sin que se hubiese dado cumplimiento al artículo 61 del Código Procesal del Trabajo, y que la carta que obra a folio 28 fue erróneamente apreciada, pues en ella se dice muy claro que se rechaza la carta del 11 de marzo de 1969 y se acepta la del 12.

La Sala considera

Al referirse a la terminación del contrato dijo el Tribunal: "La empresa demandada estima justo el despido, en razón de las car-

tas enviadas por el actor al Sr. Hernando Vega, Jefe de Personal de la demandada (fs. 54) y al Sr. Gerente General de la sociedad llamada a juicio (fs. 30). La última de las comunicaciones citadas no reviste la gravedad que se imputa, pues, el demandante se limita a reclamar por los que estima legítimos derechos, y que juzga han sido conculcados por la parte empresarial. La carta visible a fs. 54 está concebida en términos enérgicos y poco recomendables, pero en rigor, tampoco ella constituye un motivo justo de terminación del contrato, pues, no reviste la gravedad necesaria para que sea permisible la finalización del contrato de índole subordinada. Así lo estima el Tribunal, acorde con el fallador de primer grado, haciendo uso de la autonomía que la ley reguladora de la prueba le otorga a los funcionarios de instancia, y por lo demás, sin contrariar la evidencia de los hechos. Esta potestad valorativa está consagrada en el art. 61 del C. P. del Trabajo".

El a-quo estimó que la carta de 11 de marzo no contenía término insultante de ninguna especie y que la de 12 de marzo no puede tomarse como desobligante, pues en ella el trabajador solamente reclamaba por lo que consideraba una injusticia.

Ahora bien: en la carta de 11 de marzo de 1969, dirigida por Jorge Ovidio Obando al señor Hernando Vega, Jefe de Personal de la sociedad demandada, y que según ésta dio origen a la terminación del contrato, dijo el demandante: "Acá el señor Super-Visor vió el carro en las dos veces en que estuvo visitándome y fue de común acuerdo con él como se envió la última cotización sobre arreglo de ese vehículo ... Sobra advertirle que tanto el señor supervisor como yo hemos vivido las tragedias de ese carro, sobre el terreno y no como Ud., que las vive desde un escritorio; desde el cual y en todas sus cartas se dedica única y exclusivamente a ofender pero nunca a solucionar nada. Que me he dejado engañar en los talleres ... Ud. tiene los comprobantes de las reparaciones hechas y puede hacer las averiguaciones que estime convenientes para buscar ese dolo que habla solapadamente".

Los pasajes transcritos pueden considerarse como no insultantes, tal como lo consideró el a-quo; como demasiado enérgicos o poco recomendables, según el Tribunal, o injuriosos, como lo estima el casacionista, pues esta calificación depende de los antecedentes, de las relaciones entre las partes y de la sensibilidad de quien la recibe. Es por lo tanto, dudosa su calificación para quien objetivamente la examina. Mas si para el fallador de segunda instancia no constituían suficiente motivo para dar por terminado el contrato de trabajo, no puede afirmarse que incurrió en evidente error de hecho al calificar las frases como lo hizo, máxime si para llegar a la conclusión contraria debía acudir a presunciones o conjeturas o deducciones más o menos razonables, como el propio impugnador así lo considera. El error de hecho debe aparecer de modo manifiesto mediante la simple confrontación entre las conclusiones de la sentencia acusada y lo que dicen los medios de prueba, lo que no sucede en el caso en estudio, en donde las expresiones del demandante son susceptibles de calificarse en uno u otro sentido.

El documento que aparece a folio 56 es la copia de una carta dirigida por el señor Hernando Vega Amaya al señor Ovidio Obando el 20 de marzo de 1968, un año antes de la terminación unilateral del contrato, sin que esté demostrado que hubiese sido recibida por el destinatario. Por la fecha en que fue escrita, y aún cuando en ella se le llama la atención al demandante, con expresiones bastante duras, por los términos y frases que usa, "que son propias de la gente baja y no de un empleado que representa nuestra firma", no puede relacionarla directamente con los hechos que a juicio de la sociedad demandada originaron el despido.

Los indicios a que se refiere el recurrente, que demuestran a su juicio el propósito del demandante para ser despedido y beneficiarse de la correspondiente indemnización, escapan al examen de la Corte en virtud de la limitación impuesta por el artículo 7º de la ley 16 de 1969.

No habiéndose demostrado que en la sentencia acusada se incurrió en manifiesto error de hecho, el cargo no prospera.

Tercer cargo

"Impugno la sentencia por infracción indirecta por aplicación indebida, del Art. 65 del Código Sustantivo del Trabajo, a causa de error manifiesto de hecho, por falta de apreciación de unas pruebas".

La Sala considera

En el documento que obra a folios 27 de fecha abril 17 de 1969, el demandante hace constar que recibió los papeles correspondientes a la liquidación de sus prestaciones y que por no estar de acuerdo con ella, hace devolución de los cheques que le envió la sociedad demandada. A folios 25 se encuentra la liquidación. Habiendo terminado el contrato de trabajo el 25 de marzo de 1969, la Sala considera como prudencial el período utilizado por el patrono para hacer la consignación del valor de las prestaciones y salarios el 25 de abril del mismo año, pues además, aún antes de terminarse el contrato de trabajo existió controversia sobre el porcentaje en que debían liquidarse las comisiones, lo que incidió para demorar la liquidación de las prestaciones. Este período prudencial que se tomó la sociedad demandada, la exonera de la indemnización por mora, pues no puede imputársele mala fe. En consecuencia prospera el cargo.

La sentencia recurrida se casará en lo pertinente, y como decisión de instancia, para la cual sirven las consideraciones anteriores, se absolverá a la sociedad demandada de la indemnización por mora, previa revocatoria de la condena que por este aspecto hizo el a-quo.

Cuarto cargo

"La sentencia acusada viola indirectamente los Arts. 8º de la Ley 153 de 1887, 1494 del Código Civil y 55 del Código Sustantivo del Trabajo, a causa de notorio error de hecho por falta de la apreciación de unas pruebas relacionadas con la demanda de reconvención". Motivación del cargo. El error consistió en no haber establecido el monto de lo pagado por la Empresa al trabajador durante los años 1968 y 1969 por concepto de salarios, vacaciones, primas, prestaciones sociales, etc., y el monto de que era acreedor el trabajador por los mismos conceptos, para deducir el saldo que una parte debiera a la otra. Este error tuvo por causa la no apreciación errónea de las pruebas que se han analizado en los cargos anteriores y además los documentos que obran a los folios 65 a 95 del expediente, 103 y 62. Los folios 65 a 95 son todos recibos de pago al trabajador firmados por éste con la excepción del correspondiente al de marzo 13 de 1969, cuyo original no fue devuelto por el señor Obando, y en el folio 103, vto. el Juzgado Tercero Laboral de Medellín informa que para el pago de prestaciones sociales de Jorge Ovidio Obando entregó un título por la suma de $ 31.363.30, y en el folio 62 la Compañía hizo una liquidación teniendo como base el salario básico y la comisión de 5% que tenía el trabajador en 1967. Este documento constituye una confesión de la Compañía que no admite división por referirse a una relación concreta, a un mismo hecho. Y en realidad esta manifestación no ha sido desvirtuada en ningún momento, pues para ello tenía que haberse probado que la cobranza fue superior a la allí mencionada, que la base para ella no era la del 5% sino otra distinta, que el sueldo básico era también diferente. El trabajador manifestó en las posiciones que absolvió que no recordaba el sueldo que tenía en 1967; en la demanda manifiesta haber cobrado en esos años una suma un poco diferente a la establecida por la Compañía en el documento antes mencionado, pero no probó que tuviera razón, y el sueldo y comisiones que en las mismas posiciones (folio 119) solicita tener en cuenta para su liquidación es el mismo que en su demanda pide corregir en el hecho 25 y el mismo que figura en la liquidación rechazada por ambas partes que obra al folio 25 y que ya hemos analizado anteriormente. Es decir, que si no se acepta el documento que obra al folio 62 no hay elementos de prueba satisfactorios para determinar el salario promedio del trabajador".

Se considera

Aun cuando en la formulación del cargo no se indica el concepto de la violación, como lo observa el opositor, la jurisprudencia

de esta Corporación ha entendido que en estos casos la acusación se hace por aplicación indebida, pues es el único que cabe cuando se predica la violación indirecta de la ley.

El artículo 55 del Código Sustantivo del Trabajo que indica como violado el recurrente, no es una norma sustancial laboral, pues no consagra derecho material alguno; se limita a señalar el principio de que el contrato de trabajo debe ejecutarse de buena fe, y que por consiguiente obliga no solo a lo que en él se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la relación jurídica o que por la ley pertenecen a ella. Ni son sustanciales las normas civiles señaladas como violación medio, pues el artículo 8º de la Ley 153 de 1887 dispone la aplicación de normas por analogía, y en su defecto, de la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho, y el artículo 1494 del Código Civil se refiere a la fuente de las obligaciones, sin que consagren derechos materiales.

Ha sido jurisprudencia de esta Corporación que toda acusación en el recurso extraordinario debe contemplar una proposición jurídica completa, lo que no se presenta cuando se omite señalar como violadas las normas sustanciales que consagran los derechos y obligaciones. Al no haber el impugnador indicado como violadas las normas que consagran los derechos del trabajador reconocidos en el fallo acusado, y cuyo desconocimiento pretende a través del recurso, la proposición jurídica es incompleta, lo que implica la inadmisibilidad del cargo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en cuanto confirmó la condena por indemnización moratoria hecha por el Juez de Primer Grado; en función de instancia revoca dicha condena y en su lugar absuelve a la Sociedad **Astra Productos Farmacéuticos Limitada** de la petición por indemnización moratoria. NO LA CASA en lo demás.

Sin costas en el recurso.

Publíquese, 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.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SENTENCIAS NO PUBLICADAS

SALA CIVIL

FILIACION NATURAL. - Casación. No puede prosperar un ataque fundado en interpretación errónea por vía indirecta. Debe citarse con claridad y precisión los textos legales cuya violación se atribuye a la sentencia recurrida. — Sentencia de 12 de enero de 1971. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Málaga, en el juicio ordinario que, frente a la sucesión de Eliseo Núñez Duarte, instauró Eliseo Barón. Magistrado Ponente: Dr. Germán Giraldo Zuluaga.

REIVINDICACION. - Técnica de casación. Infracción directa o infracción indirecta de la ley. Error de hecho en la interpretación de los contratos. — Sentencia 30 de enero de 1971. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Málaga, en el juicio ordinario promovido por Pantaleón Duarte contra Isaías Archila. Magistrado Ponente: Dr. Ernesto Cediel Angel.

MARCAS. Oposición a su registro. — Sentencia de 30 de enero de 1971. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio de Oposición al registro de la marca "Baby Johnny's" promovido por la firma "The Curtiss Candy Company" contra "Productos Johnny's de Colombia Ltda." Magistrado Ponente: Dr. Alfonso Peláez Ocampo.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. - Prueba indiciaria. — Sentencia de 2 de febrero de 1971. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en el juicio ordinario promovido por Moisés Sabogal Novoa contra el Banco de Bogotá, Sucursal de Calarcá. Magistrado Ponente: Dr. Alberto Ospina Botero.

OBJECIONES A LA PARTICION. - La regla 7ª del art. 1394 del C. C., no es imperativa sino orientadora del partidor. — Sentencia de 9 de febrero de 1971. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio sucesorio de María Verónica Espinosa de Muñoz. Magistrado Ponente: Dr. Alberto Ospina Botero.

FILIACION NATURAL. - Técnica de casación. Error de hecho. Prueba de las relaciones sexuales. — Sentencia de doce de febrero de 1971. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Facatativá, en el juicio ordinario de Raúl Zabala contra Gerardo Cubillos y otros. Abogado Asistente: Dr. Alberto Ospina Botero.

COMPRA DE COSA PROPIA. - Error de hecho. — Sentencia de 15 de febrero de 1971. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Paulina Castro de Rodríguez contra Luis Federico Rosas. Magistrado Ponente: Dr. Germán Giraldo Zuluaga.

PERTENENCIA. - Técnica de casación. La infracción por interpretación errónea no puede ocurrir sino por vía directa. Reformatio in pejus. — Sentencia de 19 de febrero de 1971. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el juicio ordinario promovido por Ferrocarriles Nacionales de Colombia contra Abraham Rodríguez González. Magistrado Ponente: Dr. Germán Giraldo Zuluaga.

FILIACION NATURAL. - Técnica de casación. Error de hecho y error de derecho. — Sentencia de 19 de febrero de 1971. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de San Gil, en el juicio ordinario promovido por

José del Carmen Silva contra Elvira Silva vda. de Silva y otros. Magistrado Ponente. Dr. Alberto Ospina Botero.

FILIACION NATURAL. - **Las declaraciones de renta no son instrumentos públicos.** Sentencia de 16 de marzo de 1971. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio ordinario promovido por Anatilde Muete contra María del Carmen Ramírez vda. de Santa. Magistrado Ponente: Dr. Guillermo Ospina Fernández.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. - **Técnica de casación.** — Sentencia de 14 de abril de 1971. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por la Compañía Eléctrica de Doima S. A. contra la Electrificadora de Cundinamarca S. A. Abogado Asistente: Dr. Ricardo Uribe Holguín.

PERTENENCIA. - **Prueba testimonial. Técnica de casación.** — Sentencia de 20 de abril de 1971. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Pasto, en el juicio ordinario promovido por Telmo Ramírez contra Emma Ruales de Villota. Abogado Asistente: Dr. Joaquín Moreno Pareja.

FILIACION NATURAL. - **Técnica de casación. Error de hecho en la apreciación de testimonios.** — Sentencia de 28 de abril de 1971. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Neiva, en el juicio ordinario promovido por María Violet Cuadrado o Camargo contra Gerardo y Beatriz Camargo. Abogado Asistente: Dr. Ricardo Uribe Holguín.

MANDATO. **Técnica de casación. Error de hecho.** — Sentencia de 29 de abril de 1971. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Moritz Katz e Irma Katz v. de Furth contra Juan y Berta Frankel. Magistrado Ponente: Dr. Alberto Ospina Botero.

FILIACION NATURAL. - **Nulidad por falta de citación. Los arts. 10 y 11 del C. de P. P. y 231 del C. P. no son normas sustanciales. Error de derecho: deben señalarse las normas de valoración probatoria violadas.** — Sentencia de 30 de abril de 1970. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Cecilia Motta de Ospina y otro contra Isabel Guzmán Angulo v. de Durán y otra. Magistrado Ponente: Dr. Germán Giraldo Zuluaga.

LESION ENORME. - **Técnica de casación: cargo por interpretación errónea. Error de derecho.** — Sentencia de 3 de mayo de 1970. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Buga, en el juicio ordinario promovido por Wilson Antonio Masso Correa contra Ilse Masso Correa de Sierra. Magistrado Ponente: Dr. Ernesto Cediel Angel.

FILIACION NATURAL. - **Las partidas del estado civil se presumen auténticas. Nulidad por ilegitimidad de personería.** — Sentencia de 4 de mayo de 1970. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Neiva, en el juicio ordinario promovido por Esperanza Cuadrado contra Gerardo y Beatriz Camargo. Abogado Asistente: Dr. Ricardo Uribe Holguín.

REIVINDICACION DE CUOTA PROINDIVISO. — Sentencia de 6 de mayo de 1970. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en el juicio ordinario promovido por Ana María Ospina vda. de Echeverri Velásquez y otros contra Mery Echeverri de Serna. Magistrado Ponente: Dr. Alfonso Peláez Ocampo.

COLISION DE COMPETENCIA. - **No pueden suscitarse de oficio y tampoco antes de notificada la demanda.** — Providencia de 14 de mayo de 1970. Se abstiene de decidir la colisión de competencia entre el Juez Civil de Menores de Armenia y el Promiscuo de Menores de Pereira en el juicio que Elvia Mahecha de Sánchez propuso contra José Miguel Sánchez. Magistrado Ponente: Dr. Ernesto Cediel Angel.

FILIACION NATURAL. - **Error de derecho.** — Sentencia de 12 de mayo de 1970. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cúcuta, en el juicio ordinario promovido por Luis Eduardo Romero frente a la sucesión de Elio Méndez V. Magistrado Ponente: Dr. Germán Giraldo Zuluaga.

RECURSO DE HECHO. - Cuantía para recurrir en casación. — Providencia de 25 de mayo de 1970. Concédese el recurso de casación proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio ordinario de "Estrada Hermanos S. A." contra Roberto y Lizardo Vélez. Magistrado Ponente: Dr. Humberto Murcia Ballén.

FILIACION NATURAL (Técnica). — Sentencia de 19 de marzo de 1970. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Anserma en el juicio ordinario promovido por Silvio Arroyave Escudero contra Luis Hernando Ramírez. Magistrado Ponente: Dr. Germán Giraldo Zuluaga.

RESOLUCION DE LA VENTA POR FALTA DE PAGO DEL PRECIO. - Técnica de casación: error de hecho y error de derecho. Sentencia de 31 de mayo de 1970. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio en el juicio ordinario de Javiela del Carmen Fernández de Zapata contra Josefina Godoy de Londoño. Magistrado Ponente: Dr. Alfonso Peláez Ocampo.

FILIACION NATURAL. - Técnica de casación: son diferentes las violaciones de la ley por vía directa e indirecta. Testimonios: su apreciación corresponde al sentenciador de instancia. — Sentencia de 31 de mayo de 1970. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de San Gil, en el juicio ordinario promovido por José de la Cruz Forero contra Cristina Nova vda. de Barrera y otra. Abogado Asistente: Dr. Joaquín Moreno Pareja.

FILIACION NATURAL. - Causal 4ª nulidad (Dcto. 528/64). Debe señalar la causal de nulidad y los hechos. Error de hecho y de derecho. — Sentencia de 31 de mayo de 1970. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio de Amparo de la Cruz Arias contra Margarita Osorio v. de Sierra y otros. Magistrado Ponente: Dr. Ernesto Cediel Angel.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. - Nulidades son taxativas. Quebranto de la ley por vía directa o por vía indirecta. Los arts. 622, 698 y 699 del C. de P. C. no son normas sustanciales. — Sentencia de 1º de junio de 1970. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Buga, en el juicio ordinario promovido por Claude F. Regnier contra la entidad "Fumigaciones Alisal S. A.". Abogado Asistente: Dr. Humberto Murcia Ballén.

NULIDAD DE LA VENTA. - Técnica de casación: errores de valoración probatoria. Sentencia de 7 de junio de 1971. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio ordinario promovido por Ana Felisa Tamayo Arango contra Leonidas Hernández Tamayo y otros. Magistrado Ponente: Dr. José María Esguerra Samper.

RECURSO DE HECHO. - Previamente ha de determinarse la cuantía del interés para recurrir. — Providencia de 8 de junio de 1971. La Corte se abstiene de resolver el recurso de hecho. Magistrado Ponente: Dr. Aurelio Camacho Rueda.

FILIACION NATURAL. - Técnica de Casación. — Sentencia de 15 de junio de 1971. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el juicio ordinario promovido por Inés Vargas y otros contra Rafael Mejía Mejía. Magistrado Ponente: Dr. Alfonso Peláez Ocampo.

FILIACION NATURAL. - Ilegitimidad ad processum. Técnica de casación. — Sentencia de 22 de junio de 1971. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Palmira en el juicio ordinario promovido por Nubia Cabal y otros contra Clelia Orejuela de Serrano. Magistrado Ponente: Dr. José María Esguerra Samper.

FILIACION NATURAL. — Sentencia de 22 de junio de 1971. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio ordinario promovido por Germán Velásquez contra María Helena Velásquez y otros. Magistrado Ponente: Dr. Humberto Murcia Ballén.

FILIACION NATURAL. - En fallo inhibitorio no hay incongruencia. Técnica. Error de hecho y de derecho. — Sentencia de 22 de junio de 1971. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Espinal, en el juicio

ordinario promovido por Pablo Emilio Oviedo y otros contra Leonor García vda. de Ortegón y otros. Magistrado Ponente: Dr. Alfonso Peláez Ocampo.

FILIACION NATURAL. — **Nulidad. Por falta de citación o emplazamiento.** — CASA la proferida por el Tribunal Superior de Facatativá, en el juicio ordinario promovido por Cornelio Martínez y otros contra María Isaura Ovalle y otros. Magistrado Ponente: Dr. Alfonso Peláez Ocampo.

SALA LABORAL

CASACION (Técnica). — La Corte por sentencia de 2 de abril de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Gilberto Montalvo Salcedo contra Aerovías Nacionales de Colombia Avianca. Magistrado Ponente: Dr. Juan Benavides Patrón.

PENSION ESPECIAL O PENSION SANCION. — La Corte por sentencia de 2 de abril de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta en el juicio de Leopoldo Corvacho contra la Compañía Frutera de Sevilla. Magistrado Ponente: Dr. José Enrique Arboleda Valencia.

CASACION (Técnica). — La Corte por sentencia de 2 de abril de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Luis Adán Muñetón Jaramillo contra Ferrocarriles Nacionales de Colombia. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Córdoba Medina.

MEDIO NUEVO EN CASACION. — La Corte por sentencia de 12 de abril de 1971, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena en el juicio de Manuel Antonio Alvarez Narváez contra la Empresa Walter Held. Magistrado Ponente: Dr. José Eduardo Gnecco C.

TRANSITO DE PROCEDIMIENTOS. — La Corte por sentencia de 13 de abril de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de José Bernardo Ossa contra la Sociedad Aerovías Nacionales de Colombia S. A. Avianca. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Gaviria Salazar.

CASACION (Técnica). — La Corte por sentencia de 15 de abril de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Javier Londoño M. contra la Sociedad Textiles Jacquard Ltda. Ponente: Abogado Asistente: Dr. Rafael Suárez Poveda.

CASACION (Técnica). — La Corte por sentencia de 15 de abril de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Hans Bartels contra la Sociedad Sika Ltda. Magistrado Ponente: Dr. José Eduardo Gnecco C.

CASACION (Técnica). — La Corte por sentencia de 19 de abril de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Alvaro Blanco Martínez contra Alvaro Ceballos Arboleda. Magistrado Ponente: Dr. José Eduardo Gnecco C.

CASACION (Técnica). — La Corte por sentencia de 21 de abril de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en el juicio de Miguel Sánchez París contra la Sociedad Pan American Life Insurance Company. Ponente: Abogado Asistente, Dr. Rafael Arturo Linares.

CASACION (Técnica). — La Corte por sentencia de 28 de abril de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Luis Humberto Cáceres contra la Flota Mercante Gran Colombiana S. A. Ponente: Abogado Asistente, Dr. Rafael Arturo Linares O.

COMPETENCIA. — La Corte por sentencia de 29 de abril de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio de José Joaquín Gómez Prieto contra el Instituto Geográfico "Agustín Codazzi". Ponente: Abogado Asistente, Dr. Juan Manuel Gutiérrez Lacouture.

RECURSO DE HECHO. — La Corte, por providencia de 30 de abril de 1971. DECLARA BIEN DENEGADO por el Tribunal Superior de Santa Marta, el recurso de casación interpuesto por el apoderado judicial de Alvaro Rangel Durán, en el juicio promovido por éste contra la "Singer Serving Machine Company. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Gaviria Salazar.

CASACION (Técnica). — La Corte por sentencia de 4 de mayo de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Pablo Enrique Pinilla Forero contra la Sociedad Acerías Paz del Río S. A. Ponente: Abogado Asistente, Dr. Arturo Linares Ortega.

CASACION (Técnica). — La Corte por sentencia de 6 de mayo de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio de Juan Ferrer Ferrer contra Luisa Tobón vda. de Giraldo, a Alfonso Giraldo Tobón, a Dolly L. Giraldo Tobón y a la menor María Luisa Giraldo Tobón Ponente: Abogado Asistente, Dr. Mario Barrios M.

CASACION (Técnica). — La Corte por sentencia de 13 de mayo de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Héctor Cuartas contra la Sociedad en liquidación Transportes Arango Limitada y solidariamente a sus socios liquidadores Israel Maya Ortiz y Carlos Arango H. Ponente: Abogado Asistente, Dr. Rafael Suárez Poveda.

CASACION (Técnica). — La Corte por sentencia de 13 de mayo de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Luis Alberto Pabón Mora contra la Fábrica de Galletas y Confites Noel S. A. Ponente: Abogado Asistente, Dr. Arturo Linares Ortega.

CASACION (Técnica). — La Corte por sentencia de 19 de mayo de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio de Octavio Bedoya Martínez contra la Sociedad Almacenes Generales de Depósito de Café (Almacafé). Magistrado Ponente: Dr. Juan Benavides Patrón.

CASACION (Técnica). — La Corte por sentencia de 21 de mayo de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Richard Phillips contra la Texas Petroleum Company. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Gaviria Salazar.

CASACION (Técnica). — La Corte por sentencia de 21 de mayo de 1971. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Manuel Antonio Castillo López o López Castillo contra la Empresa Puertos de Colombia. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Córdoba Medina.

CASACION (Técnica). — La Corte por sentencia de 21 de mayo de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Víctor Martínez Efre contra la Empresa Puertos de Colombia - Puerto Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Gaviria Salazar.

INDEMNIZACION MORATORIA. - Artículo 65 del C. S. del T. — La Corte por sentencia de 24 de mayo de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Gustavo Rueda Ordóñez contra el Banco Cafetero. Magistrado Ponente: Dr. Miguel Angel García B.

BUENA FE PATRONAL. — La Corte por sentencia de 28 de mayo de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el juicio de Marino Salvatore Marino contra la Sociedad Ladrillera del Cauca S. A. Magistrado Ponente: Dr. José Eduardo Gnecco C.

INTERES JURIDICO PARA RECURRIR EN CASACION. — La Corte por providencia de 31 de mayo de 1971, NO ADMITE el recurso de casación interpuesto por el señor Fernando Campo, en el juicio que le adelantó el señor José Alejandro Narváez Nar-

váez. Magistrado Ponente: Dr. Miguel Angel García B.

CASACION (Técnica). — La Corte por sentencia de 31 de mayo de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Noé Pinzón Molano contra el Instituto Colombiano de Seguros Sociales. Magistrado Ponente: Dr. José Enrique Arboleda Valencia.

ERROR DE HECHO. — La Corte por sentencia de 16 de junio de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Hernán Ferro Villegas contra la Sociedad "Agencia de Automóviles Ltda." (Agenciauto). Magistrado Ponente: Dr. Jorge Gaviria Salazar.

CASACION (Técnica). — La Corte por sentencia de 21 de junio de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Miguel Guáqueta Chala contra la Sociedad Editorial Argos Limitada. Magistrado Ponente: Dr. Miguel Angel García B.

CASACION (Técnica). — La Corte por sentencia de 23 de junio de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio en el juicio de Nohora Yolanda Martínez de Rojas contra Víctor Ramón Machado. Magistrado ponente: Dr. Alejandro Córdoba Medina.

CASACION (Técnica). — La Corte por sentencia de 23 de junio de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona en el juicio de Josué Benjamín Fernández V. contra la Cooperativa de Transportes Nacionales de Pamplona Limitada "Cotranal". Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Córdoba Medina.

CASACION (Técnica). — La Corte por sentencia de 28 de junio de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Joaquín Tobón Duque contra la Sociedad "Inés Restrepo Vda. de Escobar & Cía. E. S. C., o Inés Restrepo Vda. de Escobar & Cía. en comandita simple, representada por Inés Restrepo como gestora principal o por el Dr. Jorge Gutiérrez y a los señores Alfredo Tobón White e Inés Retrepo Vda. de Escobar. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Gaviria Salazar.

CONCILIACION Y CONFESION. — La Corte por sentencia de 30 de junio de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva en el juicio de Tomás Valderrama contra Pablo Castaño. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Gaviria Salazar.

INDICE

SALA CIVIL

Páginas

SIMULACION ABSOLUTA. — *Interés del cónyuge y de sus causahabientes universales para demandarla. — Heredero testamentario. — Prueba de su personería.* — Sentencia de 11 de enero de 1971. — CASA la proferida por el Tribunal Superior de Guateque en el juicio ordinario que promovió Cayo Piñeros y otra contra Pedro Pablo Bermúdez y otros. — Abogado Asistente Dr. Ricardo Uribe Holguín 5

SEPARACION DE BIENES. — *Causales positivas y negativas; su prueba.* — Sentencia de 13 de enero de 1971. — CASA la proferida por el Tribunal Superior de Pasto en el juicio ordinario promovido por Graciela Bonilla contra José Félix Jurado de la Rosa. — Magistrado Ponente Dr. José María Esguerra Samper 18

ACCION POSESORIA. — *Litisconsorcio, personería e inepta demanda tienen naturaleza jurídica propias y producen consecuencias distintas. — Casación. — Requisitos de la demanda.* Sentencia de 15 de enero de 1971. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Roberto Fernández contra Elvira Fernández de Delgado. — Magistrado Ponente Dr. José María Esguerra Samper 26

NULIDAD DE LA VENTA. — *Presupuestos procesales. — La ausencia del presupuesto de capacidad para ser parte o el de demanda en forma no vicia de nulidad la actuación. — Incongruencia. — Interés en alegarla. — Escritura pública. — Cómo desvirtuar su mérito probatorio.* — Sentencia de 21 de enero de 1971. — CASA la proferida por el Tribunal Superior de Zipaquirá en el juicio ordinario promovido por Inocencio Castillo Castillo contra Blanca Castillo Arias. — Magistrado Ponente Dr. Ernesto Cediel Angel 33

NULIDAD DE LA VENTA DE BIENES EN LITIGIO. — *Objeto ilícito. — Restituciones mutuas. — Elemento "a sabiendas"; La inscripción en el registro no hace presumir su conocimiento general.* — Sentencia de 22 de enero de 1971. — CASA la proferida por el Tribunal Superior de Popayán en el juicio ordinario promovido por Benigno Antonio Ríos Osorio contra Rosa Berenice Burbano Ibarra de Santacruz y otra. — Abogado Asistente Dr. Alberto Ospina Botero 42

FILIACION NATURAL. — *La competencia no se pierde por haberse conferido comisión. — El art. 597 del C. Judicial no es norma de valoración probatoria.* — Sentencia de 26 de enero de 1971. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Tunja en el juicio ordinario promovido por Gloria Nelly ó Hersilia Ruiz contra Saúl González ó Flórez. — Magistrado Ponente Dr. Germán Giraldo Zuluaga 53

RECURCO DE HECHO. — *Separación de bienes. — Inadmisibilidad del recurso de casación.* — Providencia de 27 de enero de 1971. — Proferida por el Tribunal Superior de Manizales en el juicio especial promovido por Elvira Escobar de Mesa frente a Jesús Mesa Pérez. — Magistrado Ponente Dr. Germán Giraldo Zuluaga 57

RENDICION DE CUENTAS. — *Exoneración de rendir cuentas o de documentarlas.* —

Páginas

Elementos esenciales del mandato. — Partidas importantes, su calificación. — Objeciones a las cuentas; objeto de la litis; carga de la prueba, oportunidad de presentarla. — Los arts. 1501, 1618, 1621 y 2143 no son normas sustanciales. — El mandato comercial y el judicial son por su naturaleza remunerados. — Sentencia de 4 de febrero de 1971. — CASA la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla en el juicio ordinario promovido por William A. Traad, Lulú Traad Atta y Selma Traad Naar, contra Julio A. Traad Z. — Magistrado Ponente Dr. Germán Giraldo Zuluaga 60

FILIACION NATURAL. — *Coadyuvancia. — Facultades del coadyuvante en el proceso. — Capacidad jurídica y capacidad legal; capacidad para ser parte y capacidad procesal. — Guardas; Tutela y curatela.— Curaduría de bienes: No confiere la representación extrapatrimonial del propietario.* — Sentencia de 5 de febrero de 1971. — CASA la proferida por el Tribunal *Superior de Bogotá, en el juicio ordinario* promovido por Blanca Imelda Peña de Alvarez contra Abelardo Dallos Córdoba. — Abogado Asistente Dr. Humberto Murcia Ballén 82

FILIACION NATURAL. — *Incongruencia. — No la hay en fallo inhibitorio. — Presupuesto procesal. — La falta de prueba de la calidad de herederos del demandante o del demandado constituye ausencia del presupuesto procesal de capacidad para ser parte y no falta de la legitimación en la causa. — Prueba del estado civil. — No es admisible la de confesión.* — Sentencia de 9 de febrero de 1971. — NO CASA la *proferida por el Tribunal Superior de* Espinal, en el juicio ordinario promovido por Ernesto Tautiva y otros contra Luis Alfredo Ortiz Lozano y otros. — Magistrado Ponente Dr. Alberto Ospina Botero 91

OBJECIONES A LA PARTICION. — *Incidente que regula el art. 1151 del C. Judicial. — Partición. — Cuando se demanda la división de un fundo implícitamente se pide la de los demás bienes que lo integran.* — Sentencia de 15 de febrero de 1971. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Tunja, en el juicio ordinario promovido por Antonio José Malagón contra Isabel Malagón vda. de Contreras. — Magistrado Ponente Dr. Germán Giraldo Zuluaga 97

FILIACION NATURAL. — *Instrumentos públicos y documentos privados. — Prueba testimonial. — En su apreciación debe predominar la persuasión personal sobre la tarifa legal rígida.* — Sentencia de 18 de febrero de 1971. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Luis Alberto Rodríguez contra el Distrito Especial de Bogotá. — Magistrado Ponente Dr. José María Esguerra Samper 101

SOCIEDAD DE HECHO. — *Puede surgir de dos maneras. — La nulidad contractual no tiene cabida en las sociedades formadas por los hechos. — Establecida su existencia puede pedirse su liquidación.* — Sentencia de 22 de febrero de 1971. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Manizales en el juicio ordinario promovido por Gustavo Herrera Llano frente a Fabio Llano. — Magistrado Ponente Dr. Guillermo Ospina Fernández .. 113

NULIDAD DE DONACIONES POR FALTA DE INSINUACION. — *Diligenciamiento de la prueba. — Oportunidad de allegarla al proceso. Ilegitimación en la causa, no conduce a fallo inhibitorio. Transacción. Acumulación de acciones.* — Sentencia de 22 de febrero de 1971. — CASA la proferida por el Tribunal Superior de Guateque en el juicio ordinario promovido por Carlos Moreno Sánchez y otro frente a José del Carmen López y otros. — Abogado Asistente Dr. Humberto Murcia Ballén .. 123

SIMULACION. — *Corrección de la demanda. Apoderado. Facultades. Su personería no surge del auto que lo reconoce.* — Sentencia de 24 de febrero de 1971. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Socorro en el juicio ordinario promovido por Félix Argüello Villarreal contra Ale-

Páginas

jandro Gómez Pinilla. — Abogado Asistente Dr. Ricardo Uribe Holguín 138

CONTRATO DE TRANSPORTE. — *Solo el consignatario puede exigir al transportador la entrega de las mercaderías ya transportadas.* — Sentencia de 24 de febrero de 1971. — CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Acerías Paz del Río S. A. contra Ferrocarriles Nacionales de Colombia. — Abogado Asistente Dr. Ricardo Uribe Holguín 144

NULIDAD DEL JUICIO DE VENTA Y DEL REMATE. — *Remate. — Su nulidad como acto procesal. Dictamen pericial. Formalidades necesarias para ser apreciado como prueba.* — Sentencia de 8 de marzo de 1971. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Jorge Fernández Parra contra Luis Arévalo Bayona. — Abogado Asistente Dr. Humberto Murcia Ballén 152

ARRENDAMIENTO.—*Incongruencia. Es en la parte resolutiva del fallo donde debe buscarse.* — Sentencia de 9 de marzo de 1971. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el juicio ordinario promovido por Enrique Naranjo Solís contra Allsworth Goldstein. — Magistrado Ponente Dr. Alberto Ospina Botero 161

PROMESA DE VENTA. — *Admisibilidad de pruebas en la inspección ocular. — Su resolución por incumplimiento.* — Sentencia de 17 de marzo de 1971. — CASA la proferida por el Tribunal Superior de Garzón, en el juicio ordinario promovido por Clímaco Salgado contra Marcos Meneses Gaviria y otros. — Magistrado Ponente Dr. Ernesto Cediel Angel 167

FILIACION NATURAL. — *La calidad de heredero no puede demostrarse con certificación del juez.* — Sentencia de 18 de marzo de 1971. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Soatá en el juicio ordinario de Esther y Antonio Gómez contra María del Carmen Gómez y

Páginas

otro. — Magistrado Ponente Dr. Alberto Ospina Botero 176

REIVINDICACION. — *Casación técnica. — Cargos subsidiarios. — Los arts. 1759 del C. C. y el 603 del C. J. son normas de valoración probatoria y no sustanciales.* Sentencia de 24 de marzo de 1971. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio en el juicio ordinario promovido por Ovidio López contra Justo Vega Lizarazo. — Magistrado Ponente Dr. Germán Giraldo Zuluaga 180

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. — *Influencia del fallo penal en el proceso civil.* — Sentencia de 29 de marzo de 1971. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio en el juicio ordinario promovido por Alcides Torres Quintero contra Gregorio Reyes y otro. — Abogado Asistente Dr. Simón Carrejo 190

SIMULACION. — *Casación técnica. Normas sustanciales: los arts. 764, 765 y 768 no lo son. — Normas instrumentales: su violación única no lleva a la prosperidad del recurso.* — Sentencia de 29 de marzo de 1971. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Rionegro en el juicio promovido por José Jesús Hincapié Hernández y otros contra María Gemida Valencia y otros. — Magistrado Ponente Dr. Alfonso Peláez Ocampo 197

FILIACION NATURAL. — *Posesión notoria del estado de hijo natural: factores que la configuran, su prueba.* — Sentencia de 1º de abril de 1971. — CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Luz Marina Hernández contra Elvira Llaña de Jiménez y otro. Magistrado Ponente Dr. José María Esguerra Samper 208

PRESCRIPCION ADQUISITIVA. — *La posesión del usucapiente en el momento de constituirse la relación procesal no es presupuesto esencial de la acción petitoria de dominio.* — Sentencia de 1º de abril de 1971. — NO CASA la proferida por el

Páginas

Tribunal Superior de Tunja en el juicio ordinario instaurado por Carmen Sotelo v. de Castellanos contra María Teresa Buitrago Franco. — Abogado Asistente Dr. Humberto Murcia Ballén 220

FILIACION NATURAL. — *Prueba testimonial, debe someterse a la crítica racional.* — Sentencia de 2 de abril de 1971. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Ana Clotilde Ríos contra María Cecilia Vesga de Sánchez y otros. — Magistrado Ponente Dr. Ernesto Cediel Angel 227

FILIACION NATURAL. — *Técnica de casación. — Fallo inhibitorio cuando son varios los demandados. Peticiones subsidiaria y consecuencial.* — Sentencia de 2 de abril de 1971. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Palmira, en el juicio ordinario promovido por Cenaida Piedrahita y otras contra Celmira Núñez y otros. — Magistrado Ponente Dr. Germán Giraldo Zuluaga 237

RESOLUCION DE LA COMPRA. — VENTA DE UN VEHICULO. — *Técnica de casación; el art. 1849 no es norma sustancial.* Sentencia de 3 de abril de 1971. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio en el juicio ordinario promovido por "Casamotores de los Llanos Ltda." contra Gustavo Céspedes.— Magistrado Ponente Dr. Alfonso Peláez Ocampo 247

COLISION DE COMPETENCIA. — *Solo puede proponerse cuando existe juicio.*— Providencia de 19 de abril de 1971. Resuelve la colisión de competencia, ejecutada por la sociedad "Mercantil del Caribe Ltda. (Caribesa) contra "Leonidas Lara e Hijos". — Abogado Asistente Dr. Humberto Murcia Ballén 252

LESION ENORME. — *La escritura pública, aun sin registro, prueba plenamente, entre las partes el contrato de compraventa. Los arts. 673, 756 y 759 del C. C., no son normas sustanciales. Lesión enorme en la venta de gananciales.* — Sentencia de 19 de abril de 1971. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Guateque en el juicio ordinario promovido por María Suárez de Moreno contra Cecilio Fernández Lozano. — Magistrado Ponente Dr. Alfonso Peláez Ocampo 256

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS DRS. ERNESTO CEDIEL ANGEL Y GUILLERMO OSPINA FERNANDEZ, al fallo anteriormente publicado 264

FILIACION NATURAL. — *Posesión notoria, es más que un medio de prueba, una situación de hecho.* — Sentencia de 19 de abril de 1971. — CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Edmundo y Alberto Quiñones contra Ignacio Eugenio Rodríguez o Quiñones y otra. — Magistrado Ponente Dr. Alfonso Peláez Ocampo .. 270

SIMULACION. — *Cuándo la ejercita el heredero jure hereditario y cuándo jure proprio. — Error de derecho.* — Sentencia de 21 de abril de 1971. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Girardot, en el juicio ordinario promovido por María Mónica Rodríguez de Díaz contra Victoria Campos Olaya. — Magistrado Ponente Dr. Germán Giraldo Zuluaga 282

CASACION. — CALIFICACION PREVIA DE LA DEMANDA. — *Incompetencia de jurisdicción. — Es causal de nulidad y no motivo para producir fallo inhibitorio.*— Providencia de 23 de abril de 1971. — Declara DESIERTO el recurso interpuesto por el actor en el juicio de Luis Carlos Salazar Salamanca contra Manuel Antonio Torres M. — Magistrado Ponente Dr. Guillermo Ospina Fernández 295

SEPARACION DE BIENES. — *Puede promoverla cualquiera de los cónyuges. — La nulidad o inexistencia del matrimonio no puede debatirse en juicio de separación de bienes. — Prueba de profesar la religión católica. — Estado civil. Las actas del registro del estado civil son prueba del matrimonio tanto católico como el civil.* —

Páginas

Sentencia de 27 de abril de 1971. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario promovido por Rosa Fuenmayor Ovadía contra Nissin Amón Elie. — Magistrado Ponente Dr. José María Esguerra Samper .. 299

SIMULACION. — *La compra hecha por el procurador para sus representados sin provisión de fondos de estos, no constituye simulación, ni donación, sino acreencia del primero contra los últimos en virtud de estipulación para otro.* — Sentencia de 29 de abril de 1971. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio ordinario promovido por Inés Castrillón de Vélez frente a Octavio Londoño Isaza y otros. — Magistrado Ponente Dr. Guillermo Ospina Fernández 308

FILIACION NATURAL. — *Petición de herencia. — No se requiere que el demandado ocupe materialmente especies del acervo hereditario.* — Sentencia de 3 de mayo de 1971. — CASA la proferida por el Tribunal Superior de Pamplona, en el juicio promovido por Pascuala Villamizar Portilla contra José Angel Villamizar y otra. — Magistrado Ponente Dr. Ernesto Cediel Angel 317

ARRENDAMIENTO. — *Restitución del bien arrendado. — Baldíos. — El juicio de oposición a su adjudicación es controversia entre particulares en que no es parte la Nación.* — Sentencia de 8 de mayo de 1971. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio, en el juicio ordinario instaurado por Isabel Rubio de Forero Navas contra Eliseo Guamán Sandoval. — Abogado Asistente Dr. Humberto Murcia Ballén 327

FILIACION NATURAL. — *Testigos sospechosos de parcialidad. — Declaraciones. — Ratificación.* — Sentencia de 8 de mayo de 1971. — CASA la proferida por el Tribunal Superior de Garzón en el juicio ordinario de Priscila Fernández de Reyes contra Soledad Penagos vda. de Gómez y otra. — Magistrado Ponente Dr. Alberto Ospina Botero 336

Páginas

RENDICION DE CUENTAS. — *El secuestre debe rendir cuentas al adjudicatario o rematador.* — Sentencia de 21 de mayo de 1971. — CASA la proferida por el Tribunal Superior de Espinal en el juicio especial seguido por Ernesto Pabón Camacho contra Agustín Gutiérrez. — Abogado Asistente Dr. Humberto Murcia Ballén 348

CALIDAD DE HEREDERO. — *La falta de prueba de la calidad de heredero, cuando actúa como tal, no constituye ausencia de legitimación en causa, sino del presupuesto procesal de capacidad para ser parte.* — Sentencia de 31 de mayo de 1971. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Palmira, en el juicio ordinario promovido por Carmen Elena Cifuentes contra Rafael Arango Tenorio y otras. Magistrado Ponente Dr. Germán Giraldo Zuluaga 355

REFORMATIO IN PEJUS. — *Su acusación en el recurso extraordinario solo procede por la causal primera de casación. — Legitimación en causa. — Su ausencia conduce a fallo de fondo y no inhibitorio.* — Sentencia de 3 de junio de 1971. — NO CASA la proferida por el Tribunal de Bogotá, en el juicio promovido por Argemira Meléndez v. de González contra Miguel González y otra. — Magistrado Ponente Dr. Ernesto Cediel Angel 359

REVISION DE SENTENCIA DEL JUEZ DE MENORES. — *Retractación de declaraciones hechas en documento.* — Setencia de 3 de junio de 1971. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio instaurado por Alberto Jaramillo Uribe contra la menor María Elena o Patricia Elena Rodríguez. Magistrado Ponente Dr. José María Esguerra Samper 367

RESOLUCION DE LA VENTA. — *Condiciones de la acción resolutoria. — Enriquecimiento sin causa. — Acción resolutoria y desistimiento.* — Sentencia de 9 de junio de 1971. — CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cartago en el juicio

Páginas

promovido por Antonio María Gutiérrez Aguilar contra Jorge Restrepo Idárraga y y otro. — Abogado Asistente Dr. Ricardo Uribe Holguín 373

NULIDAD DEL REMATE. — *Pluralidad de partes. Litisconsorcio necesario y litisconsorcio facultativo o voluntario. — Remate. Su nulidad. — Como compraventa o acto civil y como acto o diligencia procesal. — Heredero. Se requiere la aceptación de la herencia para adquirir la calidad de heredero.* — Sentencia de 14 de junio de 1971. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio promovido por Julio Calderón Barriga frente a Hernando Devis Echandía y otros. — Magistrado Ponente Dr. Humberto Murcia Ballén 384

ARRENDAMIENTO. — *Incongruencia. — Técnica de casación. Violación directa o indirecta. Error de hecho y de derecho.*— Sentencia de 30 de junio de 1971. — NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el juicio ordinario promovido por Alfonso Syro y otro contra Fermín Ospina Gómez. — Magistrado Ponente Dr. Ernesto Cediel Angel 393

SALA PENAL

VALOR PROBATORIO DEL TESTIMONIO DEL OFENDIDO. — *La Corte adiciona y aclara su anterior doctrina, en el sentido do que el dicho del ofendido, haya denunciado o no el hecho delictuoso de una manera personal y háyase constituído o no en parte civil, cuando depone, es un testigo y su versión ha de apreciarse conforme a los principios consagrados en el artículo 224 del Código de Procedimiento Penal, no pudiéndose admitir que ese testigo sea favorecido con una aceptación calificada, cuando se limita a señalar la persona del ofensor, así se trate de testigo único.* — La Corte, por auto de 1º de febrero de 1971, sobresee definitivamente al Dr. Manuel del Río Angel, Fiscal Primero del Tribunal Superior de Villavicencio, por el delito de concusión. — Magistrado Ponente Dr. Luis Carlos Pérez 402

Páginas

CAUSAL PRIMERA DE CASACION. — *La técnica del recurso exige que cuando se trata de violación indirecta de la ley sustancial, por error de derecho en la consideración de los elementos de convicción, debe indicarse el precepto normativo de la prueba, que en sentir del demandante fue desconocido.* — Por sentencia de 5 de febrero de 1971, la Corte, *Desecha* el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de segunda instancia de 5 de mayo de 1970, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, por el procesado Francisco Betancurt Uribe, condenado por los delitos de falsedad en documentos y estafa. — Magistrado Ponente Dr. Luis Eduardo Mesa Velásquez 413

HOMICIDIO CONCAUSAL. — *Se entiende por concausa el hecho o circunstancia preexistente, concurrente o sobreviniente. que sin pertenecer a la acción contribuye a producir el resultado, o sea la muerte del ofendido. Presupuestos de esta figura delictiva en la legislación colombiana.* — Por sentencia de 15 de febrero de 1971, la Corte INVALIDA, la sentencia de 13 de diciembre de 1969 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, por la que se condenó a Luis Alcides Vega Holguín a 17 años de presidio por el delito de homicidio (asesinato) y en su lugar se le condena a 12 años de presidio por el mismo delito y a las accesorias de ley. — Magistrado Ponente Dr. Julio Roncallo Acosta 426

FALSEDAD EN DOCUMENTOS PUBLICOS. *Los delitos sociales son de carácter formal, no siendo necesaria para su consumación, que se logre el fin especial buscado, pero este fin no debe estar ausente de la intención de dañar o del ánimo de obtener provecho ilícito. Cuando se produce la falsedad en documentos a sabiendas de que es inocua, no se puede hablar que el funcionario la ejecutó "abusando de sus funciones".* — Por auto del 19 de febrero de 1971 la Corte, confirma el del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo de 30 de octubre de 1970, por el cual

Páginas

se sobreseyó al ex-juez Promiscuo Municipal de Yopal, señor Guillermo Díaz Estrada, por el delito de falsedad en documentos públicos. — Magistrado Ponente Dr. José María Velasco Guerrero 433

INDICIOS Y CONTRAINDICIOS. — *En unos y otros deben aparecer comprobados los hechos o circunstancias en que se fundan y la conclusión ha de ser única. Los indicios contingentes constituyen prueba semiplena o incompleta y varios indicios contingentes en ciertas circunstancias constituyen plena prueba.* — La Corte por sentencia de 1º de marzo de 1971, *desecha* el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado Fernando Montoya Ossa, contra la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, por la cual se condenó al responsable por el delito de peculado. — Magistrado Ponente Dr. Mario Alario Di Filippo 438

NULIDAD CONSTITUCIONAL. — *Se ratifica la doctrina de la Corte, de 27 de febrero de 1970, sobre las cuatro garantías, consagradas por el art. 26 de la Constitución Nacional, y en casación ha de invocarse una de esas garantías que ha sido quebrantada en el juzgamiento, cuando se invoca la nulidad supralegal.* — Por sentencia de 1º de marzo de 1971, la Corte desecha el recurso de Casación interpuesto por los procesados Héctor Gabriel Cáceres Bermúdez y Ramiro Vargas Bohórquez contra la sentencia de Segunda Instancia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga de 29 de mayo de 1970, por la cual los condenó como responsables del delito de homicidio a las penas de 16 y 20 años de presidio respectivamente. — Magistrado Ponente Dr. Mario Alario Di Filippo 454

DE LOS DELITOS DE REBELION Y SEDICION. — *Los constituyen el alzamiento en armas. La instigación para que se cometan estos delitos, es directa en el primero e indirecta en el segundo y la invitación a la rebelión o sedición ha de ser inequívoca, indubitable, seria y capaz de determinar a quienes está dirigida. La mera agitación política en contra del Gobierno no entraña la infracción del artículo 149 del C. P. La buena fe del funcionario que ordena la encarcelación de una persona, por error sustancial de derecho, lo releva de toda responsabilidad.* — Por auto de 5 de marzo de 1971, la Corte sobresee definitivamente al doctor Jorge Arango Mejía, ex-gobernador del Quindío por el delito de detención arbitraria. — Magistrado Ponente Dr. Mario Alario Di Filippo 465

ABUSO DE AUTORIDAD. — *Los errores en el procedimiento o en la forma de aplicar las normas que lo señalan para resolver un caso dado y aun en la aplicación de la ley sustancial, no permiten por sí solos, estructurar el elemento subjetivo del delito de abuso de autoridad.* — Por auto de 16 de marzo de 1971, la Corte confirma el auto de 3 de diciembre de 1970, por el cual el Tribunal Superior de Bucaramanga, sobreseyó a Esteban Arocha Díaz como Juez Municipal de Macaravita, por los delitos de abuso de autoridad y prevaricato. — Magistrado Ponente Dr. Mario Alario Di Filippo 476

NULIDADES. — *Decretada la nulidad procesal, mientras no se subsane el procedimiento, no puede el a-quo hacer pronunciamiento de fondo.* — Por auto de 16 de marzo de 1971, la Corte declara la nulidad de lo actuado en el proceso adelantado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, contra Efraín F. Mejía, en su condición de Juez Promiscuo Municipal de "El Charco" por el delito de abuso de autoridad. — Magistrado Ponente Dr. Mario Alario Di Filippo 480

ESTADO DE IRA E INTENSO DOLOR.— *Para que constituya la atenuante de responsabilidad de que trata el artículo 28 del Código Penal, debe calificarlo el jurado, como grave e injusto, pues no todo estado de ira o de intenso dolor conforme la atenuante antes citada.* — Por sentencia de 16 de marzo de 1971, la Corte Desecha el recurso extraordinario de Casación interpuesto por el procesado Tiberio

Páginas

Cartagena Arias, contra la sentencia de segunda instancia de 24 de agosto de 1970, del Tribunal Superior del Distrito de Villavicencio, por la cual lo condenó como responsable del delito de homicidio agravado. — Magistrado Ponente Dr. Mario Alario Di Filippo 481

AMNISTIA E INDULTO. — *La concesión de una y otra gracia, según nuestro sistema constitucional, corresponde al Congreso. La aplicación del indulto es privativa del Presidente de la República, en tanto que la amnistía, puede ser aplicada por las autoridades judiciales, pues la Carta, no dice quien debe aplicarla. La amnistía y el indulto fueron consagrados por los decretos legislativos 1823 y 2062 de 1964, para los delitos de carácter político cometidos sin atrocidad, antes del 1º de enero del año citado y aparejan similares consecuencias: la impunidad.* — Por auto de 23 de marzo de 1971, la Corte revoca el auto de 18 de septiembre de 1970 del Tribunal Superior Militar, por el cual se le concedía la gracia de amnistía al coronel retirado Luis Felipe Acosta Andrade y otros por el delito de múltiple homicidio. Magistrado Ponente Dr. Luis Eduardo Mesa Velásquez 487

IMPEDIMENTOS DE LOS AGENTES DEL MINISTERIO PUBLICO. — *Corresponde calificarlo al Juez o Magistrado respectivo y con la actuación de éste o aquel, aceptando o no el impedimento, termina el incidente. En esta forma se ratifica la doctrina de la Corte al respecto.* — Por auto de 31 de marzo de 1971 la Corte se abstiene de conocer del impedimento del Fiscal 2º del Tribunal Superior de Buga, el que fue declarado infundado por el Tribunal de Buga. — Magistrado Ponente Dr. Alvaro Luna Gómez 499

CASACION. — *Las causales de casación son taxativas y ni el demandante, ni la Corte pueden crearlas.* — Por sentencia de 31 de marzo de 1971, la Corte desecha el recurso extraordinario de Casación interpuesto por el procesado Manuel Montoya Vélez, contra la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior de Neiva, de 10 de agosto de 1970, por la cual lo condenó como responsable del delito de falsedad en documentos. — Magistrado Ponente Dr. Alvaro Luna Gómez 503

NULIDAD CONSTITUCIONAL. — *No la constituye el hecho de no recibir declaración en el proceso penal a una persona de seis años de edad y a otra de cuatro años, pues ello constituye una omisión que no afecta de manera sustancial la "observancia plena de las formas del juicio", porque por otros medios se realizó la investigación de los hechos.* — Por sentencia de 31 de marzo de 1971, la Corte, desecha el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior de Bogotá, el 13 de marzo de 1970, por la que se condenó a Adán González Bellián, por el delito de homicidio. — Magistrado Ponente Dr. Alvaro Luna Gómez 510

NULIDAD. — *La inobservancia de formalidades exigidas para la validez de un acto no genera nulidad sino inexistencia del mismo. La sanción de inexistencia consagrada en el artículo 39 del Decreto 1358 de 1964, (artículo 162 Decreto 409 de 1971), no es aplicable a la sentencia. El hecho de omitir en la sentencia la cita de las disposiciones legales en la forma en que lo ordena el artículo 159 del C. de P. P. (artículo 171 Decreto 409 de 1971), no es violatorio del artículo 26 de la Constitución Nacional, siempre que aparezca claramente determinado, el delito y el grado de responsabilidad del autor. La denominación de coautor que se de a un procesado que ha actuado en forma individual, es irrelevante jurídicamente, si del análisis y contexto del fallo se precisa la existencia de un autor único.* — Por sentencia de primero de abril de 1971, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto por el procesado Pedro José Galindo Ropero y su defensor contra la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior de Aduanas, por la cual lo condenó como responsable del delito de con-

Páginas

trabando a la pena principal de 28 meses de prisión. — Magistrado Ponente Dr. Luis Carlos Pérez 514

FALSEDAD DOCUMENTAL. — *Para que se estructure el delito de falsedad documental es necesario que concurran en el agente tanto la voluntad de inmutar la verdad, como la conciencia del daño real o potencial que pueda derivarse de su conducta. La ausencia de daño (real o potencial) hace inocua la falsedad.* — Por auto de 27 de abril de 1971 la Corte sobresee definitivamente al Dr. José Rafael Flórez, Juez Sexto Penal Municipal de Cúcuta, acusado por un delito de falsedad en documentos públicos. — Magistrado Ponente Dr. Mario Alario Di Filippo 521

DEBER DE DAR NOTICIA DE INFRACCIONES PENALES. — *La obligación de parte de los funcionarios o empleados públicos de dar noticia a las autoridades de posibles infracciones penales, está subordinada a la apreciación subjetiva que el funcionario tenga sobre la existencia del hecho y su ilicitud.* — Por auto del 28 de abril de 1971, la Corte, se *Abstiene* de abrir investigación en relación con la actuación del Dr. Julio Arboleda Valencia como Gobernador del departamento del Cauca, referente a la Comisión de un delito de concusión que se les imputa a los señores Leopoldo Muñoz y Antonio González Varona. — Magistrado Ponente Dr. Mario Alario Di Filippo 526

FALSEDAD DOCUMENTAL. — *La falsedad en documentos requiere el propósito de modificar su eficacia como medio de prueba. Esta modalidad delictual no puede imputarse a título de culpa.* — Con fecha 28 de abril de 1971, la Corte *Confirma* la providencia del Tribunal Superior de Cartagena, mediante la cual declara que los hechos atribuídos al Dr. Luis Carriazo Sampayo, Juez Superior de Magangué, no constituyen infracción penal. — Magistrado Ponente Dr. Humberto Barrera Domínguez 529

NULIDAD SUPRALEGAL. — TECNICA DEL RECURSO DE CASACION. — *Se ratifica la doctrina de la Corte, de 27 de febrero de 1970, sobre las cuatro garantías, consagradas en el artículo 26 de la Constitución Nacional. Al proponer en casación la nulidad supralegal debe precisarse y fundamentarse la garantía que se considere quebrantada durante el juzgamiento.* — Por sentencia de 30 de abril de 1971, la Corte *Desecha* el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de segunda instancia de 27 de agosto de 1970, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, por el procesado Luis Alfredo Rodríguez Cano, condenado por el delito de homicidio agravado. — Magistrado Ponente Dr. Mario Alario Di Filippo 531

CONCUSION. — *La Corte reitera su doctrina en relación al delito de concusión el cual puede realizarse explícita o implícitamente, según que el funcionario emplee coacción moral o maniobras engañosas.* — Por auto del 30 de abril de 1971 la Corte confirma el del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo de 27 de noviembre de 1970 por el cual llamó a responder en juicio criminal al ex-juez Promiscuo Municipal de Chámeza, señor Francisco Asís Hernández Poveda, sindicado por el delito de concusión. — Magistrado Ponente Dr. Mario Alario Di Filippo 535

NULIDAD. — *El no reconocer una circunstancia de atenuación en el auto enjuiciatorio no constituye nulidad por error en la denominación jurídica genérica de la infracción. — Cuando se propone la causal primera de casación debe expresarse el concepto de la violación de la ley sustancial y si ella se produjo en forma directa o indirecta.* — La Corte por sentencia del 11 de mayo de 1971 *desecha* el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado David Morales contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga de 14 de agosto de 1970, por la cual fue condenado el recurrente a la pena de ocho años de presidio, por el delito de homicidio. — Magistrado Ponente Dr. Luis Eduardo Mesa Velásquez 543

Páginas

CASACION. Su técnica. Causal 1ª — *Es erróneo e ilógico involucrar el cargo de violación directa de la norma sustancial en la argumentación que fundamenta la infracción indirecta, ya que estas dos formas de impugnación de la sentencia presupone 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. — No constituye nulidad supralegal el hecho de haberse dejado de recepcionar pruebas ordenadas oportunamente, ni tal circunstancia es obstáculo para la terminación del proceso.* — La Corte por sentencia del 11 de mayo de 1971 *desecha* el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado Jesús Salazar Castaño contra la sentencia del Tribunal del Distrito Judicial de Manizales, que lo condenó a la pena de ocho años de presidio, como responsable del delito de homicidio, en la persona de Eduardo Alfonso Valencia Vargas. — Magistrado Ponente Dr. Mario Alario Di Filippo 550

INDICIOS. — *Los indicios no son solo objeto de prueba, sino medios probatorios con naturaleza y valoración específicos. — Se entiende por indicio grave aquel en el cual existe entre el hecho causal y el consecuencial un nexo probable y no meramente posible. — La Corte aclara su doctrina anterior en el sentido de que el indicio no comporta una simple apreciación subjetiva del intérprete, sino que constituye una situación concreta de donde se deduce otra de la misma naturaleza, mediante un proceso lógico de interpretación. — Los indicios morales se refieren a las condiciones personales del infractor.* Por auto del 26 de mayo de 1971 la Corte *revoca* el auto del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, y en consecuencia ordena la detención preventiva del procesado Alfredo Sánchez Coca, Juez Promiscuo Municipal de Borbur, por un delito contra la Administración Pública.— Magistrado Ponente Dr. Luis Carlos Pérez 557

Páginas

ADMISION DE LA DEMANDA DE PARTE CIVIL. — *La admisión de la demanda de parte civil corresponde hacerla al juzgado de conocimiento. — El Juez de Instrucción puede admitirla cuando el Juez Competente aún no ha conocido del proceso. No se puede comisionar para tal actuación procesal.* — La Corte por medio auto de 29 de mayo de 1971 *no repone* el auto de 2 de abril del mismo año, por medio del cual declaró nulos los autos de 30 de noviembre y de 9 de diciembre de 1970 y ordena devolver el proceso al Tribunal Superior de Barranquilla. — Magistrado Ponente Dr. Luis Enrique Romero Soto .. 562

GIRO DE CHEQUES SIN PROVISION DE FONDOS. — *Es competente para conocer de este delito el Juez del lugar en que se emitió, entregó o transfirió el instrumento. Por tratarse de un delito pluriofensivo que afecta varios bienes jurídicos, innominado, especial y "sui generis" la competencia radica en el Juez Penal del Circuito, cualquiera que sea su cuantía.* — La Corte por auto de 5 de junio de 1971, DIRIME la colisión de competencia negativa planteada, entre los Jueces Penales Municipales Primero de Ibagué y treinta y seis de Bogotá, en el sentido de declarar que el conocimiento del proceso corresponde al Juez Penal del Circuito (Reparto) de Bogotá. — Magistrado Ponente Dr. Luis Enrique Romero Soto 565

NULIDAD. — *Los jurados principales y suplentes tienen la misma categoría de acuerdo con la ley. En consecuencia el hecho de no notificar o reemplazar un jurado principal para el acto de la audiencia pública no produce nulidad de ninguna naturaleza.* — La Corte, por sentencia de 7 de junio de 1971, *desecha* el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado Eulogio García Gutiérrez, contra la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, por la cual condenó al responsable a la pena principal de ocho años de presidio, por el delito de homicidio. — Magistrado Ponente Doctor Luis Carlos Pérez 569

Páginas

ADECUACION TIPICA DE LA CONDUCTA DENOMINADA COMUNMENTE "RAPONAZO". — *Delito de robo, elementos estructurales. — Alcance del término violencia física ejercida sobre las cosas o las personas. — Ausencia en la legislación penal colombiana de un tipo delictivo especial donde se adecúe la conducta denominada comúnmente "raponazo". — Presupuestos básicos que debe tener en cuenta el juzgador para determinar si el hecho de desposeer al sujeto pasivo de la infracción de las cosas muebles que porta o lleva encima constituyen Robo o Hurto.* Con fecha 14 de junio de 1971, la Corte desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, que condenó a José Ignacio Latorre como responsable del delito de Hurto. — Magistrado Ponente Doctor Humberto Barrera Domínguez 574

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR EFREN OSEJO PEÑA 589

IMPEDIMENTOS. — *No es causal de impedimento la amistad íntima o la enemistad grave entre el Juez o Magistrado con el apoderado o defensor que ya no es parte en el juicio. La Corte reitera su anterior doctrina en relación al impedimento por parentesco el cual tiene carácter permanente a pesar de que el defensor o apoderado haya hecho dejación del cargo, cuando su actuación ha sido sustancial en el proceso.* — La Corte, por auto de 17 de junio de 1971, *declara infundado* el impedimento manifestado por el Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, doctor Pedro Elías Serrano Abadía, en el proceso seguido contra Luis Carlos Caicedo Valencia por el delito de Homicidio en José Delmiro Cabezas.—Magistrado Ponente Doctor Alvaro Luna Gómez 594

ESTADO DE IRA E INTENSO DOLOR.— *La Corte reitera su doctrina en el sentido de que la atenuante de ira e intenso dolor procede cuando es causada por grave e injusta provocación y así deben reconocerlo expresamente los Jueces Populares.*

Páginas

La Corte, por sentencia de 28 de junio de 1971, *Invalida* parcialmente, la sentencia de 21 de marzo de 1968, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, por la que se condenó a Jorge Antonio Claro Pérez a 30 meses de presidio por el delito de homicidio y en su lugar se le condena a 4 años de presidio por el mismo delito y las accesorias de ley. — Magistrado Ponente Dr. Julio Roncallo Acosta ... 598

SALA DE CASACION LABORAL

PENSION RESTRINGIDA DE JUBILACION. — La Corte por sentencia de enero 20 de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Julio Antonio Hamburger Lubo contra la Empresa Aerovías Nacionales de Colombia S. A. "Avianca". Magistrado Ponente: Dr. Miguel Angel García B. 603

HOMOLOGACION. — La Corte, por providencia de 23 de enero de 1971, DECLARA INEXEQUIBLE el laudo arbitral proferido por el Tribunal de Arbitramento Obligatorio convocado para decidir el conflicto colectivo de trabajo suscitado entre la Electrificadora de Bolívar S. A. y el Sindicato de sus Trabajadores. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Gaviria Salazar 609

CASACION (Técnica). — Es sabido que la infracción de la ley por vía directa es totalmente ajena a consideraciones de hecho o de valoración de la prueba y de sus resultados. La Corte por sentencia de enero 25 de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Luis Jesús Mantilla García contra el Banco Central Hipotecario. Magistrado Ponente: Dr. José Enrique Arboleda Valencia 612

PENSION DE JUBILACION DE EMPLEADOS PUBLICOS Y TRABAJADORES OFICIALES. — No permite la Ley, la suma de tiempo dentro de los dos órdenes

Páginas

de relación para los efectos del artículo 8º de la Ley 171 de 1961, puesto que las dos situaciones de derecho son distintas, y cada una de ellas se mueve dentro de una órbita especial de normas sustantivas y de jurisdicción. Son dos regímenes estatutarios que se mueven en planos diferentes. La Corte por sentencia de enero 26 de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio de Isidro Romero Restrepo contra el Municipio de Medellín. Ponente: Abogado Asistente, Dr. Gerardo Rojas Bueno 615

NULIDAD. — Los actos procesales pueden adolecer de vicios y errores que no alcanzan a invalidarlos por tratarse de simples irregularidades intrascendentes, por no tener entidad para causar un desquiciamiento en la organización judicial o una violación del derecho de defensa. La Corte por sentencia de enero 29 de 1971, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sogamoso en el juicio de Manuel S. Torres contra la Compañía de Servicios Públicos de Sogamoso S. A. Ponente: Abogado Asistente, Dr. Arturo Linares Ortega 623

CASACION (Técnica). — El rechazo que se formula a la providencia recurrida, motivado en errores de hecho, debe contener un análisis concreto de los elementos de juicio que, en su sentir, están equivocados, y una crítica además, respecto de las circunstancias singulares que condujeron al fallador a la perpetración del error anotado. La Corte por sentencia de febrero 3 de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal de Bogotá en el juicio de Manuel Antonio Sanabria contra Ricardo Vargas Iriarte. Ponente: Abogado Asistente, Dr. Gerardo Rojas B. 632

REPRESENTANTE DE UNA PERSONA JURIDICA. — La sola manifestación de quien se dice representante de una persona jurídica no demuestra tal hecho, cuya prueba es solemne, a la luz de las disposiciones tanto civiles como mercantiles que regulan los diversos tipos de sociedades. La Corte por sentencia de febrero 9 de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Cayetano Cañizares Mendoza contra Kellog Overseas Services Corporation. Magistrado Ponente: Dr. José Enrique Arboleda Valencia 636

CASACION (Técnica). — El cargo como ha sido formulado carece de total eficacia, porque el recurrente además de hacer caso omiso de que el Tribunal no desconoce en su providencia la existencia de la relación laboral, razón por la cual revocó la providencia de primer grado, olvida que apoya el ad-quem sus decisiones en las circunstancias de haber declarado probada la excepción de prescripción en relación con las prestaciones sociales e indemnizaciones que en favor del actor se causaron, como claramente se expresa en la parte motiva de la sentencia acusada. La Corte por sentencia de febrero 9 de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Manizales en el juicio de Gerardo Gómez Giraldo contra la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia. Ponente: Abogado Asistente, Dr. Mario Barrios M. 643

OBLIGACIONES ESPECIALES DEL TRABAJADOR. — No es correcta la interpretación dada por el ad-quem al referido ordinal 1º del artículo 58 del Código Sustantivo del Trabajo cuando dice que el trabajador está obligado a prestar únicamente el servicio específico que se comprometió con el patrono, toda vez que dentro de la facultad contenida en el ius variandi del patrono está el de poder libremente trasladar al trabajador manteniéndole las condiciones contractuales y legales en relación con el salario y la categoría, así que el legislador no tuvo en mente al preceptuar que una de las obligaciones especiales del trabajador, la de realizar personalmente la labor, constreñir la libertad del empleador para variar las condiciones del trabajo dentro de los límites que le señalan la ley y el respectivo contrato. La Corte por senten-

Páginas

cia de febrero 10 de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio de Blanca Ruby Tascón contra Industrial de Tejidos S. A. (Indulana). Ponente: Abogado Asistente, Dr. Arturo Linares Ortega 649

SALARIOS CAIDOS Y BUENA FE PATRONAL. — Cuando los derechos que alega el trabajador son discutibles y, por tanto, el patrono ha podido de buena fe dudar de su existencia, no cabe la sanción a salarios caídos de que trata el artículo 65 del C. S. del T. La Corte por sentencia de febrero 11 de 1971. CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Jaime Jiménez Tello contra la Sociedad Tejidos Celta Limitada. Magistrado Ponente: Dr. Miguel Angel García B. 657

TECNICA (Casación). — El recurrente no señala cuál fue el error en relación con el contenido de la norma. Se limita a afirmar que el ad-quem la interpretó erróneamente, sin que diga en qué consistió el criterio equivocado para que así la Corte pueda confrontarlo con la interpretación acertada y corregir el error interpretativo del Tribunal Superior, en caso de que en él hubiese incurrido. La Corte por sentencia de febrero 15 de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta en el juicio de Rafael Gandolfo contra el Instituto de Crédito Territorial (I. C. T.) Magistrado Ponente: Dr. José Eduardo Gnecco C. 674

CONCURRENCIA DE CONTRATOS.—Aunque el contrato de trabajo se presente involucrado, o en concurrencia con otro u otros, no pierde su naturaleza y le son aplicables, por tanto, las normas de este Código. La Corte por sentencia de febrero 17 de 1971, CASA TOTALMENTE la proferida por el Tribunal Superior de Cartagena en el juicio de Tirso López Magri contra la Compañía Mamonal Ltda. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Gaviria Salazar 677

Páginas

REFORMATIO IN PEJUS. — Para rechazar el cargo basta observar que el fenómeno de la *reformatio in pejus*, como tantas veces lo ha dicho la jurisprudencia, únicamente puede tener lugar cuando una sola de las partes ha apelado de la providencia de primer grado y su situación ha sido agravada por el superior. Por lo demás, así se desprende claramente del texto de la causal segunda en que se apoya la acusación: 'Contener la sentencia del Tribunal decisiones que hagan más gravosa la situación *de la parte que apeló* de la primera instancia o de *aquella* en cuyo favor se surtió la consulta". (Subraya la Sala). La Corte por sentencia de febrero 17 de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Garzón en el juicio de Angel María Lamilla contra Ramón Ramírez S. Ponente: Abogado Asistente, Dr. Juan Manuel Gutiérrez Lacouture .. 690

PRORROGA DEL CONTRATO DE TRABAJO CELEBRADO A TERMINO FIJO. — Para resolver con acierto conviene precisar que no puede decirse, como lo hacen el sentenciador y el opositor, que la cláusula 7ª del contrato original, determina que solo por una vez el contrato puede prorrogarse cuando expresa que con antelación de un mes y por escrito la empresa comunicará al trabajador "el deseo de dar por terminado su contrato de trabajo o prorrogarlo por un período que desde ahora se pacta en un (1) año", porque lo que se quiso fue indicar desde entonces el término al cual deben acomodarse las prórrogas que se convengan ya que el número de éstas es cuestión que depende exclusivamente de la voluntad de los contratantes. En efecto, cuando se dice —cláusula 7ª—, "prorrogarlo por un período que desde ahora se pacta en un año", no se ha querido indicar que solo por una sola vez el contrato puede prorrogarse, sino que las prolongaciones del mismo que se acuerden no pueden tener duración mayor o menor de la estipulada, porque se repite, las prórrogas de la convención quedan supeditadas a la autonomía de la voluntad de las partes, que no

Páginas

puede recortarse como se pretende con la equivocada interpretación del ad-quem, que acoge y hace suya el opositor. La Corte por sentencia de febrero 18 de 1971, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior de Cali en el juicio de Jaime Borda Anzola contra los Laboratorios Lutecia de Colombia S. A. Ponente: Abogado Asistente, Dr. Mario Barrios M. 696

ERROR DE HECHO. — El artículo 7º de la Ley 16 de 1969 dispuso que el error de hecho será motivo de casación solamente cuando provenga de la falta de apreciación o apreciación errónea de un documento auténtico, de una confesión judicial o de una inspección ocular. La Corte por sentencia de febrero 22 de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Eduardo Jaime Martínez contra Codep & Socorsa Limitada y otros. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Córdoba Medina 705

GASTOS NECESARIOS PARA EL CUMPLIMIENTO DE LA GESTION. — La Corte, por providencia de 22 de febrero de 1971, reformó la sentencia de primer grado en el juicio de Alpiniano Giraldo y Francisco Méndez Villaquirán contra la Sociedad 'Carlos y Alvaro Hormaza Ltda.". (Véase sentencia de 3 de julio de 1970). Magistrado Ponente: Dr. Juan Benavides Patrón 710

PRUEBA DE LA PERSONERIA. — El recurrente, quien obra en este caso como representante judicial de la persona jurídica denominada "Naviera Fluvial Colombiana S. A.", ni al contestar la demanda, ni en el curso del juicio debatió como cuestión principal, el problema traído a consideración de la Sala, en el recurso extraordinario de casación, o sea, que bastó la simple afirmación hecha en el libelo, de que tal sociedad tenía existencia legal. La Corte por sentencia de febrero 22 de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla en el juicio de Luis Manuel Villalba de la Rosa contra la Sociedad Naviera Fluvial Colombiana S. A. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Gaviria Salazar 713

CONTRATO DE TRABAJO (Su terminación). — Una cosa es la prohibición de terminar los contratos de trabajo sin causa legal y otra muy diferente el término de duración de los mismos y la indemnización que corresponda por su terminación unilateral e ilegal. La Corte por sentencia de febrero 23 de 1971, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira en el juicio de Cristóbal Alejandro Arellana contra las Sociedades Industrial de Resortes Ltda. e Industria de Resortes y Bujes Limitada. Ponente: Abogado Asistente, Dr. Rafael Suárez Poveda 716

CASACION (Técnica). — La confesión extra-judicial, no puede considerarse como medio de prueba cuya desestimación implicara motivo de casación, dadas las restricciones del recurso a que se refiere la Ley 16 de 1969. La Corte por sentencia de febrero 24 de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio del doctor Ricardo Gutiérrez Mejía contra la entidad denominada Orden de Agustinos Recoletos de la Candelaria u Orden de Agustinos Descalzos de Bogotá. Magistrado Ponente: Dr. Miguel Angel García B. 721

TERMINACION DEL CONTRATO DE TRABAJO, POR CLAUSURA TEMPORAL O DEFINITIVA DE LA EMPRESA. — Estima la Sala que cuando la ley ha señalado ciertas formalidades previas a la terminación del contrato de trabajo, es necesario que ellas se cumplan para que el vínculo contractual termine en forma legal. La Corte por sentencia de febrero 26 de 1971, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el juicio de Luis Arturo Vallejo contra Central Automotor Limitada. Magistrado Ponente: Dr. José Eduardo Gnecco C. 729

Páginas

CASACION (Técnica). — El acusador no intentó siquiera demostrar cuál fue la interpretación errada que dice dio el Tribunal al parágrafo 2º del Decreto 797 de 1949 y se limitó a afirmar que en el sub-lite, el ad-quem había tenido de él un equivocado entendimiento, violando por tal razón la norma, en forma directa. Una presentación así del cargo por este motivo de casación es antitécnica, y siempre ha sido rechazada por la Corte. La Corte por sentencia de febrero 27 de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta en el juicio de Leonidas Posada Heredia contra el Instituto de Crédito Territorial (ICT). Magistrado Ponente: Dr. Jorge Gaviria Salazar 738

CASACION (Técnica). — *Error de hecho.* Por manera que mal puede hablarse de un ostensible error de hecho por parte del sentenciador, que solo se configura cuando sus conclusiones aparecen a todas luces contrarias a la realidad y evidencia procesales. La Corte por sentencia de marzo 2 de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barrancabermeja en el juicio de Gilberto Rivero Gómez contra la Cooperativa de Transportes Pipatón. Ponente: Abogado Asistente, Dr. Rafael Suárez Poveda 741

COMPETENCIA. — Conviene advertir que la competencia de la jurisdicción laboral no se determina, como lo pretende el recurrente, por la aplicación de las normas del Código Sustantivo del Trabajo o por la falta de ellas. La Corte por sentencia de marzo 3 de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio de Luis Arcila Ramírez contra el Departamento de Antioquia. Ponente: Abogado Asistente, Dr. Arturo Linares Ortega 744

CASACION (Técnica).—Reiteradamente ha dicho la jurisprudencia que todo cargo en casación debe contener una proposición jurídica completa, en la cual deben señalarse con precisión las normas sustanciales que se consideran violadas, o sea aquellas que consagran, modifican o extinguen el derecho que la sentencia declara o desconoce en contravención a ellas. La Corte por sentencia de marzo 9 de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería en el juicio de Gabriel Milanés Espinosa contra el Hospital San Jerónimo de Montería. Magistrado Ponente: Dr. José Eduardo Gnecco C. 754

ERROR OSTENSIBLE DE HECHO. — La equivocada apreciación de un documento no solemne, como el de autos, constituye error de hecho en la casación laboral, y si lo deducido por el fallador contraría claramente lo que en él se estipula el ataque por esta vía no puede descalificarse como antitécnico. La Corte por sentencia de marzo 10 de 1971, CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Alfredo Barros Páez contra Constructora Química del Caribe S. A. Magistrado Ponente: Dr. Juan Benavides Patrón 758

ERROR DE HECHO. — Conviene pues recordar aquí que, cuando el cargo contra la sentencia acusada se fundamenta en *error de hecho,* éste solo será motivo de casación laboral cuando provenga de falta de apreciación o apreciación errónea de: un documento auténtico, de una confesión judicial o de una inspección ocular, siendo necesario que se alegue por el recurrente, que se demuestre el hecho de que en el fallo acusado se incurrió en el error, y que éste de otra parte aparezca manifiesto en los autos, según las restricciones establecidas por el artículo 7º de la Ley 16 de 1969. La Corte por sentencia de marzo 15 de 1971, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Alvaro Alvarez contra la Empresa Tapas y Envases S. A. Magistrado Ponente: Dr. Miguel Angel García B. 761

Páginas

CASACION (Técnica). — El ataque resulta ineficaz toda vez que el recurrente no dice si la violación de la ley se produjo por vía directa o indirecta pese a que hace mención de pruebas. La Corte por sentencia de marzo 17 de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Facatativá en el juicio de Ignacio Corral Hurtado contra el Departamento de Cundinamarca y la Empresa Colombiana de Petróleos (Ecopetrol). Ponente: Abogado Asistente, Dr. Arturo Linares Ortega 767

ALCANCE DE LA IMPUGNACION. — Se dijo ya como el recurrente omitió señalar en su demanda el alcance de la impugnación, requisito que implica que el impugnador precise sus aspiraciones como autor del recurso dando a conocer desde un principio si persigue como propósito obtener que la demanda que acusa sea casada en su totalidad o parcialmente, e indicar además en qué forma debe ser reemplazado, en su caso, el fallo de instancia y además, que pasó por alto determinar los conceptos de la infracción o infracciones que imputa al sentenciador y que denuncia. Estas omisiones de ordinario comprometen el éxito del recurso, como quiera que permiten a la Sala desestimar el cargo. La Corte por sentencia de marzo 18 de 1971. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio en el juicio de Rafael Vela Velásquez contra Carlos Marchand. Ponente: Abogado Asistente, Dr. Mario Barrios M. 774

INDIVISIBILIDAD DE LA CONFESION. — El principio de la indivisibilidad de la confesión consiste en que ella no puede dividirse en perjuicio de quien la hace. El que pretende beneficiarse de una confesión, tendrá que admitirla como fue hecha, no podrá aceptar lo que le convenga y rechazar lo que le perjudique. La Corte por sentencia de marzo 29 de 1971, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Luis Eduardo Saray Baquero contra José María Gutiérrez. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Córdoba Medina 784

CASAR UNA SENTENCIA. — Como lo ha explicado la Corte en invariable jurisprudencia de acuerdo con todos los autores de la materia, desde que casa una sentencia, ésta queda revocada o invalidada, siendo inútil, por decirlo menos, pedir que se case el fallo de segundo grado y se revoque. La Corte por sentencia de marzo 29 de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Carlos Pinto contra el Departamento de Cundinamarca y el Instituto de Seguridad Social de Cundinamarca. Magistrado Ponente: Dr. José Enrique Arboleda Valencia 789

A TRABAJO IGUAL, SALARIO IGUAL. — Esta Sala, en varias oportunidades se ha pronunciado sobre la interpretación del artículo 143 del C. S. T., la cual debe hacerse precisamente antes de aplicarlo en un caso concreto, para evitar que surta efectos respecto a una situación no regulada por él. Se ha definido con claridad como no es posible que la norma mencionada pueda aplicarse en casos de reemplazo de un trabajador por otro, porque entonces ya no sería cumplir con el principio "a trabajo igual salario igual" sino otro distinto, "a cargo o puesto igual salario igual", cambiando entonces el primer supuesto fundamental, la actividad humana libre de que trata el artículo 5º del C. S. T., por concepto diferente. La Corte por sentencia de marzo 30 de 1971, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta en el juicio de Pascual Alonso Fernández Acosta contra la Compañía Frutera de Sevilla. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Gaviria Salazar 792

PRESCRIPCION. — No es la fecha en que se presenta la demanda seguida de notificación en debida forma lo que interrumpe la prescripción, sino dicha notificación y en la fecha en que se realiza.

Páginas

La Corte por sentencia de 2 de abril de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena en el juicio de Enrique Peralta contra la Universidad de Cartagena, el Departamento de Bolívar y la Caja de Previsión Social del mismo Departamento. Magistrado Ponente: Dr. Juan Benavides Patrón 807

LA ADMINISTRACION PUBLICA Y SUS SERVIDORES. — Por regla general las relaciones entre la Administración Pública y sus servidores no constituyen contrato de trabajo, pero el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, estableció las excepciones. La Corte por sentencia de 20 de abril de 1971, CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Antonio A. Consuegra Pérez contra las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Córdoba Medina 815

UNIDAD DE SENTENCIA. — Para la Sala, la sentencia es todo único e inseparable, de modo que entre su fundamento y lo dispositivo de la misma, media relación tan estrecha, que no puede desmembrarse. La Corte por sentencia de 23 de abril de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Pablo Uribe Uribe contra la Sociedad Financiera Turística del Caribe S. A. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Gaviria Salazar 819

DESCANSOS DOMINICALES. — *Salario.* Artículo 176 del C. S. del T. Es presupuesto del derecho el que se acredite por el actor el salario de todas las semanas durante el tiempo de servicio. La Corte por sentencia de 23 de abril de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cartagena en el juicio de José Pérez contra Setton & Milhem. Magistrado Ponente: Dr. Juan Benavides Patrón 826

CONFESION. — La confesión del apoderado judicial vale cuando para hacerla haya recibido autorización de su poderdante

Páginas

la cual se presume para los escritos de demanda y excepciones y de las respuestas correlativas (art. 607 C. J.). La Corte por sentencia de 23 de abril de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Alfonso Vásquez Abad contra las Empresas Públicas de Medellín. Magistrado Ponente: Dr. José Eduardo Gnecco C. 830

HOMOLOGACION. — La Corte, por providencia de 27 de abril de 1971, declara INEXEQUIBLE el Laudo Arbitral proferido por el Tribunal de Arbitramento Obligatorio, convocado para dirimir el conflicto colectivo de trabajo suscitado entre las Empresas Públicas Municipales de Buenaventura y el Sindicato de Trabajadores de las mismas. Magistrado Ponente: Dr. Miguel Angel García B. 834

SOCIO EMPLEADO. — La condición de socio no excluye necesariamente la de trabajador, pues se puede llegar a tener en forma coetánea las dos calidades. La Corte por sentencia de 27 de abril de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira en el juicio de Gilberto Solórzano Isaza contra la Sociedad Distribuidora Pereira LTDA. Ponente: Abogado Asistente, Dr. Juan Manuel Gutiérrez Lacouture 837

LA JUSTICIA Y EL DERECHO. — Se pretende por el ad-quem salvar su error expresando que no se puede sacrificar la justicia por el derecho, olvidando que no se puede hablar de derecho prescindiendo de su relación de justicia, porque si esta es el objeto del derecho como lo han entendido los autores, también el derecho es el objeto de la justicia. La Corte por sentencia de 29 de abril de 1971, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el juicio de Guillermo A. Belalcázar contra la Empresa Esso Colombiana S. A. Ponente: Abogado Asistente, Dr. Gerardo Rojas Bueno 844

SERVIDORES DEL ESTADO. — Sus servidores por regla general tienen el carác-

Páginas

ter de empleados públicos, salvo los que desempeñan funciones inferiores, accesorias, no esenciales. La Corte por sentencia de 29 de abril de 1971, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio de Solón Wilches Martínez contra el Instituto de Fomento Municipal. Ponente: Abogado Asistente, Dr. Mario Barrios M. 851

DISPONIBILIDAD. — Consecuencia del principio legal del trabajo efectivo consagrado en el artículo 5º del C. S. del T., es que la llamada "disponibilidad" o sea la facultad que el patrono tiene de dar órdenes al trabajador en un momento dado y la obligación correlativa de éste de obedecerlas, no constituye en sí misma ningún trabajo, por no darse en ella la prestación real del servicio, sino apenas la simple posibilidad de prestarlo. La Corte por sentencia de 5 de mayo de 1971, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta en el juicio de Fernando Peña Moreno contra la Sociedad Colombian Petroleum Company. Ponente: Abogado Asistente, Dr. Arturo Linares Ortega 861

HOMOLOGACION. — La Corte, por providencia de 10 de mayo de 1971, DECLARA TOTALMENTE INEXEQUIBLE el fallo arbitral proferido por el Tribunal de Arbitramento Obligatorio, convocado para decidir el conflicto colectivo de trabajo suscitado entre el "Hospital Centro de Salud 'San Rafael'" de Barrancabermeja y su Sindicato de Trabajadores. Magistrado Ponente: Dr. José Eduardo Gnecco C. 868

INDEMNIZACION MORATORIA. — Artículo 65 del C. S. del T. El no pago de las sumas de dinero que puedan deducirse por lucro cesante o indemnización por despido, cuando este 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 patrono cuando el despido no es justo. La Corte por sentencia de 12 de mayo de 1971, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Alberto Erazo Delgado contra el Banco Cafetero. Magistrado Ponente: Dr. Miguel Angel García B. 872

TERMINACION DEL CONTRATO DE TRABAJO POR CLAUSURA TEMPORAL O DEFINITIVA DE LA EMPRESA. — Estima la Sala que cuando la ley ha señalado ciertas formalidades previas a la terminación del contrato de trabajo, es necesario que ellas se cumplan para que el vínculo contractual termine en forma legal. La Corte por sentencia de 14 de mayo de 1971, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el juicio de Luis Erasmo Pantoja B. contra Central Automotor Limitada. Magistrado Ponente: Dr. José Enrique Arboleda Valencia 891

LIBERALIDAD. — La liberalidad no puede ser violatoria de intereses legítimos severamente tutelados. La Corte por sentencia de 18 de mayo de 1971, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla en el juicio de Luis Carlos Torrenegra contra Celio Villalba & Cía. "Cafetería Almendra Tropical". Ponente: Abogado Asistente, Dr. Gerardo Rojas Bueno 900

INDEMNIZACION MORATORIA Y BUENA FE PATRONAL. — *Art. 65 del Código Sustantivo del Trabajo.* La Corte por sentencia de 25 de mayo de 1971, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Humberto Aguirre Martínez contra el Banco Industrial Colombiano S. A. de Medellín. Magistrado Ponente: Dr. Miguel Angel García B. 917

LA CONVENCION COLECTIVA EN EL RECURSO DE CASACION. — *La convención colectiva de trabajo no es una declaración de voluntad soberana, ni la Cons-*

Páginas

titución Nacional previene que sea manifestada en forma especial. Por otra parte no tiene carácter general. Es un contrato que obliga a las dos partes, al sindicato o sisindicatos o a los trabajadores y al patrón o patronos. La Corte por sentencia de 27 de mayo de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla en el juicio de Pedro A. Castro Ramos contra la Empresa Puertos de Colombia - Puerto Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Gaviria Salazar 924

TRANSACCION Y CONCILIACION. — Artículos 2469 del C. C. y 20 y 78 del C. P. del T. La Corte por sentencia de 31 de mayo de 1971, CASA TOTALMENTE la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio de Carmen Solórzano D. contra la Compañía de Hilados y Tejidos Monserrate S. A. en liquidación. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Córdoba Medina 928

COMPUTO DEL TIEMPO, PARA JUBILACION. — El requisito estudiado está constituído en el artículo 260 C. S. T. por el tiempo total de vinculación, computado en años calendarios y es erróneo el entendimiento de que hay que convertir el trabajo real o jornadas normales u ordinarias que completen, de esta suerte, 7.300 días, o 20 años. La Corte por sentencia de 2 de junio de 1971, CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Manuel Salvador Vélez contra la Compañía de Deportes S. A. Magistrado Ponente: Dr. Juan Benavides Patrón ... 934

SUSTITUCION PATRONAL. — La Corte por sentencia de 4 de junio de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Juan José Aramburo Arango contra Siemens Colombiana S. A. Magistrado Ponente: Dr. José Enrique Arboleda Valencia 939

RECTO SENTIDO DEL ARTICULO 65 DEL CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO.

Páginas

Al proceder en esta forma (condena desde la fecha en que se notificó el auto admisorio del libelo), el ad-quem no tuvo en cuenta el recto sentido del artículo 65, que impone la sanción por mora al patrono que no cancele al trabajador a la terminación del contrato, los salarios y prestaciones debidos. La Corte por sentencia de 4 de junio de 1971, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Francisco García Díaz contra Alberto Muñoz Duque y Hernán Ramírez Duque. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Gaviria Salazar 945

TERMINACION DEL CONTRATO DE TRABAJO POR CLAUSURA DE LA EMPRESA. — Cuando la ley ha señalado ciertas formalidades previas a la terminación del contrato de trabajo, es necesario que ellas se cumplan para que el vínculo contractual termine en forma legal. La Corte por sentencia de 8 de junio de 1971, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el juicio de José Ernesto Haya Bravo contra Central Automotor Limitada. Magistrado Ponente: Dr. José Eduardo Gnecco C. 955

DETERMINACION DE LA EDAD. — No se puede acreditar la edad de una persona acudiendo a una prueba supletoria, sin establecer la inexistencia de la principal. La Corte por sentencia de 11 de junio de 1971, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Eugenio Cambieri contra el Banco Francés e Italiano para la América del Sud. Magistrado Ponente: Dr. Miguel Angel García B. 963

CASACION (Técnica). — Según el artículo 90 del Código Procesal del Trabajo, la demanda que se presenta para sustentar el recurso extraordinario, debe contener la expresión de los motivos de casación, indicando el precepto legal sustantivo, de orden nacional, que se estima violado, y el concepto de la violación, si directa-

Páginas

mente, por aplicación indebida o por interpretación errónea. La Corte por sentencia de 17 de junio de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Juan de Dios Castrillón Cardona contra Panadería y Galletería Medellín Limitada. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Córdoba Medina 973

HOMOLOGACION. — La Corte, por providencia de 22 de junio de 1971, DECLARA INEXEQUIBLE el Laudo Arbitral proferido por el Tribunal de Arbitramento Obligatorio, convocado para dirimir los puntos de desacuerdo entre el Ministerio de Obras Públicas y el Sindicato Nacional de Trabajadores del Ministerio de Obras Públicas y los Distritos de Carreteras Nacionales. Magistrado Ponente: Dr. José Enrique Arboleda Valencia 983

TRANSITO DE UNA LEGISLACION A OTRA. — Teniendo en cuenta la fecha del acto procesal, 12 de diciembre de 1969, debe la Corte dar aplicación al artículo 154 C. P. L., sobre tránsito de procedimientos, que desarrolla el 40 de la Ley 153 de 1887 sobre la materia. La Corte por sentencia de 22 de junio de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga en el juicio de Víctor Manuel Vargas contra la sucesión de Francisco Ordóñez Benavides. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Gaviria Salazar 986

CASACION (Técnica). — Conviene advertir, según lo exponen los doctrinantes y la jurisprudencia de la Corte, que la casación no es una tercera instancia que permita revisar la totalidad del juicio. La Corte por sentencia de 23 de junio de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Alfonso Torres contra Víctor Roncancio Mora. Magistrado Ponente: Dr. José Enrique Arboleda Valencia 990

DESPIDO JUSTO POR PENSION RESTRINGIDA DE JUBILACION, CON BASE EN SENTENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO. — La Corte por sentencia de 30 de junio de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Camilo Antonio Caamaño Castro contra Eternit Colombiana S. A. Magistrado Ponente: Dr. Juan Benavides Patrón 1008

LUCRO CESANTE Y DAÑO EMERGENTE. Es equivocada la apreciación del sentenciador en cuanto cree que la indemnización por depido injusto comprende únicamente el lucro cesante y la indemnización por mora abarca solo el daño emergente. Ambas indemnizaciones comprenden el lucro cesante y el daño emergente, como lo han dicho el artículo 11 de la Ley 6ª de 1945 y el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965. La Corte por sentencia de 30 de junio de 1971, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio de Jorge Cuéllar contra el Banco Cafetero. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Córdoba Medina 1015

BUENA FE PATRONAL — *Artículo 65 del C. S. T.* La Corte por sentencia de 30 de junio de 1971, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Jorge Ovidio Obando Echeverri contra la Sociedad Astra Productos Farmacéuticos Limitada. Magistrado Ponente: Dr. José Eduardo Gnecco C. 1025

PUBLICACIONES DEL FONDO ROTATORIO
DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

Esta obra se terminó de imprimir en el mes de agosto de 1973 en los Talleres Gráficos de la Penitenciaría Central de Colombia.
BOGOTA, D. E.